

# VULNERABILIDADE POTENCIALIZADA DIANTE DE PUBLICIDADE ENGANOSA COM PROMESSA DE CURAR CÂNCER: COMENTÁRIO AO RESP. 1.329.556/SP\*

VITOR HUGO DO AMARAL FERREIRA\*\*

Mestre em Integração Latino Americana, Linha de Pesquisa  
Políticas Públicas e Desenvolvimento, pela Universidade Federal de  
Santa Maria (UFSM)

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO\*\*\*

Pós-Doutorado em andamento pela Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul (UFRGS)

## RESUMO

*Trata-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial na ação que intentou reparação por danos morais diante de publicidade enganosa, em ofensa a direito subjetivo de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas. O comentário pontua-se no Código de Defesa do Consumidor a partir da tese de que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. A ênfase do comentário vai ao encontro das bases da tutela consumerista ao revisar princípios e direitos básicos, trazendo à baila o necessário (re)conhecimento da (hiper)vulnerabilidade do consumidor.*

## A) Resumo do caso

Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor que alega publicidade enganosa, em ofensa a direito subjetivo de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

A publicidade enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.

Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Em síntese, o mérito da questão ocupou-se em julgar pedido de indenização por danos materiais e morais, a partir da demonstração de venda de produto impróprio ao consumo como medicamento e inadequado para o fim a que se destinava<sup>1</sup>.

Repassa, ao caso em comento, questão basilar do direito do consumidor, que é o direito a receber informações básicas acerca dos produtos e serviços postos no mercado de consumo. Em que pese, a recorrida atribui ao produto Cogumelo do Sol propriedades terapêuticas e medicinais não comprovadas cientificamente, utilizando-se, inclusive, de expedientes ambíguos e implícitos capazes de induzir em erro o consumidor, insinuando que o produto agiria na recuperação de doenças e cirurgias, inclusive graves.

## B) Comentário ao caso

As sociedades passaram a ser denominadas a partir dos elementos que as caracterizam: fala-se em sociedade de informação, sociedade em rede e sociedade de exclusão. Entre tantas, é possível um raciocínio que conduz à sociedade da oferta, que atrai a sociedade do consumo, oportuniza a sociedade do crédito, produz a sociedade do endividamento. Na sociedade dos desejos por produtos e serviços passamos a viver mais tempo, vida mais longa e de melhor qualidade; são os contornos de um tempo em que, via de regra, passamos a usufruir de melhor saúde.

Há uma multiplicidade de paradigmas que explica a construção do mundo. O homem, em sua eterna contradição, é genial diante do seu potencial de criação, mas se reduz ao não dominar a sua relação com seus inventos. As suas descobertas levam a cometer exageros, sejam nas invenções, no acúmulo de recursos, no consumo.

A todas as questões que a vida nos traz podemos buscar respostas e soluções, contudo, é na doença que somos acometidos pela maior de nossas vulnerabilidades, fragilidades.

Como restou posto na decisão em comento, “no caso vertente, está demonstrado o dissídio jurisprudencial no que se refere ao direito do consumidor à informação clara, precisa e coerente dos produtos e serviços postos no mercado de consumo”<sup>22</sup>.

O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (relator), em voto favorável ao recurso, traz a lição preliminar que pontua o conteúdo por ora exposto:

Cinge-se a controvérsia a analisar o direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. A lide está adstrita à alegação de propaganda enganosa. A dramática situação dos autos tem origem na plausível busca de um pai pela cura do câncer de fígado que acometeu seu filho, menor de idade. A razão exclusiva para a aquisição do produto “Cogumelo do Sol” se deu por sua publicidade que assegurava, de forma positiva, resultados no tratamento de câncer.

O voto divergente do ministro Moura Ribeiro sustenta que, estando o paciente acompanhado por especialistas, inclusive com o emprego da radioterapia e da quimioterapia, evidente que o tratamento não seria suficiente para debelar o lamentável câncer.

Em que pese, não está em discussão a efetividade do produto, mas sim a promessa patrocinada na oferta ao consumidor. É o princípio da vulnerabilidade que merece ser cotejado<sup>3</sup>.

O homem reforça suas esperanças na fé, não necessariamente na religiosidade, mas sim na fé que cria deuses, sejam estes humanos ou não. Idolatra não apenas imagens e cultos, mas também pessoas: os criadores das tecnologias, os avanços da saúde.

Somos os sujeitos dessa tremenda aventura que é o existir, e ainda que não sejamos todos questionadores, estamos sim, em boa parte, procurando respostas. O homem na sua fascinante busca já cometeu devaneios para justificar seus meios, na intenção de ver seus fins. Nada que a religião, tampouco a filosofia, a química, as ervilhas, ou mesmo as maçãs – as teorias da evolução ou da gravidade – não tenham tentado explicar<sup>4</sup>, mas parece-nos que conhecer o ser humano, entender o outro, ainda é o nosso maior desafio.

É impensável que ainda existam pessoas capazes de utilizar da dor e sofrimento do seu semelhante, vislumbrando algum proveito. A decisão que apresentamos aqui repassa pontos não desconhecidos do direito do consumidor, não há ineditismo, tampouco uma nova tese. O que a fez ser escolhida é o desejo de que fatos como esse não sejam banalizados, e por isso passíveis de uma normalidade jurídica. As premissas precisam ser revisitadas, precisamos dizer o óbvio para não nos afastarmos do que fundamenta a nossa existência na tutela do consumidor.

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por escopo assegurar o direito à informação adequada – inteligência do art. 6º, III, CDC – e o respeito à dignidade, à saúde e à segurança na relação consumerista – art. 4º do CDC. Nota-se não apenas um texto legal, mas uma base principiológica, direitos básicos que merecem resguardo, ao passo que sustentam todo o sistema de proteção e defesa do consumidor. Neste sentido, são as bases, em especial, que jamais podem ser negligenciadas, sob o risco de desestruturar todo o sistema.

O caso cuida da tutela do consumidor diante da publicidade enganosa (37, § 1º, CDC); e pontual é o voto do ministro Villa Bôas Cuevas ao considerar a necessidade da veracidade da informação falsamente prestada, a qual, ainda que por omissão, seja capaz de induzir o consumidor em erro quanto à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e a quaisquer outros dados sobre produtos e serviços<sup>5</sup>.

Assegura, que:

a ausência da obtenção do resultado prometido e a comprovada publicidade enganosa e abusiva ensejaram transtornos que superaram o mero dissabor. A aquisição do produto decorreu da inadequada veiculação de falsas expectativas quanto à possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do recorrente, naturalmente fragilizado pelo mal sofrido por seu filho. O intuito de lucro desarrazoado, a partir da situação de premente necessidade do recorrente, é situação que desafia a reparação civil.

Percebe-se a inteligência do voto ao considerar a exploração da hipervulnerabilidade<sup>6</sup>, com o intuito de lucro desarrazoado, ao passo que a ideia de vulnerabilidade está justamente associada à debilidade de um dos agentes da relação de mercado, no caso, o consumidor, cuja dignidade merece ser preservada.

Com efeito, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem explicitam que:

a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como [...] sua situação de doente. [...] Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade ‘geral’ do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e ‘especial’ à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)<sup>7</sup>.

Neste sentido, a vulnerabilidade do consumidor permite que o Código de Defesa do Consumidor possa falar em 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.

Ao reconhecer a vulnerabilidade com relação a sua ignorância técnica e específica para discernir quanto a melhor decisão a ser tomada na sua relação consumerista, o Código de Defesa do Consumidor proporciona elementos jurídicos que darão uma garantia maior de segurança nas suas deliberações. O dever de informar é princípio fundamental no Código de Defesa do Consumidor.

O dever de  
informar é  
princípio  
fundamental  
no Código  
de Defesa do  
Consumidor

A publicidade dentre seus propósitos, incentiva o consumidor ao desejo, levando ao ato de adquirir. Entretanto, as técnicas utilizadas, por vezes, evidenciam aspectos da vulnerabilidade sob uma ordem psíquica, fisiológica e econômica. Eis a regra que não devem imperar. Em matéria contratual, a boa-fé objetiva, definida como um dever jurídico instituído às partes contratuais de atuar com lealdade e probidade, garantindo a concretização das legítimas expectativas do parceiro contratual na relação de consumo, além do conceito ético, exprime uma concepção econômica, ligada à funcionalidade econômica das interações sociais e contratuais do mercado.

O caso em tela é importante ao estudo do direito do consumidor, pois quando passarmos a assimilar que o consumidor é um litigante habitual estaremos fadados à estagnação. Ao entendermos a necessidade de informar como condição essencial, vinculada à boa-fé contratual, sem exigir que o consumidor tenha condições médias de avaliar a publicidade, sem transferirmos responsabilidades, poderemos ainda acreditar em um sistema mais justo, ou seja, sem ganho ou perda em demasia a ninguém, mas apenas harmônico, equilibrado.

A lição que persegue inúmeros casos como o exposto aqui, infeliz realidade, não está em nenhuma norma jurídica específica. Cremos que

já temos normas em demasia, precisamos sim efetivá-las, (re)discutir as bases do direito do consumidor, dentre elas o direito à informação e o reconhecimento da (hiper)vulnerabilidade, é renovar esperanças, não somente na lei, mas no que o ser-humano é capaz de fazer pelo bem do outro.

A história nos deixou de herança o desejo por *liberdade, igualdade e fraternidade*. Aqui a nossa maior lição, o anseio por uma nova igualdade, uma nova liberdade, uma nova fraternidade. O futuro da proteção dos vulneráveis passa pela construção de uma origem comum, cotejado por um diálogo das diferenças, apto a permitir autonomia aos mais fracos e a inclusão dos diferentes. Por tempos de “uma igualdade com alma e com calma”, por um direito privado solidário<sup>8</sup>.

Ao caso não resta nenhum apontamento teórico mais aprofundado. Ao comentá-lo, em especial a passagem de trecho acima, a partir da contribuição dos professores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, ainda uma última contribuição em nosso comentário: o direito nos trouxe a igualdade, permitiu-nos a liberdade, mas não será o direito capaz de nos tornar mais fraternos. Eis o desafio!

## Notas

\* O Acórdão encontra-se às págs. 231-242.

\*\* Vitor Hugo do Amaral Ferreira. Mestre em Integração Latino Americana, Linha de Pesquisa Políticas Públicas e Desenvolvimento, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduado com especialização na Área de Violência Doméstica contra Criança e Adolescente pela Universidade de São Paulo (USP); Docente do Centro Universitário Franciscano, onde coordena o Projeto de Ensino, Pesquisa e Extensão Prática em Direito do Consumidor; e o grupo de pesquisa Política e Sociedade de Consumo; Docente da Antonio Meneghetti Faculdade. Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação em Direito. Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: sociedade de consumo, direito do consumidor, superendividamento, publicidade, governança para internet, sociedade de informação. Advogado, sócio-fundador do escritório Amaral Ferreira & Schlosser Advocacia. Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio Grande do Sul. Membro Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Email: vitorhugodir@hotmail.com.

\*\*\* Diógenes Faria de Carvalho. Pós-Doutorado em andamento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Psicologia (Economia

Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC – GOIÁS). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO) e Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação em Direito. Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: direito do consumidor, superendividamento do consumidor, psicologia do consumo e propriedade intelectual. Advogado do escritório Velasco, Vellasco & Simonini Advocacia. Membro Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Email: dfcarvalho01@hotmail.com.

1. Nas razões do especial, o recorrente aduz que a publicidade foi capaz de induzi-lo em erro, principalmente pela superficialidade com que trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio e alega dissídio jurisprudencial com os seguintes precedentes, todos julgados com base na tese da publicidade enganosa e proteção do consumidor (art. 37, CDC): (i) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: Apelação Cível 20070710030024, DJ 24/9/2007, no qual houve o reconhecimento da propaganda enganosa com a condenação por danos morais de empresa que vendeu produto para emagrecimento a consumidor lesado na justa expectativa almejada, mas frustrada em virtude da plena impossibilidade do resultado prometido, a despeito da observância das orientações constantes na publicidade; (ii) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Cível 70041542580, em que foi reconhecida a publicidade enganosa ante a atribuição de propriedade terapêuticas de produto (esteira de massagem), sem comprovação, e uso de técnica agressiva de venda domiciliar, visando idosos e aposentados; (iii) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível 1.0261.06.045252-9/003, julgado em que se reconheceu o dano moral decorrente da publicidade enganosa destinada a cooptar consumidor com necessidades especiais a adquirir veículo automotor, sem, no entanto, informar acerca das limitações de uso. (iv) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte: Apelação Cível 2008.01.0002-9 – publicidade enganosa foi reconhecida, pois o consumidor acreditou estar adquirindo um automóvel quando lhe foi vendido, em verdade, um título de capitalização.
2. Primeiramente, registre-se que, no caso concreto, não se está a analisar a eficácia do produto “Cogumelo do Sol”, quais seus resultados objetivos à saúde ou, ainda, se existe autorização da ANVISA para a sua comercialização, circunstâncias não elencadas na causa de pedir e alheias ao pedido (e-STJ fls. 3-11).
3. Oportuna é a obra de Paulo Valério Dal Pai Moraes, Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade, em que há um estudo cuidadoso sobre a vulnerabilidade do consumidor na perspectiva contratual, na publicidade e demais práticas comerciais.
4. [...] Em texto intitulado *A lição da tartaruga*, compartilhamos, em metáfora, que somos, em nossos tempos, muitas tartarugas – “a que transporta e sustenta o

mundo” – [...] Ensina-nos a tartaruga a apreciarmos a longevidade, simboliza o trabalho, que se traduz, novamente no crédulo dos chineses, no animal que representa uma temporada de pausa. Tempo em espera, que anunciará outros novos tempos. Evolução lenta, mas segura: eis a lição da tartaruga. Aqui podemos traduzir a ideia, ao pensarmos no esforço de carregarmos um fardo maior do que as nossas forças. Pensar, a partir da lição da tartaruga, é não querer desistir. O fardo, ainda que pesado, é o nosso encontro à vulnerabilidade, a pausa, a lentidão; mas a certeza do movimento, é o que nos faz crer na possibilidade. Um novo tempo, um novo (mais humano) direito.

5. A publicidade de medicamentos não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo (art. 7º, § 2º). Toda publicidade de medicamentos conterà obrigatoriamente advertência indicando que, em persistindo os sintomas, o médico deverá ser consultado (art. 7º, § 5º) (Rizzato Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 6. ed. Saraiva, p. 491-492).
6. O STJ já se pronunciou sobre a hipervulnerabilidade de coletividade indígena desprovida de assistência médico-odontológica (REsp 1.064.009/SC), de deficientes físicos, sensoriais ou mentais (REsp 931.513/RS) e de portadores de doença celíaca, sensíveis ao glúten (REsp 586.316/MG).
7. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, Revista dos Tribunais, 2014, p. 188-189.
8. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, Revista dos Tribunais, 2014.