



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1077788-16.2013.8.26.0100**
 Classe - Assunto: **Ação Civil Pública - Oferta e Publicidade**
 Requerente: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
 Requerido: **UPTIME FRANQUIAS LTDA.**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Miguel Ferrari Junior**

Vistos.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO** em face de **UPTIME FRANQUIAS LTDA.** O autor afirma que a ré comercializa franquias do direito de utilização da marca *Uptime Consultants* para ministrar cursos de idiomas e exercer outras atividades. Sustenta que no exercício de sua atividade a ré vale-se de propaganda que induz em erro seus consumidores, uma vez que assegura - sem observar as vicissitudes e a intempéries de um mercado que se presume ser por ela conhecido – variável em decorrência do maior ou menor empenho e esforço do consumidor, bem como pela facilidade ou dificuldade de aprendizado -, a promessa de "*inglês fluente em 12 meses, com 100% conversação e aprendizagem acelerada*". Sustenta tratar-se de uma publicidade abusiva e enganosa e pede a sua cessação. Pleiteia, ainda, a condenação da ré ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer e o pagamento de indenização.

A tutela de urgência foi concedida às páginas 1135/1137.

Citada para os termos da demanda, a ré ofertou contestação às páginas 1176/1225. Como matéria preliminar, argui a ausência de interesse de agir superveniente, em razão da cessação da veiculação da propaganda impugnada pelo Ministério Público. No mérito, defende a legitimidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

do anúncio publicitário pelas razões expostas. No mais, sustenta a ausência de danos e bate-se pela rejeição da demanda.

O Ministério Público apresentou réplica às páginas 1331/1342.

É o relatório do essencial.

Fundamento e decido.

A causa está madura para julgamento, na forma do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, porquanto a questão de mérito versada nos autos é de fato e de direito, todavia não há necessidade da produção de outras provas.

Forçoso conhecer, antes de tudo, da preliminar de ausência de interesse de agir arguida pela ré.

Neste particular, a ré sustenta que não mais veicula a peça publicitária que deu ensejo à propositura desta ação civil pública e que por esta razão deve a demanda ser extinta sem exame do mérito.

A despeito dos argumentos expostos pela ré, razão não lhe assiste.

Com efeito, a cessação da prática do ato ilícito – no caso a veiculação de publicidade acoimada de abusiva pelo Ministério Público - não impede o prosseguimento da demanda justamente para o exame de sua legitimidade ou ilegitimidade e a extração concreta das consequências jurídicas caso reconhecida a abusividade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Em outras palavras, a eventual cessação da prática ilícita não tem o condão de apagar eventuais danos dela decorrentes. Com isso, há que apurar a existência ou não da prática ilícita – ainda que ela tenha cessado no momento da prolação da sentença de mérito – e verificar se da contrariedade do fato à norma ocorreu alguma espécie de dano no mundo fenomênico.

Além disso, verificada a ilicitude da publicidade veiculada, há que se determinar a realização da denominada contrapublicidade, como ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin: "*A contrapropaganda (pubblicità correttiva, contre-publicité ou annonces rectificatives e corrective advertinsing, dos italianos, franceses e americanos, respectivamente) é o terror de qualquer anunciante. Sempre a expensas do infrator, efetua-se como divulgação no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características empregadas, no que se refere à duração, espaço, local e horário. Vem expressamente prevista no Código. Seu objetivo é fulminar a força persuasiva da publicidade enganosa ou abusiva, **mesmo após a cessação de sua veiculação.***" (...) "*A melhor justificativa para a providência foi dada pela Federal Trade Commission, na decisão Warner-Lambert: "Se uma publicidade enganosa desempenhou um papel substancial na criação ou reforço, na mente do público, de uma imagem falsa e material, capaz de sobreviver após a cessação do anúncio, há um dano claro e contínuo contra a concorrência e a massa consumidora, na medida em que os consumidores persistam em efetuar suas decisões com base na falsa imagem. Uma vez que o prejuízo não possa ser evitado com a simples exigência de que o anunciante cesse a veiculação da mensagem, podemos, apropriadamente, ordenar uma ação positiva de sua parte no sentido de pôr fim aos efeitos do anúncio, que, de outra forma, perdurariam.*" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto, Volume I, 10ª. Edição, Editora Forense, páginas 370/371 – grifei e destaquei).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Em suma, não há dúvidas que ao menos quanto à tutela ressarcitória na forma específica e pelo equivalente monetário subsiste o interesse de agir na obtenção da tutela jurisdicional de mérito.

Superada a questão preliminar, passemos ao exame substancial da pretensão.

Na espécie vertente, o Ministério Público propôs a presente ação civil pública em face de Uptime Franquias Ltda. a fim de precipuamente obstar a veiculação da mensagem publicitária "*Inglês Fluente em 12 meses*", com "*100% conversaço*" e "*aprendizagem acelerada*".

A questão atinente à publicidade está tratada nos artigos 37 a 39 do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 37 reza que: "*É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*" E a definição de publicidade enganosa está contida no parágrafo 1º, *verbis*: "*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.*"

Consoante a nossa mais abalizada doutrina consumerista: "*O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado. Provoca, está provado, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.*" (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto, Volume I, 10ª.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Edição, Editora Forense, página 343).

No caso em apreço, as mensagens publicitárias utilizadas e empregadas pela ré soam exageradas e, como defende o Ministério Público, impossíveis de serem executadas na prática, dadas as próprias vicissitudes de qualquer espécie de ensino educacional. Com efeito, logicamente não se pode garantir, em qualquer seara educacional, a certeza quanto ao próprio aprendizado em relação a todos os alunos. Como expõe o Ministério Público, a mensagem: *"Não observa, no entanto, as vicissitudes e intempéries que inviabilizam a concessão de um prazo certo e determinado para que venha o consumidor a aprender uma língua estrangeira, como dedicação, empenho e esforço para assimilação do conteúdo, além, por óbvio, da natural maior ou menor facilidade ou dificuldade que alguns deles apresentam para o aprendizado."*

O exagero é repudiado pelo princípio da boa-fé objetiva e pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, consoante vaticina o sempre lembrado professor Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin: *"O Código, já vimos quando tratamos do art. 30 (pressuposto da precisão da informação), não dá um salvo-conduto para o exagero (puffing). Uma vez que a afirmação do anunciante, por mais exagerada que seja, preste-se a induzir o consumidor em erro, configura-se a publicidade enganosa. Só a vagueza absoluta e inofensiva do anúncio permite a isenção de responsabilidade do fornecedor. O exagero não é empregado "gratuitamente". O certo é que sempre há um fundamento mercadológico para as técnicas publicitárias. O anunciante só usa o exagero porque o vê como benéfico aos seus negócios, e tal só pode ser pela sua convicção de que alguns consumidores acreditarão na mensagem exagerada. Não se pode ofertar a tal modalidade de anúncio um tratamento distinto do aplicável às outras formas publicitárias. Essa é a regra geral, aliás, com precedente estrangeiro. "Afirmações exageradas não mais são permitidas.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Alegações gerais como 'o melhor do mundo' têm que respeitar o mesmo parâmetro de fundamentação exigível de outras, sendo que a inversão do ônus da prova determina que o anunciante demonstre serem elas literalmente verdadeiras." (op. Cit., página 349, grifei).

O emprego de termos exagerados em propaganda a respeito de serviços cujos resultados não dependem unicamente do prestador, mas também da participação e da condição intelectual do consumidor, não se coaduna com o ordenamento jurídico em vigor.

Dessa arte, a mensagem publicitária veiculada pela ré não parece ser executável na prática em relação a todos os seus alunos. Por meio dela, a ré assume uma obrigação de resultado que não pode ser cumprida em relação a todos aqueles consumidores com os quais contratar.

E a ré não produziu ao longo do processo qualquer prova que fosse capaz de demonstrar a veracidade e a correção da comunicação publicitária por ela divulgada. E instada a especificar provas, a ré requereu o julgamento imediato da demanda (cf. petição de páginas 1345/1346)

Neste particular, o artigo 38 do Código de Defesa do é de meridiana clareza ao estatuir que: "*O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.*"

O sempre citado professor Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, ao comentar o citado artigo 38 do CDC, obtempera que: "*A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera da discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção. A veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente,*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

abrange, a um só tempo, os princípios da não abusividade, da identificação da mensagem publicitária e transparência da fundamentação publicitária. A ratio do dispositivo é fácil de compreender. Na precisa lição de Thereza Alvim, se pretendesse o legislador deixar a cargo do consumidor a prova da enganiosidade e abusividade do anúncio, "já teria criado um obstáculo, quase intransponível, para que pudesse ele ir a juízo". A inversão, aqui, está em harmonia com a obrigação de o fornecedor manter em seu poder e informar aos legítimos interessados os dados técnicos, científicos e fáticos ligados à mensagem publicitária", nos termos do art. 36, parágrafo único, do CDC." (op. Cit., páginas 371/372).

Nessa quadra jurídica, caberia à ré provar em juízo ser capaz de proporcionar a todos os seus alunos a fluência na língua inglesa no prazo inexorável de 12 meses, o que não ocorreu.

E não aproveita à ré a alegação de que fluência não se confunde com proficiência. Com efeito, as palavras e os sentidos não se confundem. No entanto, não é esta a questão se encontra em jogo. Demais disso, nem mesmo a simples fluência na língua inglesa logrou a ré comprovar ser capaz de proporcionar a todos os seus alunos no prazo contemplado na peça publicitária. E isso porque a fluência em qualquer idioma pressupõe um mínimo de conhecimento acerca da estrutura da língua, o que também não demonstrou a ré ser capaz, com o seu método de ensino, de proporcionar aos seus alunos.

É importante deixar claro que no caso em voga bate-se contra o exagero na mensagem publicitária que deve ser analisada tendo por parâmetro os princípios fundamentais que informam a própria estrutura do Código de Defesa do Consumidor, nomeadamente os da veracidade e lealdade.

A pessoa que lê simplesmente o anúncio



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

publicitário, sem qualquer outra informação adicional, crê que poderá com absoluta certeza falar inglês com fluência no prazo de um ano, o que não necessariamente poderá ocorrer.

Como explica Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin: "*O julgamento de um anúncio não é feito levando-se em consideração somente sua literalidade. Toma-se a sua impressão total. É por essa razão que uma publicidade, embora literalmente verdadeira ou não abusiva, pode vir a ser enxergada, após verificação contextual, como enganosa ou abusiva. A pura verdade literal não é, pois, defesa para o anunciante, se do contexto geral sobressair sentido diverso.*" (op. Cit., página 349).

De mais a mais não se pode perder de vista que toda espécie de consumidor deve ser protegido, em especial o desinformado e ignorante. Com efeito, na doutrina sempre abalizada do Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin: "*Nesta avaliação do potencial de induzimento em erro do anúncio, considera-se não apenas o consumidor bem informado e atento, mas também aquele outro que seja ignorante, desinformado ou crédulo. Afinal, "aquilo que for enganoso para um consumidor pode não sê-lo, em alguns casos, para outros". Conforme já decidido nos tribunais americanos, a norma jurídica de repúdio à publicidade enganosa não foi "moldada apenas para a proteção dos especialistas, mas para o público – a vasta multidão que inclui o ignorante, o desatento e o crédulo", e "o fato de uma alegação falsa ser obviamente mentirosa para aqueles que são treinados e experientes não muda o seu caráter nem retira seu poder para enganar outros menos experientes.*" (op. Cit., páginas 347/348).

Dessa arte, por qualquer ângulo que se analise a questão, conclui-se da mesma forma que a publicidade outrora praticada pela ré é ilícita.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
43ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Quanto aos danos, imperioso destacar que: "A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A enganabilidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua "capacidade de induzir em erro o consumidor", não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso – pela simples utilização da publicidade enganosa -, presumido jure et de jure, já é suficiente." (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, op. Cit., página 346).

E uma vez apurada a ilicitude da publicidade outrora veiculada pela ré, todos os provimentos jurisdicionais demandados pelo Ministério Público devem ser atendidos, em seus exatos termos.

Em face do exposto, julgo procedente a demanda na forma postulada pelo Ministério Público, inclusive para o fim proposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, e condeno a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro consoante apreciação equitativa (CPC, artigo 20, § 4º) em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

P.R.I.C.

São Paulo, 28 de julho de 2015.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**