



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Paraná
2ª Vara Federal de Ponta Grossa

Rua Theodoro Rosas, 1125, 7º andar - Bairro: centro - CEP: 84010-180 - Fone: (42)3228-4276 - www.jfpr.jus.br - Email: prgo02@jfpr.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5006220-40.2016.4.04.7009/PR

AUTOR: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DO PARANÁ - CRO/PR

RÉU: O.G.MORAES & M.S.B.RODRIGUES LTDA - ME

SENTENÇA

1. Relatório

Trata-se de ação civil pública movida pelo CRO/PR em face da ré, O. G. Moraes & M. S. B. Rodrigues Ltda, detentora da marca ODONTO EXCELLENCE e ODONTO SAN, esta última, segundo o autor, do mesmo grupo econômico da ré.

Aduziu na petição inicial que a ré vem promovendo prática anti-ética e ilegal ao produzir publicidade de suas franqueadas, prestadoras de serviços de odontologia, veiculando modalidades de pagamento em diversificados meios de anúncio e veículos de comunicação, o que é vedado no Código que rege a profissão.

Afirmou que várias foram as denúncias desde 2011 contra as franqueadas, que buscam se furta ao poder de polícia do Conselho aduzindo que não são autoras da publicidade. A ré, por sua vez, argumenta que não presta serviços odontológicos, não se submetendo ao poder fiscalizatório do demandante.

Desse modo, continuariam, franqueadas e franqueadoras, com a prática vedada, tornando necessária a intervenção judicial para evitar a continuidade de abusos, concorrência desleal e tratamento indigno da profissão, determinando-se à ré a *"abster-se de realizar publicidade com intuito de obter clientela, em desarmonia com as regras deontológicas da profissão, especialmente, anunciar modalidades de pagamento, ou outras formas de comercialização que signifiquem competição desleal ou que contrariem as disposições do Código de Ética Odontológica"*

Defendeu sua legitimidade ativa, dada a pertinência temática para a presente demanda e a nítida visualização dos interesses difusos e coletivos dos demais profissionais da área afeta ao Conselho autor.

Discorreu sobre a prática mercantilista que visa coibir, apontando fundamentos fáticos e jurídicos para a procedência do pleito.

Fundou o pedido de medida liminar na obrigação legal de cumprimento das regras estabelecidas pelo Código de Ética Odontológico, o que configuraria a "fumaça de bom direito", residindo o perigo da demora na manutenção da lesão dos consumidores enquanto durar o processo.

Requeru:

5006220-40.2016.4.04.7009

700004525891 .V33

Diante do exposto, requer que Vossa Excelência determine, "initio litis" e "inaudita altera parts", com expedição de mandado, que:

A Ré se abstenha de anunciar modalidade de pagamento por todos os meios de anúncios e veículos de publicidade seja: folders, panfletos, placas, televisão, rádio, e-mails, site, torpedo etc., bem como recolha ou interrompa as publicidades irregulares e ilegais em ação, sob pena de multa adequadamente fixada e suficiente para coibir a conduta.

Em tutela definitiva, requer-se a condenação da Ré:

A abster-se de anunciar preço, modalidade de pagamento e serviço gratuito por todos os meios de anúncios e veículos de publicidade seja: folders, panfletos, placas, televisão, rádio, e-mails, site, torpedo.

A citação das requeridas nos endereços acima mencionados para querendo apresentem defesa no prazo legal sob pena de terem aceitos como verdadeiros os fatos da presente ação;

A extensão dos efeitos da medida liminar e tutela final, nos termos do artigo 16 da Lei 7347/85, em especial contra todas as empresas que utilizam o "nome fantasia ODONTO SAN", em razão de pertencerem ao mesmo grupo econômico;

A condenação da Ré nas custas e honorários de sucumbência.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito permitidas, bem como prova documental, testemunhal, depoimento pessoal dos Requeridos bem como outras que se fizerem necessárias.

Por fim, requer-se a intimação do representante do Ministério Público, nos termo do artigo 5º, §1º da Lei 7347/85.

Determinada a prévia oitiva da ré (evento 4), a O.G. MORAES & M.S.B. RODRIGUES LTDA - ME apresentou alegações preliminares (evento 08).

Alegou que não é parte legítima a figurar no polo passivo porque não se sujeita ao ordenamento apontado como violado na inicial e sequer ficou, nem de forma indiciária, comprovado que as condutas a ela atribuídas são de seu mando ou autoria, o que ficaria patente por não ser ré em nenhum processo ético perante o Conselho autor.

Argumentou que o pedido é impossível, porque as condutas não ocorreram e, se ocorreram, não são de sua autoria.

No mérito, que o autor não comprovou suas alegações, que se fosse a responsável pelas condutas a si atribuídas todas as unidades franqueadas atuariam da forma reputada anti-ética e, no entanto, apenas sete unidades sofreram penalidades administrativas, que não tem nenhuma relação com a empresa ODONTO SAN. Requereu a condenação da parte autora em litigância de má-fé.

A decisão do evento 12 concedeu a liminar, determinando que a ré se abstivesse de realizar publicidade em desacordo com as normas deontológicas da profissão.

A ré agravou por instrumento da concessão da liminar (evento 21), recurso ao qual foi negado provimento (evento 115).

Resposta da ré acostada no evento 28, reiterando os termos de sua manifestação prévia.

Parecer ministerial no evento 37.

Noticiado o descumprimento da liminar pelo Conselho réu, com pedido de aplicação da multa estabelecida pelos 60 dias de inobservância (evento 48), a decisão do evento 50 entendeu que não foi fixado termo inicial para a incidência da multa, razão porque deixou de aplicá-la naquele momento. Fixou, ainda, o termo inicial da incidência da penalidade a partir da intimação daquela decisão.

Realizada audiência de conciliação em que não se logrou obter composição amigável entre as partes. Na ocasião foi deferida a realização de prova oral e reafirmado que a prova documental pode ser juntada pelas partes a qualquer momento (evento 58).

Alegações finais apresentadas antecipadamente pela parte autora (evento 77), com apresentação de documentos.

Realizada audiência de instrução, foram tomados os depoimentos pessoais das partes e ouvidas três testemunhas. Foi indeferido o pedido da ré de juntada de processos administrativos pela parte autora que comprovassem a reincidência de atos infracionais porque despidos ao julgamento da demanda (evento 79 - registros audiovisuais no evento 80).

Alegações finais pela parte ré no evento 86. Disse que não há inúmeros processos contra si ou seus franqueados no conselho autor e que a presente demanda é vendeta do atual presidente do órgão que prometeu em campanha atuar contra o seu bom nome. Afirmou que o depoimento pessoal da representante da ré corrobora a tese da vingança particular e que as testemunhas confirmam que a ré não é a responsável pela produção ou veiculação de propaganda das franqueadas.

A autora peticionou no evento 87, trazendo novo documento aos autos, a respeito do qual a autora se manifestou no evento 91.

A decisão do evento 93 declarou que a planilha do evento 87 não é documento hábil a comprovar as alegações da autora.

Parecer do MPF no evento 106 pela procedência do pedido em face de Odonto Excellence e da improcedência em relação à Odonto San.

É o relatório do essencial.

2. Fundamentação

2.1. Questões processuais

Cumpra deixar bem vincado que, em que pese a parte autora ter ingressado com o presente feito referindo que a ré seria detentora das marcas ODONTO EXCELLENCE e ODONTO SAN, não houve comprovação, no curso do processo de que se tratasse, essa última, de empresa de qualquer forma (econômica, jurídica ou mesmo comercialmente) vinculada às outras duas, razão porque a improcedência do pedido de extensão dos efeitos dessa demanda sobre ela se impõe.

Essa, inclusive, já havia sido a linha adotada quando da concessão da liminar (evento 12), como se denota abaixo:

Primeiramente, de se dizer que a parte autora não logrou estabelecer o liame entre as marcas ODONTO SAN e ODONTO EXCELLENCE, limitando-se a alegar que pertenceriam ao mesmo grupo econômico.

Não tece nenhuma consideração sobre como chegou a tal conclusão e não colacionou nenhum documento aos autos que fosse capaz de, nem mesmo de forma indiciária, estabelecer o vínculo pretendido na petição inicial.

Desta forma, pontuando que o presente processo não foi promovido em face da detentora da marca ODONTO SAN e que essa não teria como promover sua defesa de forma ampla e adequada nos moldes em que proposta a presente demanda, os efeitos de eventual decisão restringir-se-ão à empresa ré e à marca de que é detentora, qual seja, ODONTO EXCELLENCE.

2.2. Mérito

Não vislumbro a presença de motivos relevantes para alterar o entendimento declinado por ocasião das decisões preliminares, anteriores à triangulação do processo, a seguir transcritas e cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

... Aliás, a própria argumentação utilizada pela ré como fundamento de sua ilegitimidade passiva, de que não estaria obrigada ao regramento apontado na inicial, confirma a necessidade de intervenção jurisdicional porque, nada obstante dirigir-se ao público como uma franquia odontológica, não pretende se ver subsumida às regras que orientam a profissão.

Tampouco socorre a ré a alegação de que não foi autora das condutas.

A Lei n. 8.955/94, que rege os contratos de franquia empresarial, estabelece em seu artigo 2º:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Veja-se, ainda, o que a ré veicula em seu sítio na internet (www.odontoexcellence.com.br):

VALORES

PESSOAS

Elemento basilar da Odonto Excellence, pois pessoas são o propulsor para superação de nossos objetivos, por esse motivo, recebem atenção especial, afinal somos uma empresa APAIXONADA POR PESSOAS;

PROCESSOS/GESTÃO

Atos coordenados aplicados no dia a dia de trabalho que nos fomentam dados para a análise da unidade franqueada a fim de traçar o plano diretivo de cada unidade especificamente;

ESTRATÉGIAS: PROCESSOS/GESTÃO

Saber o que, como, quando, por quê e para quê, oriundo do constante estudo das tendências mercadológicas;

ESTRUTURA

Disponer de instalações e equipamentos condizentes a atividade desenvolvida para proporcionar conforto, segurança e bem estar aos colaboradores e clientes.

Assim, entendo que perpassa pela ré a orientação dos franqueados quanto ao modo e forma de conduzirem-se no mercado em que incluídos.

Ainda que não tenha sido juntado aos autos o contrato que se estabelece entre a ré e seus franqueados para que se possa atribuir de forma derradeira a quem compete promover a propaganda aqui questionada, neste modelo de negócios ela costuma ser padronizada e, no mínimo, sujeita à aprovação da franqueadora.

De mais a mais, no caso específico, a responsabilidade da ré pela elaboração da publicidade foi apontada nos processos éticos por todos os franqueados que sofreram penalidades administrativas conforme destaque, exemplificativamente, Evento 1 - PROCAM5 :

"ADMINISTRATIVO - PUBLICIDADE IRREGULAR - PANFLETAGEM OFERTANDO PARCELAMENTO EM SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS - CONFIGURADA COMERCIALIZAÇÃO DA ODONTOLOGIA - MERA ALEGAÇÃO DE QUE É A FRANQUIA QUEM REALIZA A PUBLICIDADE SEM O CONHECIMENTO DO FRANQUEADO - DESCABIMENTO - COMPROVADO BENEFICIO AINDA QUE INDIRETO - CONDENAÇÃO POSSIBILIDADE"

Por outro lado, não pode a ré querer ao mesmo tempo que alega não estar sujeita à normatização regente do Conselho, utilizar-se do fato de não ser ré em nenhum processo ético perante o Conselho autor como fato escusante de responsabilidade de suas condutas.

Nesta toada, impõe-se não só aos franqueados, mas igualmente ao franqueador, no caso a ré, a observância da regulamentação prevista na Lei n. 5.081/66 ao promover atos que impactem diretamente o trato dispensado ao público em geral e aos profissionais da odontologia entre si.

O artigo sétimo da Lei acima referenciada, prescreve:

Art. 7º. É vedado ao cirurgião-dentista:

a) expor em público trabalhos odontológicos e usar de artifícios de propaganda para granjear clientela; ...

g) anunciar preços de serviços, modalidades de pagamento e outras formas de comercialização da clínica que signifiquem competição desleal.

O Código de Ética Odontológica, aprovado pela Resolução CFO -118/2012, encontrável em (<http://cfo.org.br/legislacao/codigos/>), a seu turno, regulamenta:

Art. 20. Constitui infração ética:

I - oferecer serviços gratuitos a quem possa remunerá-los adequadamente;

II - oferecer seus serviços profissionais como prêmio em concurso de qualquer natureza; ...

IV - instituir cobrança através de procedimento mercantilista; ...

VIII - permitir o oferecimento, ainda que de forma indireta, de seus serviços, através de outros meios como forma de brinde, premiação ou descontos;

IX - divulgar ou oferecer consultas e diagnósticos gratuitos ou sem compromisso;e,

X - a participação de cirurgião-dentista e entidades prestadoras de serviços odontológicos em cartão de descontos, caderno de descontos, “gift card” ou “vale presente” e demais atividades mercantilistas.

Art. 21. O cirurgião-dentista deve evitar o aviltamento ou submeter-se a tal situação, inclusive por parte de convênios e credenciamentos, de valores dos serviços profissionais fixados de forma irrisória ou inferior aos valores referenciais para procedimentos odontológicos. ...

Art. 29. Aplicam-se as disposições deste Código de Ética e as normas dos Conselhos de Odontologia a todos àqueles que exerçam a Odontologia, ainda que de forma indireta, sejam pessoas físicas ou jurídicas, tais como: clínicas, policlínicas, cooperativas, planos de assistência à saúde, convênios de qualquer forma, credenciamento, administradoras, intermediadoras, seguradoras de saúde, ou quaisquer outras entidades.

Art. 30. Os profissionais inscritos prestadores de serviço responderão, nos limites de sua atribuição, solidariamente, pela infração ética praticada, ainda que não desenvolva a função de sócio ou responsável técnico pela entidade. ...

Art. 32. Constitui infração ética:

I - apregoar vantagens irreais visando a estabelecer concorrência com entidades congêneres; ...

V - valer-se do poder econômico visando a estabelecer concorrência desleal com entidades congêneres ou profissionais individualmente;

XIII - constitui infração ética a participação de cirurgiões-dentistas como proprietários, sócios, dirigentes ou consultores dos chamados cartões de descontos, assim como a comprovada associação ou referenciamento de cirurgiões-dentistas a

qualquer empresa que faça publicidade de descontos sobre honorários odontológicos, planos de financiamento ou consórcio. ...

Art. 41. A comunicação e a divulgação em Odontologia obedecerão ao disposto neste Código. ...

Art. 42. Os anúncios, a propaganda e a publicidade poderão ser feitos em qualquer meio de comunicação, desde que obedecidos os preceitos deste Código. ...

Art. 44. Constitui infração ética:

I - fazer publicidade e propaganda enganosa, abusiva, inclusive com expressões ou imagens de antes e depois, com preços, serviços gratuitos, modalidades de pagamento, ou outras formas que impliquem comercialização da Odontologia ou contrarie o disposto neste Código; ...

VII - aliciar pacientes, praticando ou permitindo a oferta de serviços através de informação ou anúncio falso, irregular, ilícito ou imoral, com o intuito de atrair clientela, ou outros atos que caracterizem concorrência desleal ou aviltamento da profissão, especialmente a utilização da expressão "popular";...

XIII - participar de programas de comercialização coletiva oferecendo serviços nos veículos de comunicação; e,

XIV - realizar a divulgação e oferecer serviços odontológicos com finalidade mercantil e de aliciamento de pacientes, através de cartão de descontos, caderno de descontos, mala direta via internet, sites promocionais ou de compras coletivas, telemarketing ativo à população em geral, stands promocionais, caixas de som portáteis ou em veículos automotores, plaqueteiros entre outros meios que caracterizem concorrência desleal e desvalorização da profissão.

Art. 45. Pela publicidade e propaganda em desacordo com as normas estabelecidas neste Código respondem solidariamente os proprietários, responsável técnico e demais profissionais que tenham concorrido na infração, na medida de sua culpabilidade.

Art. 46. Aplicam-se, também, as normas deste Capítulo a todos àqueles que exerçam a Odontologia, ainda que de forma indireta, sejam pessoas físicas ou jurídicas, tais como: clínicas, policlínicas, operadoras de planos de assistência à saúde, convênios de qualquer forma, credenciamentos ou quaisquer outras entidades.

Desta forma, em que pese seja, no âmbito, uma gestora empresarial, a atuação voltada para o ramo de prestação de serviços odontológicos, ou a gestão de profissionais que atuam neste ramo, impõe o respeito às normas a que sujeitos todos os profissionais de odontologia.

Com efeito, admitir que a ré proporcione a seus franqueados práticas de propaganda que são vedadas aos demais profissionais tão somente porque não é a ré a prestadora direta do serviço regulamentado é desequilibrar a relação entre os profissionais dentistas, os quais, obrigatoriamente, estão submetidos à restrições referente à publicidade.

A ré ao exercer suas atividades como fraqueadora e detentora da marca referente à atividade odontológica fica submetida à fiscalização do conselho profissional pertinente, CRO, devendo pautar sua atuação em conformidade com as regras estabelecidas pelos Conselho Profissional, em especial, no que tange à publicidade, uma vez que o exercício da odontologia não pode ser equiparado à mercancia.

O que se deve exigir, então, é o comportamento ético de todos os envolvidos, tanto do profissional franqueado, quanto do franqueador de modo à assegurar que todos os profissionais da odontologia, independentes ou franqueados, possam exercer seu mister de forma equilibrada, respeitando os padrões éticos impostos.

Conforme demonstram os elementos colacionados pelo conselho, autos de autuação lavrados pelo CRO, acordãos do CRO aplicando penalidade em razão de realização de publicidade irregular; cópia de material de propaganda irregular veiculada com a marca de titularidade da ré, PROCADM3 a PROCADM47, a ré, por si ou por seus franqueados, não tem observado a normatização que rege o campo profissional no qual se estabeleceu, ainda que por via transversa.

Por fim, é importante destacar que pouco importa que o ramo específico de atuação da empresa ré não seja precipuamente o de prestação de serviços odontológicos, mas o de gestão de empresas de profissionais dentistas, já que não se pode admitir que tenha sido concebida para servir como meio ou subterfúgio para que a legislação que rege a profissão seja burlado. Assim, se a ré deseja atuar como gestora de profissionais relacionados à prestação de serviços odontológicos deve, obrigatoriamente, atender à regulamentação estabelecida pelo conselho de classe que disciplina a atividade.

(sem grifos no original)

Do transcrito acima, o que se verifica é que a farta prova juntada aos autos comprova que a empresa ré não sofre perseguição política do Conselho de Odontologia. Em verdade, a atuação do Conselho tem se mostrado coerente com a sua finalidade de proteção da categoria. A prova juntada demonstra que a empresa ré por meio de publicidade irregular vem, juntamente com seus franqueados, violando diversos dispositivos legais que vedam a propaganda de serviços odontológicos (vide dispositivos legais mencionados acima). Conforme apurado nos autos, o Conselho já tentou propiciar um Termo de ajustamento de conduta com a ré. Entretanto, tal medida resultou inexitosa. Não verifico qualquer perseguição política a empresa ré, apenas o intuito de subsumir a empresa as regras vigentes para todos os profissionais que atuam na área odontológica.

No sentido da legitimidade do Conselho de Odontologia para fiscalização de propagando irregular já decidiu o e. TRF4:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA. FISCALIZAÇÃO DE PROPAGANDA IRREGULAR. CÓDIGO DE ÉTICA ODONTOLÓGICO. LEI Nº 5.081/66. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. ARTS. 18 E 19 DA LEI Nº 7.347/85. 1. Dispõe a Lei nº 5.081/66 que é vedado ao cirurgião-dentista expor em público trabalhos odontológicos e usar de artifícios de propaganda para granjear clientela e anunciar preços de serviços, modalidades de pagamento e outras formas de comercialização da clínica que signifiquem competição desleal, hipótese dos autos. 2. A Odontologia não pode ser vista como mercancia, mormente porque seu objeto é a saúde pública, de tal forma que sua publicidade deve se adequar ao que dispõem a mencionada lei e o Código de Ética Odontológica. 3. A regra consignada no art. 18 da Lei nº 7.347/85, segundo a qual "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais" é direcionada apenas às hipóteses de sucumbência do autor da ação civil pública. Aos réus, quanto à sucumbência, aplica-se o disposto no art. 20, § 4º do CPC, tendo em vista a previsão

contida no art. 19 da Lei nº 7.347/85. (TRF4, AC 5000478-30.2013.4.04.7012, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 08/04/2015)

Agrego a esta decisão as razões expendidas no acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto em face da concessão da liminar (evento 115):

(b) o parecer do Ministério Público Federal foi pelo desprovimento do agravo de instrumento (evento 8), evidenciando razões jurídicas para a manutenção da decisão agravada, reportando-me ao que foi dito pelo Procurador da República no parecer, de onde destaco:

[...]

Na origem, verifica-se que o Conselho Regional de Odontologia do Paraná CRO/PR atribui à ré, ora agravante, franqueadora da marca Odonto Excellence, a prática reiterada de publicidade irregular, consistente na divulgação de modalidades de pagamentos, em desconformidade com o Código de Ética Odontológico. Ocorre que, por ser mera franqueadora, sem prestar serviços odontológicos, a agravante não se sujeita ao poder disciplinar do CRO/PR. De outra banda, as franqueadas, que prestam os serviços odontológicos anunciados, alegam que não são autoras das publicidades, de modo que os processos disciplinares não tem se revelado capazes de inibir tal prática.

[...]

Com efeito, sobejam nos autos provas - que incluem cópias de panfletos, anúncios e relatos de promoções veiculadas em carro de som - de que a agravante, por diversas vezes, realizou publicidade irregular, razão pela qual foi autuada pelo Conselho Regional de Odontologia do Paraná (PROCADM3 a PROCADM47).

O periculum in mora, por sua vez, se consubstancia no perigo de dano à classe dos profissionais de odontologia, que têm visto sua profissão ser mercantilizada de uma forma ilegal, por meio de publicidade irregular, caracterizadora de concorrência desleal para com aqueles que não podem se valer dos mesmos artifícios para promover seus serviços.

Por conseguinte, para que seja mantida a lisura na oferta de serviços odontológicos, com observância das regras aplicáveis sua publicidade, a agravada deve absterse de “realizar publicidade, com intuito de obter clientela, em desarmonia com as regras deontológicas da profissão, especialmente, anunciar modalidades de pagamento, ou outras formas de comercialização que signifiquem competição desleal ou que contrariem as disposições do Código de Ética Odontológica”, bem como recolher panfletos, folders, placas ou qualquer outro mecanismo de publicidade irregular que ainda esteja à disposição do público” (processo originário, Evento 12 – DESPADECI).

Verifica-se, portanto, que se encontram presentes os requisitos necessários à concessão da medida liminar requerida na ação originária, diante dos elementos que evidenciam a probabilidade do direito pleiteado, assim como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

(sem grifos no original)

[...]

No tocante à alegação da defesa de que a publicidade é feita exclusivamente pelos franqueados, não tendo a franqueadora qualquer gerência no tópico, entendo por mencionar o parecer do Ministério Público Federal nesta instância, **que menciona cláusulas contratuais do sistema de franquia da empresa ré, demonstrando a participação decisiva da franqueadora ré na publicidade feita pelos seus franqueados** (evento 106):

Constituiu-se objeto de instrução tão somente averiguar se a ré é quem foi, de fato, a responsável por tal prática publicitária irregular.

Exsurge do contexto fático retratado que a conduta em questão, ao violar os normativos adrede mencionados, tem o nocivo potencial de acarretar concorrência desleal face aqueles que, fiéis aos preceitos deontológicos da profissão, não podem se valer dos mesmos artificios para promover seus serviços.

Assim, de uma detida análise dos elementos de prova compreendidos no processo, é de se concluir pela procedência parcial do pedido, senão vejamos.

Em verdade, há nos autos provas suficientes – panfletos, anúncios e relatos de promoções veiculadas em carro de som– de que a ré, por diversas vezes, realizou (ou concorreu para a realização) publicidade irregular (PROCADM3 a PPROCADM47).

Restou claro que a ré presta atividade de consultoria em gestão empresarial, detentora de marca que remete à atividade profissional em questão; embora não preste diretamente a atividade privativa dos odontólogos, é responsável pela organização de franquia no setor. Ainda que o representante legal da ré, em depoimento pessoal (Evento 80 - VÍDEO5), tenha afirmado não ter qualquer responsabilidade na publicidade, de modo que cada franqueado, ou grupo de franqueados, teria liberdade para realizar sua publicidade, não é isso que se extrai dos autos.

A franquia empresarial, regida pela Lei nº 8.955/94, é entendida como (art. 2º) “sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador; mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”

Não por outro motivo que o contrato de franquia acostado no “Evento 11 – CONTR2”, firmado entre a empresa O. G. Moraes & I. P. Rodrigues Ltda., de um lado, e Marlene Martinas dos Santos & Cia Ltda., de outro, prevê que (Cláusula 1ª, Parágrafo Segundo) “Ao fazer uso da marca ODONTO EXCELLENCE, a FRANQUEADA será obrigada a cada ação publicitária ou televisiva, participar do rateio do custo da divulgação, sendo que o mesmo será cobrado proporcionalmente à população da área abrangida e a veiculação da propaganda somente após o recebimento e com o prazo julgado necessário pela FRANQUEADORA, (...)”

Também no contrato (Cláusula 25ª) consta que “As propagandas ou campanhas publicitárias a serem desenvolvidas poderão ser feitas em conjunto ou somente por uma das partes. Caso a iniciativa seja da empresa FRANQUEADA, esta deverá fazer utilizando suas características próprias, em seu próprio nome, e utilizando sempre os seus dados de empresa, devendo ser autorizada pelo FRANQUEADORA.”

Analizando os termos do contrato entabulado, naturalmente se conclui que a marca/nome comercial “Odonto Excellence” tem especial importância na avença, de maneira que não é crível que a franqueadora, ora ré, fique alheia à exploração publicitária de tal signo

exercida pela(s) franqueada(s).

Tal é a importância do aspecto “marca” que já na primeira cláusula do contrato acha-se consignado que “O presente, tem como OBJETO, a concessão feita pela FRANQUEADORA a FRANQUEADA do direito de uso do logotipo e da marca ODONTO EXCELLENCE durante a vigência do presente contrato.”

Como expressado na decisão que deferiu a medida liminar (Evento 12), “perpassa pela ré a orientação dos franqueados quanto ao modo e forma de conduzirem-se no mercado em que incluídos. Ainda que não tenha sido juntado aos autos o contrato que se estabelece entre a ré e seus franqueados para que se possa atribuir de forma derradeira a quem compete promover a propaganda aqui questionada, neste modelo de negócios ela costuma ser padronizada e, no mínimo, sujeita à aprovação da franqueadora.”

A prática uniforme adotada pelas franqueadas (parcelamento do pagamento, com utilização de panfletos, carro de som etc.), naturalmente procede de orientação/determinação da franqueadora, posto ser sua, a rigor, a incumbência do marketing.

Por fim, necessário frisar que é de longa data a conduta reiterada da ré em desrespeitar postulados éticos da profissão, pois ao menos desde 2012 o CRO/PR vem atuando para conter tal prática irregular. Há notícia inclusive de conduta praticada neste ano de 2017, flagrada pelo CRO/PR, referente ao Auto Termo nº 08401/2017, envolvendo a marca “Odonto Excellence” (Evento 48 – NOT/PROP2).

Ante o exposto, o Ministério Público Federal, pelo Procurador da República que subscreve, opina pela procedência parcial do pedido. No que se refere à marca/nome fantasia “Odonto San”, deve ser julgado improcedente o pedido, pois nada há nos autos a indicar esteja relacionada a publicidade irregular.

Não trouxe o trâmite processual fato ou fundamento jurídico novo que pudesse infirmar as conclusões a que já se chegou no curso do processado.

Com efeito, as testemunhas ouvidas, em que pese terem prestado depoimento nessa condição e sob o compromisso de dizer a verdade, tem relação comercial com a ré o que, no mínimo, confere parcialidade a seus relatos. Ademais, ainda que não se tenha comprovado o interesse direto delas nesse feito, o que acabou afastando a incidência do artigo 447 do CPC, há interesse secundário, já que o quanto aqui for decidido pode afetar suas condutas profissionais e, mesmo, sua vinculação negocial com a ré. Desta forma, a prova oral produzida pouco contribui para o justo equacionamento da lide.

Sob outro ponto de vista, os testemunhos são refutados pelas provas documentais constantes dos autos. A responsabilidade pela propaganda está registrada em contrato (que, consabidamente, é de adesão e, portanto, padronizado) e deveria, quando menos, sofrer a fiscalização da franqueadora (ré). De qualquer forma, responsável direta pela divulgação objetada nos autos ou não, sua responsabilidade remanesce.

O sentimento de injustiça acalentado pelo representante da ré tampouco se sustenta porque, como já dito -- e quem está no ramo de administração bem sabe que é assim, que o gestor é responsável pelos atos de seus gerenciados/subordinados --, deveria cuidar de fiscalizar o que suas franqueadas estão fazendo para que estas não se aproveitem ou se utilizem de seu nome como subterfúgio para promover propaganda e captação de clientela em afronta às regras que regem a profissão. Quem quer atuar em um mercado deve buscar *sponte*

propria às diretrizes legais e deontológicas e não pode se eximir dessas responsabilidades ao argumento de que só faz a gestão do negócio. Essa é, em verdade, a essência. Ele é remunerado pra isso e esse é o risco do negócio.

Confirma-se, portanto, a decisão proferida provisoriamente reconhecendo-se a PARCIAL procedência do pedido veiculado.

Multa em razão do descumprimento da decisão liminar:

Em decisão do evento 50, o juízo que me substituiu proferiu a seguinte decisão:

A decisão lançada no evento 12 deferiu o pedido de medida liminar para:

'(...) DETERMINAR à ré que se abstenha de realizar publicidade, com intuito de obter clientela, em desarmonia com as regras deontológicas da profissão, especialmente, anunciar modalidades de pagamento, ou outras formas de comercialização que signifiquem competição desleal ou que contrariem as disposições do Código de Ética Odontológica.

Determino que a ré recolha, no prazo de 10 dias, os panfletos, folders, placas ou qualquer outro mecanismo de publicidade irregular que ainda esteja à disposição do público.

Fixo multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o caso de descumprimento, sem prejuízo de outras cominações legais cabíveis em razão do descumprimento da ordem.'

A multa incide a partir do momento em que se verifica o descumprimento da ordem judicial. Se a obrigação foi determinada pela sentença, o primeiro dia do prazo se inicia a partir do trânsito em julgado. Sendo a obrigação fixada em decisão interlocutória, a multa incide após o decurso do prazo estabelecido para o cumprimento da ordem judicial.

*Para exigir o cumprimento da multa não basta a sua fixação pelo Magistrado. A jurisprudência majoritária, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, entende que o termo inicial da incidência da multa deve estar **fixado** na decisão e desta decisão deverá o obrigado ser intimado pessoalmente.*

No caso, por lapso redacional, não constou na decisão a partir de qual momento incidiria, por isto deixo de aplicá-la nesta fase.

***Intime-se** a ré pessoalmente da informação carreada ao feito, acerca do descumprimento da tutela por parte dela, e que a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) - determinada na decisão liminar - passará a incidir da intimação desta decisão.*

No evento 116, o Conselho réu comprovou que a ré vem descumprindo a liminar concedida. Para tanto juntou foto de redes sociais demonstrando que em 20/03/2018 a ré veiculou promoção de "sorteio de clareamento a laser".

Tendo em conta a decisão do evento 50 e o fato da empresa ré já ter sido intimada pessoalmente em 25/02/2017 (evento 54), fixo multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao réu, cuja data inicial é 20/03/2018 (data da foto juntada aos autos).

Intime-se com urgência o réu a fim de que retire a mencionada publicidade.

3. Dispositivo

Ante o exposto, **confirmando a liminar concedida** e, com fulcro no artigo 487, I, do CPC, **julgo procedente o pedido** em face da ré, com relação à marca ODONTO EXCELLENCE, para que pautar e fiscalizar seus franqueados para que suas ações publicitárias observem os normativos que regem a categoria profissional (*abstenção de anunciar, por qualquer meio, propaganda que veicule preço, modalidade de pagamento, serviço gratuito, ou que, de qualquer forma, esteja em desacordo com os preceitos éticos e legais*).

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e ao pagamento dos honorários advocatícios, cujo valor fixo em 10% sobre o valor dado à causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil.

Tendo em conta a divergência de informações prestadas pela testemunha sr. Alex Sandre Soares Morikawa no seu depoimento ao juízo e as declarações escritas prestadas ao Conselho, no tocante a autoria da propaganda de carro de som veiculada na cidade de Santo Antonio da Platina, oficie-se ao Ministério Público Federal para análise de eventual crime de falso testemunho. Juntamente com ofício determino que seja anexado cd com cópia da oitiva da testemunha e a petição e os documentos juntados pelo Conselho de Odonotologia no evento 77.

Publicada e registrada eletronicamente. Intimem-se.

Interposto recurso de apelação, intime-se a parte adversa para contrarrazões e, ato contínuo, remetam-se os autos ao e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Oportunamente, arquivem-se.

Documento eletrônico assinado por **LUCIANA MAYUMI SAKUMA, Juíza Federal Substituta**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **700004525891v33** e do código CRC **9bd09ed7**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): LUCIANA MAYUMI SAKUMA
Data e Hora: 3/4/2018, às 12:8:47

5006220-40.2016.4.04.7009

700004525891.V33