



Schering terá de pagar R\$ 1 milhão de indenização

30/11/2007

O laboratório Schering do Brasil Química e Farmacêutica deverá pagar indenização coletiva no valor de R\$ 1 milhão por danos morais porque colocou no mercado o anticoncepcional Microvlar sem princípio ativo, ocasionando a gravidez de diversas consumidoras. A decisão é da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou recurso do laboratório.

O caso das "pílulas de farinha" — como ficou conhecido— é resultado da fabricação de pílulas para o teste de uma máquina embaladora do laboratório, mas que acabaram chegando ao mercado para consumo. O fato aconteceu em 1998.

A empresa farmacêutica entrou com Recurso Especial no STJ argumentando, em síntese, que os 600 mil comprimidos que chegaram indevidamente ao mercado seriam para testes do maquinário. Além disso, informou que o laboratório não disponibilizou o produto, e sim os farmacêuticos que venderam o anticoncepcional ao consumidor.

No recurso, o laboratório também alegou cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da ação. Questionou, ainda, a legitimidade da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon-SP) para propor ação em defesa de suposto interesse individual homogêneo. A Schering sustentou, ainda, que qualquer gravidez resultante do uso dos falsos anticoncepcionais significou sentimentos positivos, pois geraram “novas vidas”.

Os argumentos não foram aceitos. Em seu voto, no qual rebateu todas as alegações apresentadas pelo laboratório, a ministra Nancy Andrighi destacou que, no tocante às consumidoras, o fundamento da compensação era a quebra de expectativa com relação à eficácia do produto e não a gravidez propriamente dita.

A ministra asseverou que o vazamento de placebos (substância inerte) manufaturados em razão de testes de maquinário feriu diretamente a necessidade de respeito à segurança dos consumidores e o direito de informação que eles possuem, na medida em que a empresa demorou a avisar os consumidores dos riscos que corriam, muito embora já ciente do vazamento dos placebos.

A ministra ressaltou, também, que as instâncias ordinárias reconheceram que a empresa não tomou cautelas mínimas em face do evidente potencial lesivo contido na fabricação das pílulas de farinha. “Como ficou demonstrado no processo, as embalagens não tinham nenhum sinal característico sobre as diferenciava o produto original, e as investigações a respeito da rotina da empresa demonstraram que esta operava com sérias falhas de segurança, tanto no processo de fabricação quanto no descarte de material”, afirmou.

Inicialmente, a relatora do processo, ministra Nancy Andrighi, votou pela rejeição do pedido. Na sequência, o ministro Castro Filho pediu vista e interrompeu o julgamento. O julgamento

prosseguiu e os ministros Ari Pargendler e Humberto Gomes de Barros seguiram a decisão da ministra. Dessa forma, foi negado, por unanimidade, o pedido do laboratório.

Leia o voto**RECURSO ESPECIAL 866.636 - SP (2006/0104394-9)****RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI****RECORRENTE: SCHERING DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA****ADVOGADO: CID FLAQUER SCARTEZZINI FILHO E OUTRO****RECORRIDO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP E OUTRO****PROCURADOR: PAULA CRISTINA RIGUEIRO BARBOSA ENGLER PINTO E OUTRO(S)****EMENTA**

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos.

— Não houve qualquer irregularidade no julgamento antecipado da lide. A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação. As provas especificamente requeridas pela defesa e destinadas à tentativa de comprovação sobre o modo pelo qual as pílulas ineficazes chegaram às consumidoras não teriam qualquer relevância para o deslinde da questão.



— Não houve incongruência na sentença, pois a suposta afirmação de que novas provas eram necessárias, ao mesmo tempo em que se julgava antecipadamente a lide, é meramente aparente. Houve, apenas, referência ao fato de que a própria empresa foi incapaz de formular hipótese objetiva que explicasse definitivamente como os fatos ocorreram. A dúvida a que se fez referência, portanto, não estava presente no espírito do julgador; apenas foi citada como sendo o cerne da defesa da ré, que, por não saber explicar precisamente o desenrolar dos fatos, levantou dúvidas sobre a versão apresentada na inicial.

— Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese.

— Ademais, o STJ vem decidindo, em vários precedentes, pela legitimidade ativa de associação que propõe ação relativa a direitos individuais homogêneos.

— Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse ‘modo’, verificou-se que o descaso da empresa com sua linha de produção e descarte era tamanho que, em uma análise padrão, foi possível identificar sérias falhas em vários setores da produção. Com efeito, não havia absolutamente nenhum sinal distintivo compreensível ao leigo no invólucro do remédio ineficaz; não havia qualquer acompanhamento quanto ao processo de descarte dos invólucros; era fato notório que muitos funcionários furtavam medicamentos da linha de produção; e várias caixas eram simplesmente jogadas no lixão da indústria.

— Assim, é patente que a empresa ora recorrente não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no ‘lixão’ da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores.

— A primeira conclusão que se tira desse contexto é que em nada socorre a empresa a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. Na verdade, o panorama fático adotado pelo acórdão mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se, até mesmo, que tais placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.

— A responsabilidade da fornecedora, portanto, não é afetada pelo simples levantamento de uma hipótese, de uma dúvida, a respeito da participação de terceiros no derramamento dos medicamentos ineficazes no mercado. Essa participação de terceiros, ademais, é questionável, ao passo que a responsabilidade da fornecedora é direta e comprovada.

— Inviável, também, sustentar que apenas a introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor gera responsabilidade do fornecedor. Tal idéia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que tal empresa deve ser obrigada a manter. Não se trata de questionar a responsabilidade da empresa por ter ou não colocado deliberadamente o produto em circulação, mas sim de questionar a sua responsabilidade em, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, não adotar medidas eficazes para garantir que tal produto fosse afastado das consumidoras.

— Ainda no contexto da excludente de responsabilidade relacionada à culpa exclusiva de terceiro, sustenta a recorrente que eventual dano causado às consumidoras é de ser imputado aos farmacêuticos que teriam vendido as cartelas de teste, pois a estes incumbiria, por dever de ofício, a verificação da higidez do produto que comercializam. Tal argumento parte de premissa fática que é, contudo, inadmissível, além de não ter o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor.

— No tocante à configuração da violação ao dever de informação, sustenta a fornecedora que, de início, os elementos indicadores da ocorrência do vazamento, às consumidoras, do produto ineficaz eram ‘frágeis’, não sustentando a drástica medida de divulgação pública de alertas a respeito. Contudo, o juízo de valor da empresa se mistura com o interesse na proteção da sua própria imagem, gerando, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses do consumidor e interesses do fornecedor: este alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que os consumidores sejam lesionados na hipótese de existir uma suposta dúvida sobre

um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco.

— Sustenta a recorrente ausência de dever de compensar os danos morais, porque a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida. Deve-se ressaltar, porém, que o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez; portanto, a mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra a opção da mulher, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2007 (data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL 866.636 - SP (2006/0104394-9)

RECORRENTE: SCHERING DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA

ADVOGADO: CID FLAQUER SCARTEZZINI FILHO E OUTRO

RECORRIDO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP E OUTRO

PROCURADOR: PAULA CRISTINA RIGUEIRO BARBOSA ENGLER PINTO E OUTROS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Recurso especial interposto por SCHERING DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA, com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional.

Ação: civil pública, interposta pelo ESTADO DE SÃO PAULO e por FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, em 02.07.1998.

Os fatos narrados na inicial dizem respeito ao notório fato envolvendo o anticoncepcional MICROVLAR, fabricado pela ré. Segundo amplamente divulgado pela imprensa, um lote de pílulas que não apresentavam o princípio ativo do medicamento, porquanto meros *placebos*, ou seja, comprimidos utilizados para teste de maquinário, foram consumidos por várias mulheres que vieram a engravidar em face da falta de eficácia dessas cartelas de MICROVLAR.

Sustentam os autores:

a) que a empresa "(...) *não se preocupou em informar corretamente seus consumidores, atitude que se impunha, pois a mesma é líder nesse segmento, depositária da confiança de milhares de pessoas*" (fls. 06);

b) que "(...) *nem mesmo a requerida sabe explicar 'como'*" (fls. 06) os comprimidos chegaram à população;

c) que a empresa só procurou as autoridades em 22.06.98, muito embora já em 20.05.98 tivesse confessadamente recebido comunicação anônima por escrito a respeito do acontecido, na qual foi inclusive anexado um exemplar do produto ineficaz, do que se verifica que a empresa não tomou as medidas adequadas para combater o problema;

d) que a ré foi multada várias vezes pela vigilância sanitária em face do procedimento adotado nos testes que resultaram na produção das pílulas ineficazes (fls. 25/32), porque as embalagens nestes utilizadas *não continham diferenciação em relação às embalagens verdadeiras*, em desacordo com o art. 10 da Lei nº 6.437/77;

e) que o representante da empresa, em depoimento à polícia, admitiu a produção de cerca de *seiscentos mil placebos*, cuja diferenciação na identificação era limitada apenas à existência de um número de lote seqüencial tipo '1111111';

f) que a responsabilidade da ré é objetiva quanto aos danos causados aos consumidores, e que a omissão quanto ao dever de informar o público sobre os fatos é fator de especial relevância, especialmente em face do art. 10 do CDC;

g) que a coletividade sofreu danos morais em face do intenso abalo psíquico relacionado ao evento, restando impossível a identificação dos lesados, por se tratar de interesse difuso.

Os pedidos foram os seguintes:

1) disponibilizar equipe médica neutra à disposição de todos os lesados, sem custo a estes, para fornecimento de todas as informações, exames e acompanhamentos necessários, inclusive para

o fim de comprovar a ocorrência de gravidez em face do uso do placebo;

2) publicar em jornais de grande circulação, rádio e TV, notas explicativas sobre o ocorrido e informações aptas a propiciar, pelos consumidores, a verificação sobre a compra de medicamento eficiente, assim como a informar sobre a existência da equipe médica *supra* referida;

3) a fixação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em face de descumprimento das medidas *supra*;

4) pagamento de compensação pelos danos morais coletivos ao fundo de reparação dos interesses difusos, em valor mínimo de um milhão de reais;

5) pagamento das custas e despesas processuais.

Por fim, há pedido de antecipação dos efeitos da tutela relativamente às obrigações de fazer, nos termos dos arts. 273 e 461 do CPC.

Analisando o pedido de antecipação de tutela, o juízo, a fls. 112/118, determinou inicialmente o aditamento da inicial para, nos termos da prévia manifestação ministerial, fazer constar do pedido que eventual compensação por danos morais seria concedida a título de *condenação genérica*, permitindo futura liquidação individual por parte dos consumidores lesados. Quanto à antecipação da tutela, concedeu-a para que fossem cumpridos os itens 1, 2 e 3 *supra*.

A ora recorrente peticionou a reconsideração dos termos da liminar, porque supostamente inexecutáveis, mas por decisão de fls. 710/712 o pedido foi indeferido.

O aditamento da inicial foi realizado a fls. 729/730, para acrescer-lhe o pedido de *condenação genérica* da requerida, incluindo-se no objeto da lide os direitos individuais homogêneos dos consumidores efetivamente lesados pela ora recorrente, de forma a permitir, por estes, futura execução individual da sentença.

Em contestação (fls. 813/876), sustentou a ora recorrente: i) que a empresa foi diligente em informar as autoridades públicas e os consumidores sobre os acontecimentos, a partir do momento em que pôde constatar a seriedade da situação; ii) que o CDC é inaplicável, porque a empresa não fabricara as pílulas ineficazes para comercialização e nem as colocara no mercado; iii) que os autores não detêm legitimidade ativa, pois os interesses perseguidos são de natureza individual homogênea; iv) que ocorreria falta de representação da fundação autora, porque não juntados aos autos seus atos constitutivos e o instrumento de mandato aos patronos que assinaram a inicial; v) que todo o processo de produção e descarte do material-teste foi realizado com o cuidado devido; vi) que é insubsistente o pedido de condenação por danos morais e que o valor pedido é abusivo; vii) que é de se reconhecer a incidência de caso fortuito como excludente da responsabilidade, ou, ao menos, culpa exclusiva de terceiro, ou seja, dos farmacêuticos.

Em réplica (fls. 1.598/1.610), afirmaram os autores: i) que a contestação da empresa apenas corrobora o descaso com que esta trata o mercado consumidor brasileiro, pois deveria a Schering ter tomado providências ao primeiro sinal de irregularidade e não se omitido até que os eventos assumissem proporções trágicas; ii) que o CDC é plenamente aplicável e que inexistia qualquer problema de legitimidade ativa processual; iii) que em nenhum momento afirmou-se existir dolo por parte da empresa, no sentido de que esta teria propositadamente colocado os comprimidos ineficazes em circulação, mas sim que esta não teve a preocupação de adotar procedimentos especiais que assegurassem o isolamento de tal produto e sua completa destruição; iv) que os farmacêuticos não podem ser responsabilizados, porque não havia diferença concreta entre as caixas de MICROVLAR verdadeiros e as falsas, e, além do mais, a responsabilidade prevista no CDC é solidária; v) que a presente ação versa não só sobre interesses individuais homogêneos, mas também a respeito de interesses coletivos e difusos, no tocante ao direito de informação dos consumidores e à sua segurança; vi) e que o valor exigido pelos danos morais não é excessivo.

No mesmo sentido manifestou-se o Ministério Público, a fls. 1.648/1.650.

Sentença: julgou procedente o pedido, de forma a tornar definitiva a tutela parcialmente antecipada, e para condenar a ré ao pagamento de compensação por danos morais coletivos no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O juízo decidiu antecipadamente a lide, nos termos do art. 330, I, do CPC, com base na seguinte fundamentação: i) a fabricação dos comprimidos é fato incontroverso; ii) a oitiva de mulheres que teriam engravidado enquanto tomavam o placebo é irrelevante, porque elas não possuem conhecimento específico sobre o ponto de relevo, que é o procedimento de guarda e destruição das pílulas pela ré; iii) a oitiva do representante legal da empresa pode ser suprida pela farta documentação já existente nos autos, e também em virtude da delimitação do ponto de interesse da lide como sendo a exposição dos consumidores a risco; e iv) descabido o pedido de prova pericial para averiguar o montante dos danos morais sofridos.

No mérito, entendeu que a própria empresa não sabe explicar como os medicamentos atingiram os consumidores, ficando demonstrado que a ré não tomou medidas suficientes para prevenir o risco que criara ao fabricar medicamentos ineficazes, apesar de formalmente idênticos aos originais. Além disso, igualmente demonstrada a violação ao art. 10, § 1º do CDC, pois a empresa atrasou por quase um mês a necessária comunicação dos fatos às autoridades, e, no correr das investigações, ainda emitiu comunicado que, de forma nebulosa, incentivaria as consumidoras a continuar no uso do medicamento falso.

Embargos de declaração: opostos pela ora recorrente, sob o fundamento de contradição na sentença, pois esta inicialmente teria afirmado o desinteresse da ré em produzir prova relativa ao alegado furto dos placebos, e posteriormente teria dito que tal prova seria impossível; foram estes, contudo, rejeitados.

Acórdão: interposta apelação fundamentada no alegado cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide e na reiteração das teses já apresentadas em contestação, foi o

recurso parcialmente provido apenas para cancelar a antecipação dos efeitos da tutela, na parte em que esta não produziu efeitos, nos termos da seguinte ementa:

“Ação civil pública – Propositura contra laboratório farmacêutico pelos danos morais causados à coletividade em decorrência de colocação no mercado de anticoncepcional feminino por ele produzido sem o princípio ativo – Procedência confirmada em sede de apelo, este provido em parte tão só para cancelar a tutela antecipada concedida em primeiro grau, no que não haja produzido seus efeitos” (fls. 1.961).

Embargos de declaração: interpostos com o objetivo de sanar alegadas omissões no acórdão, foram estes rejeitados.

Recurso especial: em extenso arrazoado, sustenta a recorrente violação:

a) ao art. 330, I, do CPC, porque indevido o julgamento antecipado da lide sem a produção das provas solicitadas pela ora recorrente;

b) aos arts. 1º, II e IV e 5º da Lei nº 7.347/85 e 267, VI do CPC, porque os autores são partes ilegítimas para propor ação em defesa de interesse individual homogêneo, como ocorre na presente hipótese;

c) aos arts. 3º, caput e § 1º do CDC, e ao art. 267, VI, do CPC, porque a recorrente é parte ilegítima na medida em que não pode ser considerada fornecedora para efeito de aplicação do CDC;

d) ao art. 12, § 3º, I do CDC, porque demonstrado que a recorrente não colocou o produto no mercado, de forma a ser aplicável a excludente de responsabilidade ali prevista;

e) aos arts. 12, § 3º, do CDC e aos arts. 1.521, III e 1.546 do CC/16, porque a responsabilidade por eventual dano, na hipótese, é dos farmacêuticos que venderam o produto ao consumidor;

f) ao art. 10 do CDC, porque a recorrente foi diligente em tomar as medidas protetivas ao consumidor assim que foi possível;

g) ao art. 159 do CC/16, porque, uma vez afastada a responsabilidade objetiva do CDC, verifica-se que não houve qualquer conduta culposa da recorrente;

h) ao art. 1.058 do CC/16, porque ocorreu caso fortuito na hipótese;

i) dissídio jurisprudencial no tocante à fixação do valor compensatório dos danos morais;

j) aos arts. 535, II, 165, 458, II e III e 515 do CPC, em face da negativa de prestação jurisdicional em embargos de declaração.

Posteriormente à interposição do recurso especial, já em 04.10.2006, peticionou a recorrente a fls. 2.256/2.306, trazendo cópia de julgado da 1ª Turma do STJ que teria relevo para o deslinde

da controvérsia.

Contra-razões a fls. 2.149/2.157.

Negado seguimento, na origem, ao recurso especial, dei provimento ao agravo de instrumento nº 727.258/SP, determinando a subida dos autos.

Parecer do Ministério Público Federal a fls. 2.238/2.254, de lavra do i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, é pelo conhecimento parcial do recurso especial e, nessa parte, pelo seu não provimento.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL 866.636 - SP (2006/0104394-9)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: SCHERING DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA

ADVOGADO: CID FLAQUER SCARTEZZINI FILHO E OUTRO

RECORRIDO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP E OUTRO

PROCURADOR: PAULA CRISTINA RIGUEIRO BARBOSA ENGLER PINTO E OUTROS

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Em linhas gerais, cinge-se a controvérsia à análise da responsabilidade imputável à ora recorrente, empresa fabricante de pílulas anticoncepcionais, pelo indevido consumo de *placebos* por ela manufaturados em razão de testes de maquinário, do que resultou a gravidez de algumas usuárias do medicamento. Tais fatos são, na presente ação civil pública, relacionados diretamente à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação que estes possuem e à compensação pelos danos morais sofridos.

I - Da negativa de vigência aos arts. 535, II, 165, 458, II e III e 515 do CPC.

Cumpre iniciar a presente análise pela alegação de negativa de prestação jurisdicional, muito embora este tenha sido o último ponto abordado pela recorrente em seu longo arrazoado.

Aliás, a posição tópica dada pela recorrente à alegada violação ao art. 535 do CPC, por si, é indicativo da conclusão a que se chega pela leitura das razões ali apresentadas, no sentido de

que tal irresignação significa, como expressamente admitido pela recorrente a fls. 2.131, muito mais uma precaução em face de eventual entendimento pela ausência de prequestionamento sobre algum ponto controvertido do que, realmente, a indicação de uma omissão efetiva e transparente.

Com efeito, da leitura das razões de embargos de declaração apresentados perante o TJ/SP, nota-se que estas representaram uma tentativa de se obter um novo julgamento da lide e, em linhas gerais, são apenas a reiteração das razões de apelação. A embargante, até mesmo, juntou novos documentos em sede de embargos, prática esta que não se coaduna aos estreitos limites de cognição de tal recurso.

Não há, portanto, qualquer violação ao art. 535 do CPC.

II - Da negativa de vigência ao art. 330, I do CPC: cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

Sustenta a recorrente, em seus próprios termos, que “(...) *ao revés do que foi argumentado pela D. Magistrada prolatora da r. decisão de primeiro grau, nem todos os fatos relevantes haviam sido àquela ocasião objeto de prova, restando ainda diversos pontos de extrema importância a serem objeto de dilação probatória*” (fls. 2.069).

O requerimento de provas apresentado pela Schering, a fls. 1.635/1.636, diz expressamente o seguinte:

“Requer a Suplicada a produção de prova testemunhal, a demonstrar a veracidade de todo o alegado, especialmente as condições em que ocorreram os fatos supostamente originadores dos direitos pleiteados na demanda, bem como do depoimento de eventuais consumidoras que se habilitem nestes autos, que prestarão esclarecimentos no sentido da forma de aquisição do material inerte, bem como da ingestão usual dos contraceptivos.

Requer-se ainda a produção de prova pericial, a fim de que seja averiguada a efetiva ocorrência de dano moral à coletividade e às consumidoras cujos supostos direitos estão sendo defendidos no presente pleito.

Por fim, requer a produção de prova documental, a ser oportunamente juntada aos autos, que igualmente servirá a provar toda a argumentação expendida pela Suplicada” (sem grifos no original).

Ao decidir pelo julgamento antecipado da lide, entendeu o juízo que as provas requeridas não seriam aptas a auxiliar a formação da convicção do órgão julgador, pois, nos termos da sentença, “*Objeto de análise é o risco à saúde a que ficou exposta toda a comunidade de*

consumidores indistintamente considerados” (fls. 1.661).

Tal ponto é fundamental para que se compreenda a opção do juízo pelo julgamento antecipado da lide. A presente ação não é uma das que foram ajuizadas por consumidoras do MICROVLAR que, conquanto usuárias rotineiras do produto, se surpreenderam pelo início de uma gravidez indesejada; é, ao contrário, uma ação civil pública, com pedidos específicos e relativos à tutela coletiva de interesses metaindividuais, como fica claro pela leitura da inicial e de seu posterior aditamento.

A natureza particular dos pedidos formulados pode ser exemplificada pela alegação de violação ao art. 10, § 1º, do CDC, na medida em que inafastável a responsabilidade da ré pela demora na prestação de informações às autoridades públicas e aos consumidores. Embora a questão da legitimidade ativa mereça análise em item próprio, por ora basta dizer que, à evidência, um pedido dessa natureza jamais seria veiculado em uma lide promovida por uma gestante.

A partir dessa constatação retira-se, como premissa, a idéia de que uma ação civil pública demanda atividade probatória congruente com o resultado que dela se pretende obter, sob o prisma daquele que a propõe, ou com o resultado que se pretende evitar, na ótica de quem se opõe ao pedido.

Coerentemente, foi, portanto, da comparação entre as matérias controvertidas – quais sejam, colocação ou não dos consumidores em risco e responsabilidade decorrente do dever de informação – com a atividade probatória solicitada pela ré que o juízo extraiu sua convicção a respeito do cabimento do julgamento antecipado da lide, pois as provas requeridas, nessa perspectiva, não foram consideradas relevantes para o deslinde da controvérsia.

Nesta seara, cabe, portanto, analisar em termos específicos o acerto ou erro do entendimento esposado pelo juízo, para que se tenha ou não por violado o art. 330 do CPC.

Passando-se, portanto, à análise individual de cada prova requisitada, entendeu o juízo, de início, que o pedido de produção de provas para demonstrar *“as condições em que ocorreram os fatos supostamente originadores dos direitos pleiteados na demanda”* poderia ser afastado porque: i) a fabricação das pílulas ineficazes era fato incontroverso; e ii) também era fato incontroverso que, de um modo ou de outro, consumidoras adquiriram e consumiram as pílulas.

O primeiro ponto, por óbvio, não merece comentários; merece atenção, apenas, esse segundo ponto, pois, em tese, seria justamente na questão relativa à forma como as pílulas teriam atingido as consumidoras que residiria o maior interesse probatório da ré. Tanto que foi nesse sentido que se deram as duas especificações probatórias delimitadas de forma mais clara, quais sejam: o *“depoimento de eventuais consumidoras que se habilitem nestes autos, que prestarão esclarecimentos no sentido da forma de aquisição do material inerte”* e a atividade probatória tendente a demonstrar a ocorrência de furto dos medicamentos, esta diretamente relacionada à tese de ausência de culpa e de ocorrência de força maior.

Quanto ao depoimento das consumidoras, entendeu o juízo ser tal prova desnecessária porque estas “(...) *não possuem conhecimento específico sobre os procedimentos adotados pela ré para utilização, guarda e destruição do material destinado a testes*” (fls. 1.662).

Com isso, acertadamente prestigiou o juízo a necessária coerência entre o objeto da lide e a atividade probatória perseguida, pois as consumidoras, como elementos finais no processo de circulação das mercadorias defeituosas, nenhuma informação relevante poderiam trazer aos autos quanto ao *modo* como os medicamentos falsos atingiram o mercado, já que, evidentemente, tudo o que aconteceu entre a fabricação das pílulas ineficazes e a chegada desse produto às mãos das consumidoras são fatos antecedentes à própria compra, a menos que a ré esperasse obter das consumidoras uma confissão no sentido de que estas tomaram parte, conscientemente, de um grande golpe com o fim de obter indenizações milionárias da empresa.

A única informação que as consumidoras poderiam prestar já constava dos autos – e não tinha sido impugnada – no sentido de que tais produtos foram adquiridos em farmácias.

E o mesmo se diga quanto à alegada ocorrência de furto dos produtos ineficazes. A suspeita de furto dos medicamentos já tinha sido objeto de inquérito policial que não chegou a uma conclusão, e as peças deste estavam reproduzidas na presente ação, sendo desnecessário pretender produzir novamente tais elementos de convicção, apenas para que, ao final, fosse atingido o mesmo ponto de incerteza já existente.

É de se notar que a própria recorrente, desde sua primeira manifestação, nada mais faz do que, justamente, invocar a dúvida decorrente de que a polícia não chegou a uma conclusão a respeito da forma como os medicamentos foram parar no mercado.

E como nem mesmo a empresa tem idéia precisa do curso dos eventos, tanto que em nenhum momento formulou de modo claro e objetivo uma hipótese a respeito, nada haveria, realmente, a acrescentar ao quanto já produzido pela autoridade policial.

Portanto, corretamente entendeu o juízo ser desnecessária a atividade probatória para meramente repetir elementos configuradores de uma dúvida e não de uma certeza, sendo de se considerar, ainda, que as alegações da recorrente foram, de qualquer modo, sopesadas e descartadas, porque havia, de qualquer sorte, outros elementos a configurar a responsabilidade da empresa, conforme será analisado em ponto próprio.

Finalmente, o pedido de produção de prova pericial, para que fosse averiguada a efetiva ocorrência de dano moral à coletividade foi também apontada, com correção, por incongruente em face da natureza mesma do direito violado, pois, nos termos da sentença, “*O dano moral é dedutível das próprias circunstâncias em que ocorreram os fatos*” (fls. 1.662), sendo de se considerar, novamente, que o pedido aditado da inicial se destinava à condenação por danos morais em caráter genérico, tendo como destino o fundo de reparação dos interesses difusos, em caso de ausência ou escassez de execuções individuais que, como tais, são postergadas para momento posterior.

Esse esclarecimento basta para que se verifique a incongruência de um pedido de perícia para verificação desse tipo especial de danos morais, na medida em que tal prova somente poderia ser produzida a partir de um estudo sobre consumidoras individualizadas.

Evidente que, com isso, não se está a cancelar de antemão a possibilidade jurídica da ocorrência de danos morais coletivos, pois tal assunto diz respeito ao mérito; apenas toma-se por base tal pedido, que efetivamente foi feito, para que seja possível uma conclusão a respeito da questão processual ora analisada.

Assim colocado o problema, nota-se que a irresignação da recorrente quanto ao afastamento do pedido de produção de prova pericial para a demonstração da ocorrência de danos morais coletivos, na verdade, não diz respeito a eventual violação a norma de procedimento, qual seja, ao art. 330 do CPC; ao invés, traz em seu contexto, verdadeiramente, uma irresignação de mérito, qual seja, uma eventual impossibilidade de reconhecimento de danos morais a serem compensados diretamente para a sociedade e não para indivíduos determinados.

Dessa forma, o específico ponto relativo aos danos morais depende de estudo em seara própria, ficando, por ora, afastadas as alegações de violação ao art. 330 do CPC, com base nos argumentos expendidos anteriormente.

Embora tais colocações sejam, já, suficientes, há que se ter uma palavra, em respeito ao extenso trabalho desenvolvido pelos patronos da recorrente em suas razões, sobre o que seria uma contraditória admissão, pela própria juíza e no corpo da sentença, de que mais provas eram necessárias antes do julgamento.

A análise complementar desse ponto é necessária porque as razões de recurso especial, em última instância, tratam indistintamente do que seria a questão jurídica derivada da necessidade ou não de produção das provas e de uma suposta confusão semântica que pode ser vislumbrada a partir da citação esparsa de frases da decisão, quando tomadas fora de seu contexto.

Assim, as frases usadas como demonstração de dúvida da juíza e fundamento da necessidade de produção de provas são as seguintes:

i) *“A alegação de que estes lotes são objeto de furto depende de prova inconcussa e nos autos há somente a comprovação de uma **suspeita** da empresa ré”* (fls. 1.663 – grifado no original); aqui, refere-se a juíza ao fato de que a própria empresa não fez mais do que fomentar uma dúvida, o que, conforme já analisado *supra*, é de todo insuficiente em face das demais variáveis, inclusive jurídicas, que fazem parte da controvérsia;

ii) mais para a frente, escreveu a juíza que *“Por isso imprescindível a comprovação pela ré de que efetivamente ocorreu o alegado furto de medicamentos das dependências de seu estabelecimento industrial”* (fls. 1.663); outra vez, a juíza faz referência não à necessidade de produção de provas a respeito, mas à própria conduta da recorrente que se limita a plantar suspeitas com o intuito de afastar uma responsabilização de base objetiva;

iii) a última frase, igualmente, só tem efeito se destacada de seu contexto. Diz a juíza: “*Nesse ponto, ressalto uma dúvida que permanece, mesmo após acurada análise dos autos*” (fls. 1.663). Dessa expressão – ‘uma dúvida que permanece’ – pretende a recorrente extrair uma confissão da juíza quanto a sua incerteza para resolver a lide. Contudo, quando lida no contexto em que proferida, essa frase está se referindo à afirmação de implausibilidade de uma das alegações da defesa, no sentido de que seria impossível produzir as pílulas ineficazes com alguma diferenciação visível em relação às verdadeiras; a ‘dúvida’ da juíza, na verdade, era admitir, como pretendia a ora recorrente, que teria sido, também, impossível pelo menos carimbar as caixas de medicamento falso com algum tipo de alerta após a fabricação, desde que realmente impossível produzi-las com alguma diferenciação.

Quando lida em seu contexto, portanto, nenhum problema se verifica na sentença quanto à solidez de seus fundamentos.

III) Da negativa de vigência aos arts. 1º, II e IV e 5º da Lei nº 7.347/85 e 267, VI do CPC: ilegitimidade ativa para propor ação em defesa de suposto interesse individual homogêneo.

Sustenta literalmente a recorrente, neste ponto, que “*O interesse é plenamente divisível, na medida em que, se desejar, aquele que se entender lesado pode agir de forma individual, não estando obrigado a ingressar em juízo por ação coletiva, podendo-se admitir hipoteticamente haja o acolhimento da pretensão de um dos lesados e não a de outro*” (fls. 2.078); “*No caso ora em tela, se direito há, tem cunho individual homogêneo, posto que as usuárias que eventualmente tenham feito uso do produto de ‘Microvlar’ são perfeitamente determináveis, não havendo que se falar em indeterminabilidade dos titulares do interesse*” (fls. 2.080).

E, no entender da recorrente, por ser o interesse tutelado na presente lide de natureza individual homogênea, não haveria autorização legal a uma associação como o PROCON para a propositura da ação.

São, portanto, duas as premissas sobre as quais se sustenta a alegação da Schering: a definição do interesse discutido como individual homogêneo, e a impossibilidade de que uma fundação defenda esse tipo de interesse por ação civil pública.

Quanto à primeira, qual seja, a alegação de que se cuida, na hipótese, de interesse individual homogêneo, há que se tomar por base uma situação que é bastante própria da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais: o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão.

Assim, de início, não causa qualquer estranheza o simples fato de que, conforme alegado pela ora recorrente, tenha a Schering sido demandada tanto pelo PROCON como por consumidoras individualizadas, pois tudo depende do tipo de interesse que cada ação veicula.

Remetendo à inicial, nota-se que esta veiculou causa de pedir e pedidos totalmente relacionados a interesses difusos e coletivos. Com efeito, desta se extrai o seguinte trecho:

“Ora, no presente caso, como restará demonstrado, as condutas da requerida atingiram a sociedade como um todo, causando danos morais e patrimoniais a pessoas indetermináveis, atingindo interesses metaindividuais ‘em sua essência’ (...) que justificam a presente demanda, em decorrência da relevância social dos interesses tutelados” (fls. 05).

E mais precisamente, quanto à causa de pedir:

“A empresa requerida não se preocupou em informar corretamente seus consumidores, atitude que se impunha, pois a mesma é líder desse segmento, depositária da confiança de milhares de pessoas.

Em decorrência, vários transtornos foram causados à população, principalmente se imaginarmos que as pessoas de baixa renda, ou que não possuem acesso à informações mais substanciais, devem ter atravessado momentos angustiantes, nada minimizados pelos meios de comunicação.

(...)

Desde 20-5-98, no mínimo, a requerida tem conhecimento de que houve ‘desvio’ daquele material utilizado para teste (...) mas não comunicou essa ocorrência à vigilância sanitária, ou ao público em geral, daí decorrendo as autuações administrativas já narradas.

E, até o presente momento, não esclareceu, de forma convincente, através de comunicado público, os fatos supra narrados, e nem os riscos a que estão sujeitos os consumidores” (sem grifos no original – fls. 06/10).

Quanto aos danos morais, de início, expressamente vinculou-os a inicial à sociedade e não a indivíduos especificados, nos seguintes termos:

“Por último, lembrando que a lei de ação civil pública refere-se explicitamente aos danos morais em sede de interesses difusos (art. 1º), causados ao consumidor (inciso II), situação corroborada pelo Código de defesa do consumidor (art. 6º. Inciso VI), e que a condenação do ofensor ‘representa uma forma de reprimir as atitudes que comprometem a moral social’ (cfr. Clayton Reis, Dano Moral, Forense, 1994, 4ª ed., p. 101), urge destacarmos que a coletividade, genericamente, sofreu (e ainda sofre, dada a ausência de informações claras) intenso abalo psíquico, que atingiu a todos indistintamente, restando impossível a identificação dos lesados por se tratar de interesses difusos (à segurança das relações de consumo por exemplo), decorrente das atitudes da requerida, que deve responder também por esses prejuízos” (sem grifos no original – fls. 12).

Portanto, em princípio a inicial referiu-se, de forma clara, a direitos e interesses difusos – notadamente, direito à segurança e à informação dos consumidores e a danos morais coletivos.

Até aqui, portanto, nenhum problema de legitimidade se impõe. Trata-se de interesses difusos, em cuja defesa está autorizada a agir uma associação como o PROCON.

Contudo, houve um aditamento à inicial, a fls. 729/730, a pedido do Ministério Público de São Paulo, para acrescentar à inicial o pedido de *condenação genérica* da requerida, incluindo-se no objeto da lide os direitos individuais homogêneos dos consumidores efetivamente lesados pela ora recorrente e de forma a permitir, por estes, futura execução individual da sentença. Em face de tal aditamento, devidamente acolhido, é que se referiu a sentença ao fato de que “(...) *ressalta nos interesses objetos da lide os contornos próprios dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos a um só tempo*” (fls. 1.665).

Portanto, é imprescindível analisar a alegação de ilegitimidade passiva em seu correto alcance: como a ora recorrente traz alegação de negativa de vigência aos arts. 1º, II e IV e 5º da Lei nº 7.347/85 e 267, VI do CPC, porque o direito em questão seria de natureza individual homogênea, desde logo, então, é preciso delimitar que *tal ofensa só seria possível de ser conhecida quanto à questão da compensação pelos danos morais, pois este é o único interesse veiculado na presente ação que pode ser identificado com um interesse individual homogêneo.*

Todas as demais questões resolvidas pela sentença e pelo acórdão, como a obrigação de veicular anúncios informativos aos consumidores e de colocar à disposição destes equipe médica, não poderiam ser atingidas mesmo se procedente a alegação de ilegitimidade passiva, pois o alcance desta é restrito a apenas uma parte dos pedidos formulados na inicial.

Feita essa importantíssima ressalva, verifica-se então que, a partir da correta delimitação do conteúdo da irresignação, acaba-se por concluir que esta não se encontra devidamente aparelhada, pois, conforme visto, as razões de recurso especial tratam indiferentemente todos os pedidos contidos na inicial como se estes tivessem a mesma natureza individual homogênea, em fundamentação bastante genérica e que, conforme visto, não teria possibilidade de vingar.

Ademais, a distinção feita acima a respeito da coexistência de pedidos de natureza diversa na mesma ação leva ao reconhecimento de que, uma vez delimitada a matéria a ser conhecida como aquela relativa exclusivamente à condenação genérica por danos morais, a alegação de ofensa aos arts. 1º, II e IV e 5º da Lei nº 7.347/85 e 267, VI do CPC, não são suficientes para sustentar o pedido de reforma do acórdão. Com efeito, o art. 1º da Lei nº 7.347/85 trata apenas de elencar, exemplificativamente, competências materiais a serem tratadas em ação civil pública, e o art. 5º, II, a vincular o uso de tal ação por associação que tenha por finalidade, também exemplificativamente, a proteção ao consumidor.

Os artigos de Lei Federal que dizem respeito, propriamente, à questão passível de controvérsia são aqueles que cuidam diretamente da legitimidade para propositura de ação relativa a interesses individuais homogêneos, ou seja, os arts. 91 e seguintes do CDC.

Aplica-se ao ponto, assim, a Súmula nº 284/STF.

No mais, verifica-se que o alegado dissídio jurisprudencial não pode, igualmente, ser conhecido, porque limitou-se a recorrente a transcrever ementas de acórdãos, sem proceder ao necessário cotejo analítico de forma a demonstrar a ocorrência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os supostos paradigmas, em desrespeito com o estipulado pelos arts. 541, par. ún., do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, sendo de se ressaltar, inclusive, a impossibilidade de alegação de notoriedade do dissídio.

Com efeito, o STJ vem decidindo, em vários precedentes, pela legitimidade ativa de associação que propõe ação relativa a direitos individuais homogêneos: REsp's 681.872/RS, DJ de 23/5/05, e 579.096/MG, DJ de 21/2/05, ambos de minha relatoria; REsp 132.502/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 10/11/03; REsp 226.803/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 18/11/02; REsp 313.364/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 6/5/02; REsp 140.097/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11/9/2000; REsp 157.713/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 21/8/2000, e ainda:

“Direito do consumidor e processo civil. Recurso especial. Ação coletiva. Entidade associativa de defesa dos consumidores. Legitimidade. Possibilidade jurídica do pedido. Direitos individuais homogêneos. Cerceamento de defesa. Concessionárias de veículos e administradora de consórcio. Cobrança a maior dos valores referentes ao frete na venda de veículos novos. Restituição.

— A pertinência subjetiva da entidade associativa de defesa do consumidor para ajuizar ação coletiva bem como a possibilidade jurídica do pedido se manifestam pela natureza dos interesses e direitos tutelados – individuais homogêneos.

— Os direitos individuais homogêneos, por definição legal, referem-se a um número de pessoas ainda não identificadas, mas passível de ser determinado em um momento posterior, e derivam de uma origem comum, do que decorre a sua homogeneidade.

— A origem comum dos direitos individuais homogêneos versados neste processo consiste na cobrança indevida de valores referentes aos fretes dos veículos novos adquiridos das empresas concessionárias de veículos e administradora de consórcio por inúmeros consumidores.

(...)

— A reversão do produto da indenização para o fundo criado pela Lei n.º 7.347/85 é possível, desde que, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, tenha a entidade associativa de defesa dos consumidores promovido a liquidação e execução da indenização devida (art. 100 do CDC).

(...)

Recursos especiais não conhecidos” (Resp nº 761.114/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 14.08.2006).

“CADERNETA DE POUPANÇA. DIFERENÇA DE RENDIMENTOS. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA DE ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DISPENSA DO REQUISITO DA PRÉ-CONSTITUIÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

— Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o Juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação.

— O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e seus clientes.

— A ação civil pública é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores.

— Orientação imprimida pela c. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 106.888/PR).

Recurso especial conhecido e provido para afastar a extinção do processo sem conhecimento do mérito” (Resp nº 145.650/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.06.2004).

“AÇÃO COLETIVA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONSÓRCIO. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA.

– A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes, desistentes ou excluídos, de consórcio, sejam eles seus associados ou não. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido” (Resp nº 132.502/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 10.11.2003).

Não se conhece, portanto, da alegação de violação aos arts. 1º, II e IV e 5º da Lei nº 7.347/85 e 267, VI do CPC.

IV) Da negativa de vigência aos arts. 3º, caput e § 1º do CDC, ao art. 12, § 3º, I do CDC, e ao art. 267, VI, do CPC: da qualificação da recorrente como fornecedora e da colocação do produto no mercado.

1IV-a) Explicitação do problema.

Embora tragam as razões de recurso especial tópicos distintos para a alegação de violação ao art. 3º e ao art. 12, § 1º, I, do CDC, é de se tratar a questão conjuntamente, para evitar desnecessárias repetições.

Sustenta a recorrente que:

- a) só pode ser considerado fornecedor aquele que coloca o produto no mercado consumidor;
- b) a recorrente produziu as pílulas ineficazes para testes, ou seja, não se tratava exatamente de um 'produto', conquanto não destinadas ao mercado;
- c) a recorrente não inseriu a mercadoria propositadamente no mercado; ao invés, tal fato ocorreu por culpa de terceiro;
- d) portanto, não se aplica o CDC, mas, ainda que este fosse aplicável, a empresa não poderia responder pelo resultado.

Para compreender tais alegações, há que se analisar, detidamente, o que significa 'colocar' o produto no mercado, e que alcance pode ser dado à alegação de ocorrência da excludente de responsabilidade consubstanciada no fato exclusivo de terceiro.

IV-b) Premissas necessárias.

A partir de agora, passa a ser fundamental fazer-se referência às circunstâncias fáticas que envolvem o caso. Estas foram assim tratadas pelo acórdão recorrido:

"Havendo importado maquinário novo para empacotamento do Microvlar, a requerida testou-o na época com o emprego de pílulas inócuas, e ocorreu de não descartar devidamente o produto, o que é indubitoso, haja vista o clamor muito bem retratado no processo, ensejando as iniciativas já citadas da própria empresa demandada, e vindo inúmeras demandas de consumidoras, noticiando a gravidez indesejada.

Terá ela cometido confusão, permitindo a comercialização do produto de teste do maquinário, ou mesmo que alguém desviasse para o comércio as cartelas impróprias. Não se sabe o que houve exatamente, mas se tem certeza que, por não zelar devidamente sua completa inutilização, a empresa ensejou que chegassem os produtos às mãos de desavisadas consumidoras" (sem grifos no original – fls. 1.964).

Constatou o acórdão, portanto, que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. O acórdão não relata pormenorizadamente tais circunstâncias porque, como expressamente salientado pelo i. Desembargador Relator, o presente acórdão recorrido é mera repetição de diversos outros, proferidos sobre as mesmas bases.

O que importa, contudo, é que a valoração das provas foi devidamente realizada, embora de forma resumida, concluindo-se que a empresa ora recorrente não atentou para o correto descarte do material perigoso. Aqui é necessário, apenas, explicitar as referências indicadas pelo acórdão, evidentemente sem que disso decorra qualquer reexame, pois o intuito é apenas o de propiciar o correto entendimento do acórdão recorrido.

É coerente esclarecer, aliás, que a própria recorrente abre todo um item em suas razões de recurso especial para defender a necessidade de perfeito delineamento das circunstâncias fáticas do processo como questão fundamental ao entendimento da controvérsia, sem que tal procedimento, conforme alegado pela própria Schering, deva ser confundido com prática obstada pela Súmula nº 7/STJ (fls. 2.137/2.140).

Estabelecida tal premissa inicial, verifica-se que o relatório de inspeção do Centro de Vigilância Sanitária, realizado em 23/06/1998, indicou que, para os consumidores, a diferenciação entre o produto verdadeiro e o placebo só seria possível pela comparação entre as embalagens. Com isso, mostrou-se a ausência completa de sinais distintivos compreensíveis ao leigo no invólucro do remédio ineficaz. São estes os termos literais do relatório, que transcrevem informações prestadas por Valter Frederico Schenk, responsável técnico da empresa: "As bulas, blister e cartelas utilizadas no teste de qualificação de equipamento são diferenciados dos originais. Entretanto, para o consumidor, a diferenciação só é possível comparando as duas embalagens, não havendo alerta de identificação referente ao uso para teste, utilizando drágea sem atividade terapêutica (placebo)" (sem grifos no original – fls. 34).

Ainda na mesma inspeção, foi descrito o processo de descarte dos materiais inservíveis. Admitiu-se que o transporte dos restos era feito por empresa terceirizada, que os levavam até outra empresa, igualmente terceirizada, e responsável pela incineração das sobras, tendo o representante da indústria farmacêutica emitido o seguinte comentário a respeito de tal procedimento, igualmente transcrito na sua literalidade: "A empresa reconhece que os seus procedimentos até então adotados não asseguram totalmente a eficiência do transporte e incineração. Em função de tal fato, a empresa está adotando medidas operacionais mais seguras, ou seja, o acompanhamento de funcionários da própria empresa durante o transporte e a incineração de seus resíduos" (fls. 36 – sem grifos no original).

Nas declarações que prestou à polícia, o mesmo responsável técnico reiterou que os placebos eram fisicamente idênticos aos comprimidos originais (fls. 63), inexistindo apenas o princípio ativo.

Por sua vez, há relato do chefe de segurança de empresa contratada com a finalidade de revistar os funcionários da fabricante, de nome Pedro Paulo Mariz, informando que tais serviços foram contratados para revista dos funcionários porque, de acordo com os próprios supervisores da indústria farmacêutica, havia a prática de furtos de caixas de medicamentos especificamente no período em que produzidos os placebos (fls. 95), sendo dito expressamente que inexistia qualquer controle acerca da movimentação de produtos em posse de funcionários, pois estes carregavam caixas de medicamentos "(...) *como queriam, de sacolas ou não, sem ser revistados*" (fls. 95).

E mais, sustenta aquele depoente que presenciou o carregamento do material a ser incinerado, tendo constatado visualmente que embalagens de MICROVLAR idênticas às destinadas ao consumo eram remetidas à incineração dentro de sacos plásticos transparentes, sendo, assim, perfeitamente identificáveis no meio dos outros componentes. São suas palavras:

"Que, notou que os sacos de bulas e embalagens que iriam ser triturados vinham em sacos transparentes, e em data que não se recorda, provavelmente no mês de maio, ANTÔNIO (subordinado à Monika), que cuida da trituração, chamou o declarante e mostrou um saco daquele material e em seu interior haviam embalagens e bulas diversas e também uma caixa, ao que parece contendo MICROVLAR, pronto para o comércio, estranhando, pois aquele tipo de medicamento não era triturado, e sim incinerado, (...) que o material para ser triturado ficava em local aberto, exposto, próximo ao depósito de resíduos; (...) que até recentemente o galpão onde ficava o depósito não era fechado com muita segurança, ou seja, com um cadeado mais simples, e que no interior do galpão é que ficava o depósito de resíduos, percebendo que quando esse depósito se sobrecarregava de medicamentos ou placebo, eles eram colocados do lado de fora do depósito, onde a segurança não era grande, mas mesmo assim ficava fechado com cadeado, do qual não sabe informar quantas pessoas possuíam a chave" (fls. 77).

Tal depoimento é parcialmente corroborado por José Alves de Souza, que, embora afirme nunca ter ouvido comentários sobre furto de medicamentos, confirma ter sido achado por outros funcionários caixa do medicamento 'hiopamirom' no lixão da empresa e que "(...) antes da 'revista' não era feito nenhum tipo de acompanhamento na saída dos funcionários, podendo sair com qualquer tipo de embrulho ou caixa" (fls. 78).

Assim, é patente que a empresa ora recorrente, na visão de seus próprios funcionários, não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) controle sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) controle sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) controle sobre o transporte dos resíduos; e d) controle sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores.

Reitere-se, mais uma vez, que todas essas circunstâncias do cotidiano da Schering vieram à tona por depoimentos dos próprios empregados da empresa. Portanto, apenas duas conclusões são possíveis: ou a) a direção da empresa sabia de tais fatos e propositadamente os desconsiderou; ou b) a direção da empresa não os conhecia, porque não se preocupava com o que realmente se passava no chão da fábrica.

E não é por acaso que, na própria contestação, a empresa confessa a segunda alternativa, pois, sob a intenção de demonstrar que havia sido diligente na prestação de informação ao consumidor e aos órgãos públicos, chega a afirmar textualmente que: "(...) os próprios Autores salientam que as informações ganharam contornos mais precisos apenas quando o Sr. Delegado de Polícia que preside o inquérito policial instaurado iniciou a oitiva dos depoimentos das pessoas intimadas, especialmente dos funcionários da Requerida" (fls. 822).

Em resumo, a própria direção da empresa admite, para dizer o mínimo, que efetivamente não questionava seus próprios funcionários a respeito do que acontecia na sua linha de produção, o que seria essencial para que se tomasse conhecimento e, conseqüentemente, restassem

prevenidos os riscos que eventuais condutas ali praticadas vieram a causar ao consumidor.

Esse é o quadro fático decorrente da leitura dos autos, e que foi adotado tanto pela sentença quanto pelo acórdão recorrido. Como tal, é dele que se parte para a análise do mérito do presente recurso especial.

IV-c) Da responsabilidade do produtor.

A primeira conclusão que se tira desse contexto é que em nada socorre a empresa a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos dos consumidores. Na verdade, o panorama fático adotado pelo acórdão e aqui delineado com precisão mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se, até mesmo, que tais placebos atingiram os consumidores *de diversas formas ao mesmo tempo*, pois, reitere-se, é possível antever, apenas com os depoimentos dos próprios trabalhadores da Schering, ao menos quatro graves manifestações de descaso com possíveis danos decorrentes da atividade de risco assumida pela empresa ao fabricar as pílulas ineficazes.

Pelo mesmo motivo, torna-se inconsistente a defesa da Schering no ponto em que esta afirma não poder ser considerada ‘fornecedora’ nos termos do CDC, já que teria produzido, mas não teria colocado o produto ineficaz no mercado, chegando a empresa a afirmar que "(...) *todo o processo desde a fabricação até a efetiva incineração dos mesmos foi devidamente concluído*" (fls. 824). Em primeiro lugar, tal assertiva não merece crédito porque vai de encontro aos próprios fatos; se todos os placebos tivessem, efetivamente, sido destruídos, só com muita dificuldade seria possível entender como muitas caixas desse falso produto foram parar nas mãos de vários consumidores.

Embora tal constatação já seja, em si, suficiente, ainda assim, cabe analisar esse segundo argumento mais detidamente.

Segundo o art. 12, § 3º, I, do CDC, "*O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar que não colocou o produto no mercado*".

De pronto, verifica-se que, na verdade, a hipotética incidência desse dispositivo à hipótese não teria o alcance, como pretende a recorrente, de excluí-la do conceito de ‘fornecedora’; o objetivo de tal dispositivo é, apenas, criar uma causa de exclusão de responsabilidade objetiva, sem com isso desconstituir aquele conceito. Há que se diferenciar, pois, a constatação de que determinada empresa é fornecedora daquilo que, por via de um segundo conceito jurídico aplicável apenas sequencialmente, qual seja, o de ‘fato exclusivo de terceiro’, leva apenas à irresponsabilidade daquela.

A Schering, portanto, mesmo se admitida tal excludente, não deixaria de ser ‘fornecedora’ para os efeitos do CDC.

Feita tal ressalva, e para esclarecer a questão, recapitulemos os seguintes pontos: a) a Schering produziu placebos idênticos ao medicamento original; b) tais medicamentos foram usados por consumidores; c) tal fato só foi possível porque a empresa agiu de forma inadequada, pelo menos: c.1) na condução dos testes que pretendeu fazer; c.2) no policiamento dos seus funcionários; c.3) no procedimento de transporte e c.4) na destruição dos placebos, permitindo que, em algum desses momentos, ou mesmo em todos eles indistintamente, a segurança e a tranquilidade do consumidor viessem a ser lesadas.

A responsabilidade da Schering como fornecedora, portanto, não é afetada pelo simples levantamento de uma hipótese, de uma dúvida, a respeito da participação de terceiros no derramamento dos medicamentos ineficazes no mercado. A *excludente de responsabilidade objetiva* só existe quando efetivamente configurado que a circulação da mercadoria aconteceu por ocasião de um evento no qual a empresa produtora do bem não teve qualquer participação.

E, nesse contexto, é forçoso reconhecer que a participação da Schering decorre, simplesmente, dos seguintes fatos: a) a empresa manufacturou produto com capacidade altamente lesiva; b) tal produto foi indevidamente consumido, com a colaboração essencial da empresa, sendo incontáveis as provas nos autos que levam a concluir pela relevância do comportamento da Schering no desenrolar dos fatos; e c) houve danos aos consumidores. Nesses três pontos, estão latentes o *fato*, o *nexo causal* e o *resultado*, e tais são o quanto bastam para que a empresa responda de forma objetiva pelos prejuízos.

Com isso, afasta-se não só a alegada ausência da figura do ‘fornecedor’, quanto eventual aplicação do art. 12, § 3º, I do CDC, porque, na hipótese, é inviável alegar que a empresa não teve participação direta nos eventos que levaram à circulação das pílulas de ‘placebo’ entre os consumidores.

Na análise da presente hipótese, verifica-se ser inviável sustentar a idéia de que apenas a introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor teria o condão de gerar a responsabilidade objetiva da empresa. A aplicação de tal premissa teria por consequência eximir a Schering do dever de zelar pelos produtos perniciosos que fabricou, assim como de se certificar da efetiva destruição destes, levando a uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial – riscos esses que são a base do lucro que ela obtém – e o padrão de cuidados que tal empresa deve ser obrigada a manter na exploração de seus mercados e na obtenção de novas tecnologias.

Afinal, bastaria a alegação de que as pílulas-teste não foram voluntariamente colocadas no mercado para afastar a responsabilidade da empresa pelo destino de um produto altamente perigoso. Se é verdade que não existe prova quanto à colocação intencional das pílulas no mercado por parte da Schering, há, por outro lado, provas de que a empresa nunca se preocupou em vigiar seus funcionários; de que nunca teve a intenção de estabelecer um controle efetivo de sua área de descarga; que nunca teve a intenção de fiscalizar o sistema de transporte dos resíduos; e que nunca teve a intenção de fiscalizar a efetiva destruição destes. Ou seja, em resumo, se não houve vontade de colocar as pílulas no mercado, também não houve vontade por parte da empresa no sentido de impedir que tal fato acontecesse, o que leva à constatação de que a empresa participou do desenrolar dos acontecimentos que levaram à

causação do dano, devendo, portanto, assumir a recorrente os riscos de sua atividade.

Portanto, não se trata de questionar a responsabilidade da empresa por ter ou não colocado ela mesma o produto em circulação, mas sim de questionar a sua responsabilidade em, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, não adotar medidas eficazes para garantir que tal produto fosse *afastado de circulação*. E, nesses termos, aquele que produz substância perigosa e depois não se assegura de sua eliminação é, certamente, responsável pelos danos que daquela possam advir.

Recorde-se que era parte essencial do teste, conforme confessado pela própria empresa (fls. 846), que os placebos fossem produzidos *de forma idêntica em comparação com o original; na verdade, buscou-se testar o novo maquinário produzindo-se pílulas-teste em perfeita identidade formal* com o verdadeiro MICROVLAR.

O que olvida a empresa em sua defesa é que, ao produzir em testes pílulas formalmente idênticas às originais, deu origem a um fato que, por si, *aumentou incrivelmente os riscos de que uma ocorrência danosa*, como a que por ora se examina, *efetivamente acontecesse*.

Em outras palavras, fica claro que as pílulas-teste produzidas, em face do elevadíssimo grau de perfeição que alcançaram, criaram um *risco extremo* de confusão entre as verdadeiras pílulas e as falsas. Uma vez criado esse risco enorme pela empresa, dela passou a ser exigível, *necessariamente*, a adoção de medidas protetivas de mesma envergadura, *de forma que tal risco fosse neutralizado por uma força contrária de igual grandeza*.

Não foi, contudo, o que aconteceu, pois frouxas eram as medidas adotadas pela empresa para tentar conter o risco que criara.

Cite-se, nesse sentido, e apenas a título de ilustração, na medida em que sobre tal contrato nenhuma análise jurídica foi realizada na presente ação, o parágrafo segundo da cláusula quinta da avença entre a Schering e a Vega, empresa esta responsável pelo transporte do material descartado, e confronte-se o quanto ali estabelecido com a afirmação, já citada, do responsável técnico da empresa, no sentido de que efetivamente seria necessário que alguém vinculado à própria Schering acompanhasse todo o processo de descarte:

"CLÁUSULA QUINTA - PARÁGRAFO 2º - A CONTRATANTE poderá exigir o afastamento de qualquer empregado da VEGA, cuja conduta, moral ou profissional, seja considerada inconveniente na realização dos serviços ora contratados, ficando vedada expressamente a utilização de servidores da CONTRATANTE na execução dos mesmos serviços" (sem grifos no original - fls. 1130).

Portanto, levando-se em conta que a própria recorrente levantou dúvida no sentido de que houvera furto do material perigoso, e que não é absurdo imaginar, por hipótese, tal fato

ocorrendo durante o transporte, é de se ver que, até mesmo contratualmente, a Schering aceitou tomar parte do curso de um evento danoso aos consumidores ao aceitar sua exclusão completa do controle relativo à exclusão dos detritos.

Prosseguindo na mesma hipótese, seria possível imaginar, ainda em tese, que o desvio das pílulas tenha ocorrido no processo de incineração. Pois bem, nesse ponto, sustenta a recorrente que havia autorização da CETESB, que, assim como o autor da presente ação, o PROCON, é um órgão público do Estado de São Paulo, para a incineração dos resíduos, o que atestaria a lisura do procedimento. Tal licença, contudo, tem o limite de verificar a *segurança ambiental* da própria incineração, e não a segurança do processo de descarte como um todo. Ou seja, a Cetesb certificou que a incineração é feita de acordo com *normas ambientais*, mas não que todo o produto destinado à incineração foi, efetivamente, incinerado, ainda mais quando se considera o baixo peso e volume das cartelas de remédios.

Por fim, a referência feita nas razões de recurso especial sobre entendimento doutrinário de obra editada em Portugal no sentido de que, se o produto não era destinado ao mercado, não pode haver responsabilidade do produtor, tem relação direta apenas com a legislação consumerista daquele país, que é bem mais parcimoniosa na disciplina das possíveis excludentes de responsabilidade do produtor do que a nossa e inclui, expressamente, esse entendimento, nos termos do art. 5º, alínea 'c' do Decreto-Lei nº 383/98 (<http://www.icp.pt/txt/template16.jsp?categoryId=197222>, com acesso em 29.11.2006).

Inexistentes, portanto, quaisquer violações aos arts. 3º, caput e § 1º do CDC, ao art. 12, § 3º, I do CDC, e ao art. 267, VI, do CPC.

V) Da negativa de vigência aos arts. 12, § 3º, do CDC e aos arts. 1.521, III e 1.546 do CC/16: responsabilidade dos farmacêuticos.

Ainda no contexto da excludente de responsabilidade relacionada à culpa exclusiva de terceiro, sustenta a recorrente que eventual dano causado às consumidoras é de ser imputado aos farmacêuticos que teriam vendido as cartelas de teste, pois a estes incumbe, por dever de ofício, a verificação da higidez do produto que comercializam.

Sobre tal tese, assim se manifestou o acórdão recorrido:

“A culpa da autora, manifesta, e não havia falar-se em culpa exclusiva de terceiro, mas admitindo-se ‘ad argumentandum tantum’ concorrência culposa de outrem, haveria solidariedade passiva, podendo a vítima escolher contra quem demandar, se não pretendesse demandar a ambos” (fls. 1.964).

Sustenta a recorrente que tal posicionamento não pode prosperar, *“(...) haja vista que a culpa exclusiva de terceiro é inequívoca in casu, especialmente tendo em vista a adoção pela recorrente de todos os cuidados necessários e exigíveis quando da realização dos testes e*

descarte dos dejetos deles resultantes” (fls. 2.097). Assim, responsável só poderiam ser os farmacêuticos, porque agiram com imperícia ao não verificar que os números de lote e de validade do medicamento eram fictícios.

Há três problemas, contudo, que impedem o sucesso de tal irresignação.

Em primeiro lugar, ela parte de premissa fática que, como visto, é inadmissível. Já se afirmou que, se tivessem sido tomadas, realmente, todas as medidas necessárias como garantia ao correto e integral descarte das pílulas ineficazes, só com alta dose de criatividade seria possível explicar como essas mesmas pílulas, que teriam sido inequivocamente destruídas, poderiam ser encontradas nas mãos de muitas consumidoras.

Em segundo lugar, ainda que fosse possível sustentar tal posição no plano dos fatos, tal não foi o entendimento do TJ/SP ao delinear os contornos fáticos da questão, sendo que, perante o STJ, é soberana a interpretação que aquele Tribunal deu à matéria.

Por fim, foi igualmente claro o acórdão quando, na esteira da sentença, afirmou que, se porventura superados os dois óbices anteriores, ainda assim o máximo que se poderia alegar seria a existência de uma responsabilidade solidária entre a ora recorrente e os estabelecimentos farmacêuticos. Tal argumento, como se percebe da leitura das razões de recurso especial, foi simplesmente esquecido no curso do pedido de reforma do acórdão, o que leva à constatação de que é impossível dar provimento a recurso especial que não impugna, especificamente, os fundamentos daquele.

Em resumo, à alegação de violação ao art. 12, § 3º, do CDC, incidem as Súmulas nº 283/STF e 7/STJ; e, com relação aos arts. 1.521, III e 1.546 do CC/16, além destas, aplica-se ainda a Súmula nº 211/STJ.

VI) Da negativa de vigência ao art. 10 do CDC: da violação ao dever de informação.

Sustenta a recorrente, neste ponto, que seria inaplicável o art. 10 (e, especialmente, o seu § 1º) do CDC, que estabelece obrigação ao fornecedor de informar imediatamente às autoridades e aos consumidores a respeito de produtos perigosos.

As premissas relacionadas a tal alegação são as seguintes: a) não se aplica o CDC; b) não existe produto, mas mero material de teste; e c) a ora recorrente não lançou o produto no mercado.

Por questão de economia, não é necessário repetir tudo o quanto dito anteriormente sobre tais questões; apenas ressalva-se que tais assertivas já foram analisadas e afastadas.

Em seguida, literalmente alega-se que, de qualquer sorte, *“realizou a recorrente todas as diligências que a situação exigia, havendo sido inclusive interditado o laboratório por cinco dias por determinação da Sra. Secretária da Vigilância Sanitária, Dra. Marta Nóbrega, para averiguações*” (fls. 2.103), muito embora seja difícil estabelecer, com a devida vênia, alguma conexão entre uma interdição determinada pelo Poder Público, que é, naturalmente, ato de natureza cogente, com uma pretensa demonstração de interesse da empresa em proteger os

consumidores – a não ser que a ora recorrente entenda ter feito um favor às autoridades quando respeitou a ordem de interdição.

No que diz respeito à questão jurídica, a sentença, que depois foi corroborada pelo acórdão recorrido, havia afirmado sobre o ponto que:

“A ré preteriu sua obrigação legal de informação imediata das autoridades, demorando-se quase trinta dias para fazê-lo.

(...)

A ré relata que a carta anônima recebida em 20 de maio de 1998 trazia uma cartela do medicamento (blister) que inda continha drágeas.

Estas drágeas foram submetidas à análise e já naquela ocasião constatou-se que era placebo.

Não há justificativa plausível para que os resultados só fossem comunicados em 19 de junho de 1998, quase um mês depois, quando inúmeras pessoas já noticiavam o consumo do MICROVLAR ‘de farinha’.

Não era lícito à ré primeiramente proceder à investigação particular para descobrir como o produto teria chegado ao mercado, nem tentar por seus próprios meios recolher o placebo.

A defesa afirma que depois da mencionada carta anônima, aproximadamente dez dias depois do recebimento da carta, em 01.06.98, foi contactada pela consumidora Maria Aparecida Gonçalves, que lhe comunicou ter comprado o MICROVLAR sem princípio ativo.

No dia seguinte, a cartela da consumidora foi encaminhada à ré que em 03.06.98 remeteu-a ao setor de análise da empresa.

Tal conduta resultou no retardamento da prestação das informações devidas aos consumidores, de maneira que as autoridades sanitárias somente tomaram conhecimento do ocorrido em 19.06.98. Isto não se justifica.

A Schering já sabia que havia ocorrido o derramamento dos comprimidos do teste no mercado e impunha-se a comunicação imediata, conforme determina o artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor.

A piorar a situação, divulgou comunicado pela imprensa que mais se prestou a confundir do que a esclarecer.

Foi assim que orientou suas consumidoras a continuarem a ingerir os comprimidos, que sabiam não produzir qualquer efeito, o que não foi comunicado claramente.

Esta atitude irresponsável poderia colocar em risco a saúde e até a vida de mulheres que não podiam engravidar” (fls. 1.665/1.667). A perspectiva da recorrente, contudo, é a seguinte:

*“Saliente-se que, inobstante tenha a recorrente recebido em 20/05/1998 uma carta **anônima** dando conta de que seu remetente suspeitava de adulteração no medicamento ‘Microvlar’ (fls. 906), é certo que seria **tal elemento deveras frágil para embasar eventual tomada de providências**, sendo muito provável inclusive que estivesse a recorrente diante de verdadeira **ação criminosa**.*

Seria até mesmo conduta irresponsável a comunicação pela recorrente de qualquer fato, pois apenas tinha em mãos correspondência apócrifa, que não induzia qualquer verossimilhança” (grifos no original – fls. 2.104).

Na medida em que tais alegações fazem parte do presente recurso especial, sobre elas deve o órgão jurisdicional manifestar-se, muito embora, de plano, seja possível vislumbrar, desde logo, a incidência das Súmulas nº 7/STJ – pois a questão está intrinsecamente vinculada à análise de fatos e provas – e nº 283/STF, pois, como fica claro pela leitura da sentença, houve violação ao art. 10 do CDC em duas condutas consecutivas da ora recorrente, quais sejam: *em um primeiro momento*, omitiu-se o problema das autoridades e do público; e, *em um segundo momento*, quando a empresa finalmente se dispôs a emitir um comunicado, este “*mais se prestou a*

confundir do que a esclarecer” , pois “orientou suas consumidoras a continuarem a ingerir os comprimidos, que sabiam não produzir qualquer efeito”, o que equivale a publicar informação enganosa.

Essa segunda situação é olvidada pelas razões de recurso especial, o que é suficiente para atrair o óbice da *supra* citada Súmula, na medida em que há fundamento no acórdão recorrido que não foi impugnado.

Ainda assim, cabe aqui um breve comentário às alegações da ora recorrente, mais uma vez em respeito ao exaustivo trabalho realizado pela defesa, a ponto de ter salientado o i. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo que oficiou no feito no sentido de que *"(...) pouco mais e a responsabilidade pelos fatos seria das consumidoras e seus parceiros, por manterem relações sexuais, estas sim capazes de provocar gravidez!"* (fls. 1.848).

Segundo a recorrente, seria irresponsabilidade repassar às autoridades o primeiro aviso que a empresa recebeu, um mês antes das denúncias públicas quanto à venda do MICROVLAR ineficaz, porque tal informação seria ‘deveras frágil’.

A esse respeito, contudo, é de se ponderar, inicialmente, se cabe a uma empresa privada emitir juízo de valor sobre o que deve ser considerado uma ‘denúncia frágil’ ou não quando é sabido que ela, efetivamente, manufaturara aquele produto altamente perigoso e, conforme já extensamente demonstrado, não tomara medidas protetivas contrárias e equivalentes ao risco que criara; ou se, ao invés, não caberia apenas ao Poder Público, por meio de seus órgãos especializados, analisar a situação e, conquanto orientado apenas pelo interesse social e não por eventuais interesses comerciais de proteção à própria imagem, dizer o mesmo.

Ademais, há que se notar a visão da recorrente sobre a questão gera, na hipótese, uma curiosa inversão da relação entre interesses do consumidor e interesses do fornecedor: afinal, sustenta a Schering, com toda a ênfase, ser lícito pecar por falta, ou seja, permitir que os consumidores sejam lesionados na hipótese de existir uma suposta dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito pecar por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco e ainda assim torcer para que, posteriormente, este acabe por se demonstrar infundado.

Evidentemente, tal ordem de preferências não pode ser reputada em consonância com o Código de Defesa do Consumidor; faz-se referência a este ponto apenas para que se responda à recorrente, pois esta sustenta que, com sua postura, *“Por certo foi atendido o espírito da Lei nº 8.078/90”* (fls. 2.109), o que, com a devida vênia, não se pode admitir.

VII) Da negativa de vigência ao art. 159 do CC/16: ausência de culpa da recorrente.

Entende a recorrente que, uma vez afastada a aplicação do CDC à lide, igualmente seria inaplicável o art. 159 do CC/16, porque não seria a ela imputável comportamento culposos.

Toda a controvérsia vem sendo, contudo, tratada com base no CDC e na existência de responsabilidade objetiva, inclusive em recurso especial. Assim, incidem as Súmulas nº 211/STJ

e 284/STF.

Mas, ainda que afastada a incidência da legislação consumerista, a análise da responsabilidade da ora recorrente, nos termos dos tópicos anteriores, poderia levar tranqüilamente à admissão da culpa da empresa pelo derramamento das pílulas ineficazes no mercado. As alegações constantes das razões de recurso especial (fls. 2.114/2.115) visando à demonstração da higidez do procedimento adotado pela empresa, tanto no curso dos testes quanto no descarte dos materiais e na comunicação do evento danoso às autoridades e aos consumidores, já foram refutadas pelo acórdão recorrido, no que tange às questões de fato, e por este voto, quanto às posições de direito, nada mais sendo necessário acrescentar, em nome da brevidade.

VIII) Da negativa de vigência ao art. 1.058 do CC/16: ocorrência de caso fortuito.

Esta alegação tem caráter ainda mais subsidiário que a anterior, pois pressupõe o afastamento da incidência do CDC como aquela, mas vai além e, dando por perdida também a alegação de inaplicabilidade do art. 159 do CC/16, sustenta ter ocorrido caso fortuito ou força maior.

Novamente, ressalte-se de forma breve que a disciplina jurídica da questão está vinculada ao CDC, não havendo prequestionamento da ocorrência de fortuito ou força maior no âmbito da lei civil; e, ademais, impossível até mesmo discutir, em termos jurídicos, tal proposição, na medida em que incompatível com os contornos fáticos delineados pelo acórdão recorrido de forma soberana.

Reprisa-se, portanto, a incidência das Súmulas nº 7 e 211/STJ.

IX) Do dissídio jurisprudencial acerca do valor compensatório relativo aos danos morais.

Traz a recorrente, ainda, considerações a respeito do valor fixado a título de compensação pelos danos morais, qual seja, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), obtido em condenação genérica que permitirá execuções individualizadas das vítimas que se habilitarem a tanto, de acordo com o pedido realizado em aditamento à inicial.

O primeiro argumento, relativo à existência de algumas ações individuais de consumidoras prejudicadas em desfavor da empresa, com pedido semelhante de compensação, não tem qualquer reflexo nesta ação, pois é da própria estrutura processual prevista pelas Leis nº 7.347/85 e 8.078/90 que decorre a possibilidade de defesa própria de interesses individuais homogêneos pelos lesados, ou então a habilitação destes na ação coletiva, não havendo obrigatoriedade pela escolha desta ou daquela via.

Por outro lado, essa mesma possibilidade de execuções individuais a partir da condenação genérica aqui fixada mostra que o valor definido de um milhão de reais será repartido entre várias consumidoras, levando a valores bem menores para cada uma delas.

Quanto à desnecessidade de condenação por danos morais, porquanto já cumpridas as obrigações de prestar assistência médica e de informação aos consumidores, é de se lembrar que, conforme delineado no item III *supra*, a presente ação veiculou diversos pedidos, inclusive contendo naturezas jurídicas diversas no tocante ao tipo de interesse metaindividual a ser



protegido, e, nesses termos, não há que se ter a condenação obtida a um título como passível de substituir ou encampar alguma outra.

Quanto ao valor propriamente dito, que se reputa excessivo, a própria recorrente afirma, textualmente, que não há precedentes jurisprudenciais anteriores que sirvam de parâmetro, muito embora tenha interposto o recurso especial, no ponto, com fundamento na alínea 'c' do permissivo constitucional.

Ainda assim, traz a recorrente uma pequena lista de julgados do STJ, citados apenas pelo número e com a indicação do valor neles fixado, muito embora as questões ali tratadas tenham sido referentes a 'débito equivocado em conta bancária', 'devolução de cheques sem fundos' e 'compra de veículo usado como se fosse novo', do que imediatamente se demonstra a inutilidade de tais citações, para além do descumprimento do disposto nos arts. 541, par. ún., do CPC e 255, § 2º, do RISTJ.

Nesse contexto, chega a ser indiscutível a justiça da fixação estabelecida, pois inviável reexaminar as circunstâncias próprias da presente hipótese para alterar o valor determinado nas instâncias de origem.

Mais uma vez, contudo, cumpre ressaltar um argumento contido nas razões de recurso especial, pois expressamente afirma a recorrente que *“Não é demais lembrar que na grande maioria das gravidezes ditas indesejadas que teriam resultado do uso de drágeas sem princípios ativos o resultado foram sentimentos positivos, até porque se está a falar em novas vidas”* (fls. 2.122 – os grifos constam no original).

De forma muito breve, deve-se anotar, apenas a bem da verdade, que o produto por ela fabricado é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez; portanto, a mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos.

Nesse contexto, a falha do remédio frustra a opção da mulher, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais. O argumento da Schering, da forma irrestrita como está exposto, leva ao paradoxo de se ter uma empresa produtora de anticoncepcionais defendendo que seu produto não deveria ser consumido, pois a maternidade, ainda que indesejada, é associada à idéia de felicidade feminina.

Há que se dar uma última palavra, apenas, sobre a questão levantada pela recorrente em petição autônoma de fls. 2.256/2.307, já muito tempo após a propositura do recurso especial, onde se noticiou julgamento de precedente da 1ª Turma do STJ que reconheceu a impossibilidade de condenação em danos morais na perspectiva transindividual. Essa alegação vem repetida, também, nos memoriais pela recorrente distribuídos antes do julgamento do presente recurso especial.

Sobre essa questão, é importantíssimo ressaltar que ela representa verdadeira inovação da causa, pois não consta alegação desse gênero nas razões de recurso especial. Assim, tal

alegação não pode ser debatida, porque impossível trazer novos argumentos em apoio à irresignação da parte recorrente, nos termos do seguinte precedente da 3ª Turma, por mim relatado:

"Processo civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Fornecimento de materiais esportivos a clube de futebol. Rescisão unilateral do contrato por parte deste. Pedido de condenação, pela fornecedora, ao pagamento de multa contratual. Valoração do conjunto probatório. Suposta ofensa ao art. 405, § 4º, do CPC, pelo aproveitamento de depoimento de testemunha contraditada. Violação ao art. 535 do CPC. Requerimento de juntada e análise, em recurso especial, de documentos novos, nos termos dos arts. 397 do CPC e 141, II, do RISTJ. Impossibilidade.

— Não há violação ao art. 535 do CPC quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão.

Os arts. 397 do CPC e 141, II, do RISTJ não autorizam pedido de análise de novas provas, juntadas apenas com o recurso especial e mesmo posteriormente a este. Tal providência não encontra abrigo dentro das peculiaridades dos recursos de índole extraordinária, porque mesmo as provas e contratos já examinados pelas outras instâncias não podem ser valorados pelo STJ.

(...)

Recurso especial não conhecido" (REsp 732.150/SP; 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 21.08.2006).

De qualquer sorte, houve, conforme já referido mais de uma vez, aditamento da petição inicial para que, nesta, o pedido de condenação por danos morais fosse vinculado a direitos individuais homogêneos e não diretamente aos demais direitos difusos e coletivos defendidos no bojo dessa mesma ação. Portanto, trata-se de situações distintas, e a menção extemporânea a tal entendimento da 1ª Turma do STJ em nada altera o destino da lide.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2007-nov-30/schering_pagar_milhao_indenizacao-2/