



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**PUBLICIDADE ENGANOSA E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS VEÍCULOS DE
COMUNICAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR LUSO-BRASILEIRO**

Dissertação para obtenção de grau de Mestre em Direito,
especialidade em Ciências Jurídicas

Autor: Gianni Carla Ferreira Maia e Campos

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Coorientador: Professor Doutor Denilson Victor Machado Teixeira

Julho de 2015

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Meus mais nobres agradecimentos à Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, notável professora e orientadora que tão bem me recebeu neste País, a quem admiro pelo brilhantismo e simplicidade, regados pela generosidade que lhe é tão peculiar; e, ao Doutor Denilson Victor Machado Teixeira, meu professor de graduação que hoje me honra como colega de docência, a quem devo todo respeito e admiração pelo seu brilhantismo profissional e generosidade em me auxiliar nesta etapa. Agradeço a ambos a disponibilidade em orientar-me neste trabalho. E, um agradecimento especial à minha mãe, que, sem ela, o sonho deste Mestrado não se realizaria.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.” BARBOSA, R., Obras completas de Rui Barbosa. Nota: Trecho de discurso no Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado de “Oração aos Moços”.

RESUMO

Neste trabalho procurar-se-á analisar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei Ordinária Federal Brasileira n. 8.078/1990), visando à proteção contra publicidade enganosa, métodos utilizados no comércio, que são coercitivos ou desleais e impostos no fornecimento de produtos e serviços, considerando esta proteção como direito básico do consumidor, razão pela qual o respectivo código traz, como regra, a responsabilidade civil objetiva, que é aquela que independe de demonstração de culpa do fornecedor, em qualquer de suas modalidades. Sendo assim, este trabalho busca também analisar mencionada responsabilidade civil, definindo-a frente aos anunciantes, às agências e aos veículos de comunicação envolvidos na publicidade que pode gerar danos aos consumidores. O objetivo a que o trabalho se propõe é verificar se pode ser atribuída responsabilidade civil aos veículos de comunicação que divulgam, veiculam a publicidade quando esta divulgação trazer algum dano ao consumidor ou, simplesmente, o colocar em situação de risco, mesmo que sejam consumidores indeterminados, analisando esta responsabilidade civil frente ao princípio da confiança, que deve permear toda relação de consumo.

Palavras-chave: Defesa do consumidor – Legislação; Serviços de comunicação; Publicidade enganosa; Responsabilidade (Direito).

ABSTRACT

In this work we intend will analyze the Protection Code and Consumer Protection (Brazilian Federal Common Law no. 8,078 / 1990), aimed at protecting against misleading advertising methods used in coercive trade or that are unfair, that are imposed on the supply products and services, considering this protection as a basic right of the consumer, which is why their code brings, as a rule, objective liability, which is one that is independent demonstration supplier's fault in any of its forms. Thus, this work also seeks to analyze mentioned liability, defining forward to advertisers, agencies and media outlets involved in advertising that can generate harm to consumers. The objective of the study aims to check whether it can be attributed liability to the media that publish, propagate advertising, when this disclosure bring any harm to the consumer, or simply putting it at risk, even if consumers indeterminate, analyzing this civil responsibility front to the principle of trust that should permeate every relationship consumption.

Keywords: Consumer protection – Legislation; Communication services; Misleading advertisement; Liability (Law).

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAAA = American Association of Advertising Agencies

ABA = Associação Brasileira de Anunciantes

ABAP = Associação Brasileira de Agência de Propaganda

ADCT = Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

ALBERT = Associação Brasileira de Rádio e Televisão

ANER = Associação Nacional de Editoras de Revista.

ANJ = Associação Nacional de Jornais

APAN = Associação Portuguesa de Anunciantes

art. = artigo.

arts. = artigos.

CACMP = Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade

CBAP = Código Brasileiro de Autorregulamentação da Publicidade

CC = Código Civil

CDC = Código de Defesa do Consumidor

Cód. Pub = Código da Publicidade

CONAR = Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CPLMP = Código de Práticas Leais e Matéria de Publicidade

CRFB = Constituição da República Federativa do Brasil

CRP = Constituição da República Portuguesa

DL = Decreto-Lei

ENDC = Escola Nacional de Defesa do Consumidor

ICAP = Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial

LDC = Lei de Defesa do Consumidor

n. = número

ONU = Organização das Nações Unidas

PROCONS – Órgãos de Defesa do Consumidor – Proteção aos Consumidores

SNDC = Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

STJ = Superior Tribunal de Justiça

INDICE

INTRODUÇÃO	9
Cap. 1 – DIREITO DO CONSUMIDOR	12
1.1 – Histórico	12
1.2 – Conceito de Direito do Consumidor.....	18
1.3 – Conceito de consumidor	20
1.3.1 – Elemento subjetivo	24
1.3.2 – Elemento objetivo.....	25
1.3.3 – Elemento teleológico	25
1.3.4 – Elemento relacional	25
1.4 – Consumidor equiparado.....	25
1.5 – Vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor.....	27
1.5.1 – Vulnerabilidade técnica	27
1.5.2 – Vulnerabilidade fática ou socioeconômica.....	28
1.5.3 – Vulnerabilidade jurídica ou científica	28
1.5.4 – Vulnerabilidade Informacional.....	30
1.5.5 – Vulnerabilidade Psíquica.....	31
1.5.6 - Hipossuficiência	31
1.6 – Conceito de fornecedor.....	33
Cap. 2 – DA PUBLICIDADE	36
2.1 – Histórico	36
2.2 – Conceito de publicidade	42
2.3 – Princípios	46
2.3.1 – Princípio da identificação da mensagem publicitária	46
2.3.2 – Princípio da vinculação da mensagem publicitária	47
2.3.3 – Princípio da veracidade da publicidade	49
2.3.4 – Princípio da não abusividade da publicidade	49
2.3.5 – Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor	50
2.3.6 – Princípio da transparência da fundamentação da publicidade.....	51
2.3.7 – Princípio da correção do desvio publicitário	52
2.3.8 – Princípio da lealdade publicitária	53
2.3.9 – Princípio da informação.....	55

2.4 – Publicidade enganosa	56
2.4.1 – Publicidade enganosa por omissão	61
2.4.2 – Publicidade enganosa por comissão	62
2.5 – Publicidade abusiva	63
2.6 – A autodisciplina publicitária.....	63
2.7 – Da oferta	68
2.8 – Da irretratabilidade da oferta publicitária.....	69
Cap. 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA.....	71
3.1 – Conceito	71
3.2 – Tipos de responsabilidade civil	72
3.2.1 – Responsabilidade civil objetiva	72
3.2.2 – Responsabilidade civil subjetiva	75
3.3 – Excludentes de responsabilidade civil.....	76
3.4 – Culpa concorrente do consumidor.....	78
Cap. 4 – DA RESPONSABILIDADE PENAL	80
4.1 – Artigo 66 do CDC	80
4.2 _ Artigo 67 do CDC	81
4.3 – Artigo 69 do CDC	81
Cap. 5- RESPONSABILIDADE DOS ANUNCIANTES, AGÊNCIAS E VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO	83
5.1 – Responsabilidade dos anunciantes.....	84
5.2 – Responsabilidade das agências de publicidade	86
5.3 – Responsabilidade dos veículos de comunicação	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	107

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade o homem vê necessidade em viver em sociedade e, para isso, com o passar dos tempos começou a adquirir produtos e serviços para seu sustento, prazer, saúde e comodidade; para que houvesse este consumo adequado e necessário, nasceu a necessidade de divulgá-los para que fossem vistos e escolhidos por seus pares. Da época mais primitiva até a revolução industrial houve grande evolução desta divulgação. Com a revolução industrial os produtos foram surgindo em série e com esta massificação a criação destes produtos e serviços perdeu a pessoalidade, sendo feitos por máquinas, em peças iguais, sem qualquer originalidade ou particularidade, sendo necessário divulgá-los cada vez mais e sempre aprimorando o cuidado e o profissionalismo, devido à crescente concorrência. Esta confecção em massa diminuiu o preço final e possibilitou o crescimento da indústria, mas despersonalizou o produto e tornou distantes o consumidor e o fornecedor, tornando-os pessoas “anônimas”. Com a criação da imprensa, a divulgação ganhou força e se tornou imprescindível no meio de consumo, surgindo a publicidade como hoje se conhece.

Falar em publicidade é, antes de tudo, pensar em sons, imagens, desenhos, sinais ou qualquer coisa que traga à mente do consumidor o produto a ser vendido, que faça com que ele, imediatamente, se lembre e sinta necessidade em adquiri-lo.

O mundo está permeado pela compulsividade nas compras, pela imediatividade e a publicidade contribui bastante para a divulgação destes produtos e para a sua introdução na sociedade. A publicidade desperta nas pessoas os mais diversificados sentimentos, tendo várias características, como, por exemplo, aquela publicidade que alegra, que entristece, que choca, que leva a incredulidade, que faz com que se confie de imediato, que leve o consumidor a “sonhar”, a desejar aquele bem de consumo como se fosse a coisa mais importante de sua vida naquele momento e tem aquela publicidade que nada causa, que passa imperceptível, que é esquecida logo depois do término do comercial. Há grupos empresariais que se consagram por lançarem seus produtos em campanhas que chocam o público e causam polêmica, sendo esta polêmica o que, justamente, os faz firmar na mídia e na cabeça do consumidor, elevando suas vendas e os consagrando como marcas. Geralmente estas publicidades que marcam uma geração são aquelas que causam um impacto social utilizando temas universais e polêmicos e que são transmitidas igualmente em vários países, justamente por esta característica globalizada. São publicidades bombardeadas por críticas, dividindo a

sociedade em intermináveis discussões e que, por isso mesmo, as fazem tão peculiares e inesquecíveis.

A publicidade tem como principal objetivo a divulgação de características mínimas de produtos e serviços para que sejam adquiridos pelos consumidores que, através dela, encontram o produto que melhor lhes serve ou aceita a imposição de alguns que não lhe eram tão necessários, mas que se tornam de grande necessidade após sua divulgação, tamanha a influência que a publicidade é capaz de exercer. Hoje em dia é inconcebível imaginar a criação de um produto ou de um serviço sem que se faça a divulgação dos mesmos, usando, para isso, os mais diversos meios, como panfletos, revistas, jornais, rádio, televisão, *outdoor*, internet nas mais diversas redes sociais ou qualquer outro que dê visibilidade e leve ao consumidor os dados daquele bem para que seja “desejado” e adquirido, aumentando, com isso, os ganhos da empresa. A publicidade é por demais importante para o desenvolvimento de um País, não resta dúvida. E importante também é não confundir o termo publicidade com o termo propaganda, pois a publicidade, que é objeto deste trabalho, tem cunho comercial, buscando vender produtos e serviços, diferentemente da propaganda que tem cunho ideológico, que apenas leva ao consumidor a divulgação de ideias, sem querer impingir-lhe nenhum produto.

A publicidade, embora importantíssima para o desenvolvimento do mercado de consumo, para o crescimento de uma nação e, embora esteja intimamente atrelada ao consumo, muitas vezes acaba por criar situações não desejadas, divulgando produtos e serviços com características que não possuem verdadeiramente ou omitindo características importantes e que, se os consumidores as conhecessem, talvez não os adquirissem. Essas publicidades são conhecidas como publicidades enganosas e, quando acontecem, entra em cena a proteção oferecida pelo Direito do Consumidor que, terminantemente, as bane do sistema consumerista, tendo como alicerce o Código de Defesa do Consumidor brasileiro e leis correlatas. São publicidades que visam levar o consumidor a erro, omitindo dados importantes dos produtos ou serviços divulgados ou falando mais do que deveriam falar, ou seja, criando dados que na verdade não existem. Esta informação equivocada leva o consumidor a tomar decisões que, às vezes, não tomaria, se tivesse conhecimento delas. Para que isso não aconteça, foi necessário se criar uma forma de controle dessas publicidades e este controle então, se dá por órgãos públicos e privados que fazem o autocontrole e pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, lei 8078/90 que comina sanções, administrativas e penais para o caso de publicidade abusiva ou enganosa.

O intuito deste trabalho é analisar a responsabilidade civil que é gerada quando se lança no mercado uma publicidade enganosa, seja ela enganosa por omissão ou por comissão. A quem caberia esta responsabilidade? Apenas o fornecedor-anunciante é responsável por aquilo que sua marca apresenta ou pode-se também atribuir esta responsabilidade à agência de publicidade que criou o anúncio e aos veículos de comunicação que o divulgaram? Como ficará a relação entre eles? Há solidariedade e direito de regresso entre estas figuras no caso de uma condenação por publicidade enganosa?

Analisar-se-á a responsabilidade objetiva e subjetiva e todas as suas nuances, bem como a forma que se dará esta responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor e na norma autorregulamentadora. Este trabalho pretende analisar ainda os tipos de publicidade enganosa, os agentes que dela participam e qual o seu grau de responsabilidade frente aos consumidores. Para tanto, tentar-se-á fazer um paralelo entre o Direito do Consumidor e a Publicidade, entendendo suas peculiaridades e sua correlação, tanto no Brasil como em Portugal.

CAPÍTULO I

DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 – Histórico

O Direito do Consumidor, ao contrário do que parece, não é um direito novo, antes, datam da antiguidade os primeiros registros sobre o tema. Segundo alguns doutrinadores (Filomeno 2004, 24), pinceladas de Direito do Consumidor já se viam no antigo Código de *Hamurabi*, datado de aproximadamente 1700 a.C., onde, certas regras, mesmo que não diretamente, buscavam proteger o consumidor. Segundo a história, nos dizeres do autor, *Hamurabi* era construtor de canais, templos e fortalezas, castigador de rebeliões, audacioso na guerra e jurista na paz. O seu código era permeado por regras cheias de punição, muito rigor e muita equidade, regras às vezes cruéis, mas que já demonstravam certa preocupação com o consumidor, por mais absurdo que hoje pareça. Como exemplo, o autor cita que: “em relação aos engenheiros construtores, a legislação babilônica não admitia negligência profissional” (Filomeno, 2004, 24), conforme demonstram os artigos abaixo descritos:

“Art. 229 – Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.”

“Art. 233 – Se um arquiteto constrói para alguém uma casa e não a leva ao fim, se as paredes são viciosas, o arquiteto deverá à sua custa consolidar as paredes.”

Segundo ainda Filomeno, da mesma forma um médico que “operasse alguém com bisturi de bronze e lhe causasse a morte demonstrando sua imperícia, seria obrigado a arcar com uma ‘indenização cabal e pena capital’”. Ainda, “o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (noção já bem delineada do “vício redibitório”?)” (Filomeno 2004, 24).

Ainda segundo este autor, na Índia, no século XIII a.C., também, o Código de *Manu*, previa como tipo de sanção a “multa e punição, além de ressarcimento dos danos, àqueles que adulterassem gêneros” (Filomeno, 2014, 25), ou ainda, sancionava aqueles que entregassem coisa inferior àquela oferecida ou ainda vendessem bens de igual natureza, cobrando preços

diferenciados. Na Grécia, também, já havia um começo de preocupação com a defesa do consumidor e o autor destaca:

“[...] no Império Romano, as práticas do controle de abastecimento de produtos, principalmente nas regiões conquistadas, bem como a decretação do congelamento de preços no período de Deocleciano, uma vez que também nesse período se fazia sentir o processo inflacionário, gerado em grande parte pelo *déficit* do tesouro imperial na manutenção das hostes de ocupação.” (Filomeno, 2004, 25).

Documentos da época colonial guardados no Arquivo Histórico de Salvador, conforme relatos do jornalista *Biaggio Talento* do “O Estado de São Paulo”, citado pelo autor, demonstram que já havia punição aos infratores às normas de proteção aos consumidores prevendo multa para quem “ [...] vendesse mercadorias acima das tabelas fixadas, como peixe e pastel, multa de 500 réis para quem vendesse bananas acima do tabelamento” (Filomeno, 2004, 25-26), tudo isso procurando proteger o consumidor.

Para Filomeno, “no que diz respeito ao movimento consumerista, porém, já com plena consciência dos interesses a serem defendidos e definição de estratégias para protegê-los, pode-se detectar os chamados ‘movimentos dos frigoríficos de Chicago’ já o despertar daquela consciência.” (Filomeno 2004, p. 26). Em seguida, o autor (2004, 27) apresenta a classificação feita por *Wagner Rocha D’Angelis* (1989), na introdução de seu trabalho sobre os direitos humanos e a luta pela justiça quando os classifica em três gerações:

“a primeira relativa aos direitos decorrentes dos princípios da liberdade, tendo sido indubitavelmente, perante o Estado, uma etapa fundamental na evolução histórica e conceitual dos mesmos direitos humanos, mas não a última. Mesmo porque, à medida que a sociedade se transforma, surge um novo elenco de aspirações e se produz um novo estado de consciência que implica novas exigências para a satisfação das necessidades básicas do ser humano. [...] a segunda geração, cujo princípio fundamental é a igualdade, ou seja, sendo a fase de reclamar dos direitos conquistados na primeira, e a exigir meios de defesa, entendendo-se aí o dever do Estado de possibilitar amplamente os meios para que referidos direitos se tornem efetivos. [...] a terceira fase consoante a didática exposição do autor citado, consiste no estabelecimento de diretrizes para atingir os direitos conquistados, no aperfeiçoamento dos instrumentos colocados à disposição dos povos de todo o mundo, sobretudo quando se tem em conta que a barreira a vencer é a da fome, pobreza, subdesenvolvimento, que os leva a viver em países ‘pobres’ e em países ‘ricos’.”

Modernamente, no cenário internacional, o reconhecimento de direitos do consumidor nasceu por uma declaração do então Presidente norte-americano *John Fitzgerald Kennedy*, em 15 de março de 1962, que perante o Congresso daquele País anunciou a existência de “direitos fundamentais do consumidor”. Posteriormente, essa data do ano foi consagrada como *Dia Internacional do Consumidor*. Adiante, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), realizada em 16 de abril de 1985, editou a Resolução n. 39/248 fixando regras

gerais a serem observadas e adotadas por todos os Países integrados, reconhecendo que o consumidor é propenso à vulnerabilidade no mercado, em termos econômicos, em termos de informação e quanto ao seu poder de negociar em igualdade de condições, merecendo, então, um tratamento especial. Assim a Organização das Nações Unidas traçou regras gerais de proteção ao consumidor que deveriam ser seguidas por todos os Estados que lhe são filiados, tendo em conta seus interesses em todos os Países e, particularmente, naqueles em desenvolvimento, reconhecendo que o consumidor enfrenta desequilíbrio em face da capacidade econômica e alto poder de negociação do fornecedor. Reconhece ainda que os consumidores devem ter a possibilidade de adquirir produtos que não ofereçam perigo a sua saúde e segurança, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justos. Nela há a preocupação de proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança, protegendo seus interesses econômicos, fornecendo-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazendo escolhas acertadas de acordo com as suas necessidades prementes, educa-lo, criar possibilidade de real ressarcimento garantindo a liberdade para formação de grupos de consumidores. A ONU impõe aos seus filiados a obrigação de formularem uma política efetiva de proteção ao consumidor, bem como de manterem uma infraestrutura adequada para sua implementação. Por causa disso, o Brasil, um dos países signatários, comprometeu-se a estabelecer regras para a tutela consumerista e o fez na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, partindo de um comando contido nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que em seu art. 48, assim determinou:

“ADCT – Art. 48 – O Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor.”

Assim, a CF trouxe em seu texto maior:

“Art. 5º, XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...];
V – defesa do consumidor.”

Diante disso, para regulamentar a ordem constitucional, posteriormente promulgou-se a Lei Ordinária Federal Brasileira de n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que teve grande aceitação e que traz em seu bojo normas de ordem pública que são coercitivas, imperativas, taxativas e cogentes. São aquelas normas que obrigam independentemente da vontade das partes, por resguardarem os interesses fundamentais da sociedade.

O conteúdo da Lei Ordinária Federal brasileira n. 8.078/90 trouxe regras principiológicas que a tornaram uma das leis mais avançadas no que respeita à tutela dos consumidores em todo o mundo, levando o Brasil a ser o primeiro País a regulamentar a defesa do consumidor em um código. Esta lei é respeitada e observada em todos os setores, tanto por consumidores, quanto por fornecedores, que, cada vez mais vêm buscando se informar sobre seus deveres e direitos, buscando, com isso, respeitar as normas ali determinadas.

Segundo Grinover *[et al.]*:

“A opção por uma “codificação” das normas de consumo, no caso brasileiro, foi feita pela Assembleia Nacional Constituinte. A elaboração do Código, portanto, ao contrário da experiência francesa, decorrente de uma simples decisão ministerial, encontra sua fonte inspiradora diretamente no corpo da Constituição Federal.” (Grinover et al., 2007, 8).

O Código de Defesa do Consumidor foi pensado de forma a proteger o consumidor, ente vulnerável, sob as mais variadas perspectivas e situações nas quais este sujeito se vê envolvido quando busca adquirir produtos e serviços no mercado. A lei traz regras e princípios relativos a práticas comerciais, contratos de consumo, publicidades, tratamento de informações, formas de cobrança de dívidas, desconsideração da pessoa jurídica, sanções administrativas e penais, além de garantir a qualidade para produtos e serviços; traz também transparência e informações; a observância do respeito à vida, saúde e segurança do consumidor; atendimento à confiança e boa-fé; todos estes pontos são dirigidos e impostos ao fornecedor deixando claro que “a matéria tratada nesta lei tem como característica a multidisciplinaridade”. (ENDC, 2008, 16).

Na balizada doutrina de Filomeno: “[...] o Código de Defesa do Consumidor brasileiro [...] muito mais que um corpo de normas, é um elenco de princípios epistemológico e instrumental adequado àquela defesa.” (Filomeno, 2004, 31). E diz ainda que é “um exercício de cidadania”, ou seja, a qualidade de todo ser humano de ser o “destinatário final do bem comum” que deve ser garantido pelo Estado através de tutelas adequadas colocadas à sua disposição, bem como a condição de organizar-se para obter resultados pretendidos. Para o autor, trata-se de um verdadeiro “microsistema jurídico” por conter princípios próprios, ou seja, a “vulnerabilidade do consumidor” de um lado e a “destinação final dos produtos e serviços de outro”; por ser “interdisciplinar” relacionando-se com inúmeros ramos de direito, “como o constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo, etc;” por ser “multidisciplinar, isto é, por conter em seu bojo normas de caráter também variado, de

cunho civil, processual civil, processual penal, administrativo, etc.” (Filomeno, 2004, 32). E ainda, seguindo Filomeno, o código consumerista brasileiro prevê os instrumentos para implementação da tutela, por exemplo, “atuação de uma assistência jurídica integral e gratuita para os consumidores carentes; instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, criação de Delegacias de Polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; criação de Juizados Especiais e de Varas Especializadas para a solução dos conflitos; concessão de estímulos à criação e ao desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.” (Filomeno, 2004, 32)

Grinover [*et al.*] (2007, 19) diz: “é lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microssistema jurídico”, ou seja, ao lado de princípios que lhe são próprios o código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do direito, fazendo o Diálogo das Fontes. (Grinover *et al.*, 2007, 19).

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) está regulamentado pelo Decreto Presidencial (Brasil) n. 2.181/1997, integrando Órgãos Federais, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais, incluindo ainda entidades privadas de defesa do consumidor, sem que haja entre eles hierarquia ou subordinação, conforme inteligência do art. 105 do CDC.

Passando à linha de evolução do Direito do Consumidor em Portugal, conforme os ensinamentos de Carvalho, a defesa do consumidor no País começou a tomar forma no final dos anos sessenta do século passado, “com aprovação de diplomas legais que visam diretamente à proteção dos consumidores” (Carvalho, 2013, 10). Segundo o autor:

“A nível europeu, o passo decisivo é dado em meados da década seguinte. Na sequência da Carta do Conselho da Europa de 1973, e inspirado nela, a Comissão Europeia aprovou em 1975 o primeiro programa de ação relativo de proteção aos consumidores, que se refere a cinco direitos fundamentais: a proteção da saúde e da segurança; a proteção dos interesses económicos; a indemnização dos danos; a informação e a educação; a representação”. Segundo ele, a consagração da proteção dos consumidores nos tratados só se verifica a partir do Ato Único Europeu (1986), tendo sido reforçada a sua posição pelos Tratados de Maastricht (1992) e de Amsterdã (1999). O direito europeu do consumo tornou-se, contudo, a fonte inspiradora dos direitos dos Estados-Membros pelo grande número de diretivas aprovado desde o início da década de 80.” (Carvalho, 2013, 10).

O autor acima citado traz que no direito português a primeira vez que se encontra uma preocupação específica com a defesa dos consumidores é com a “Proposta de Lei sobre a promoção e defesa do consumidor apresentada em 1974, poucos dias antes da mudança de

regime. Esta proposta, porém, não teve seguimento. A Lei 29/81 aprovou a primeira LDC.” (Carvalho, 2013, 10-11). A Lei 29/81 hoje se encontra revogada.

Em 1982, o mesmo doutrinador: “a primeira revisão da CRP introduziu expressamente na lei fundamental alguns direitos dos consumidores.” (Carvalho, 2013, 11). A proteção dos consumidores deixou de ser vista como apenas um objetivo a ser atingido pelo Estado, passando a estar previstos constitucionalmente alguns direitos. Em 1989, a segunda revisão da CRP inseriu a matéria no capítulo dos direitos fundamentais, tendo também sido reforçados com a revisão de 1997.

O art. 60º da CRP traz que:

- “1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como a reparação de danos.”
- “2. A publicidade é disciplinada por lei sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.”
- “3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesse colectivos ou difusos.”

Para o autor, este artigo parece apenas conceitual, embora alguns autores reconheçam a aplicabilidade direta às relações jurídicas de consumo de parte dos direitos ali assegurados. Desde o início da década de 80 do século passado, vários diplomas trataram, direta ou indiretamente, de questões relacionadas com a defesa do consumidor, tendo a primeira LDC sido substituída pela atual em 1996 (Lei 24/96).

Leitão informa que o tema pode-se dividir em três momentos:

“o primeiro deles é a fase de “denúncia da situação do consumidor é de alerta para os perigos, riscos e abusos a que ele está exposto, envolvendo essa denúncia, frequentemente, uma generalizada crítica à sociedade de consumo.”. Em um segundo momento “é o direito do consumidor que desponta, em resultado da imensa legislação que prolifera e da reflexão que a doutrina lhe vai dedicando,” e ainda “no momento actual, é a um código que se apela, como que a coroar todo este movimento e a reconhecer ao direito do consumidor a maioridade e a autonomia que uma codificação requer.” (Leitão, 2006, 40)

Em Portugal, a defesa consumerista não está codificada, tendo várias leis esparsas a regulamentar o direito do consumidor no País, embora tenha sido nomeada uma comissão em 15 de março de 1996, presidida por António Pinto Monteiro para apresentação do Anteprojeto de Código do Consumidor português que, segundo (Carvalho, 2013, 12):

“Apesar de algumas críticas que lhe foram dirigidas, a sua aprovação poderia ter sido um impulso para um aprofundamento do estudo da matéria e teria certamente

sido um instrumento relevante para o conhecimento das regras do direito do consumo por parte de todos os cidadãos, juristas e não juristas.”

Frota (Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo, n.11, 156), um defensor contumaz da compilação em um código das leis consumeristas diz que: “De há muito já, ante a dispersão das regras que direta ou reflexamente tutelam a posição jurídica do consumidor, vimos sustentando vigorosamente a necessidade de um Código de Direitos do Consumidor ou simplesmente de Direito do Consumo.” (Frota, Rev. 11, 156). E continua o nobre autor: “Um Código de Direito do Consumidor (ou de Direito do Consumo) é um primeiro passo para a dignificação do direito do consumo.” (Frota, Rev. 11, 156). Mas, o fato é que, a opção ainda é por várias leis regulando a matéria, ao invés de compiladas em um único código, diferentemente do Brasil.

Leitão traz a informação de que somente o Brasil (desde 1990), a França (desde 1993) e a Itália (desde 2005) dispõem de Código de Defesa do Consumidor e faz coro com Frota quando diz que: “Mas estamos convictos de que a aprovação do Código de Defesa do Consumidor será o passo mais adequado e correcto no futuro.” (Leitão, 2006, 49).

1.2 - Conceito de Direito do Consumidor

Nos ensinamentos de Benjamin, Marques e Bessa, o Direito do Consumidor é: “disciplina transversal entre o direito privado e o direito público que visa proteger um sujeito de direito, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante.” (Benjamin, Marques e Bessa, 2013, 31).

A defesa do consumidor é um direito fundamental e sua inclusão como tal na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), nas palavras de Garcia (2010, 3), “[...] vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco na sociedade”. É o que ele chama de “força normativa da Constituição”, citando expressão de *Konrad Hesse*, em que os direitos nela assegurados apresentam força de norma jurídica, passível de ser executada e exigível, norma cogente, de aplicação imediata e de cumprimento obrigatório. A Constituição, ainda nas palavras deste autor, “sob o novo enfoque que se dá ao direito privado, funciona como centro irradiador e marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis”. O Direito do Consumidor é, pois, norma principiológica, norma geral sobre o consumo e a ela se submetem todas as demais normas especiais sobre o assunto.

Segundo Garcia, a CRFB introduziu a figura do consumidor como “agente econômico e social, estabelecendo de forma expressa como princípio da ordem econômica a “defesa do consumidor” (CRFB, art. 170, V), possibilitando a intervenção do Estado nas relações privadas, de modo a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.” (Garcia 2010, 7) e cita:

“A intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização constitucional, quando tem por finalidade proteger o consumidor. (STJ, MS4138/DF, DJ 21/10/19996, Rel.Min.José delgado).”

Assim, Garcia (2010, 8) vê o CDC como um verdadeiro “microssistema jurídico”, em que o objetivo é tratar os desiguais nos limites de suas peculiaridades, fornecedor e consumidor, com o objetivo de alcançar a igualdade dentro de padrões éticos e legais. O Código de Defesa do Consumidor é um microssistema jurídico disciplinar, pois suas normas dão um caráter geral regulando todos os vieses da proteção do consumidor, permitindo a visão do conjunto das relações de consumo e por força desta visão múltipla, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, segundo o autor, “outorgou tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60 e 105/106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts 81 a 104).”

As normas contidas no Código de Defesa do Consumidor são, como dito, normas de ordem pública e interesse social, sendo, portanto, cogentes, imperativas e não podem ser derogadas pela vontade das partes:

“Código de Defesa do Consumidor. Norma de Ordem Pública, Derrogação da Liberdade Contratual. O caráter de norma de ordem pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei [...] STJ, REsp. 292942/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 07/05/2001).”

Em Portugal a doutrina ainda traz alguma divergência entre a utilização das expressões *Direito do Consumo* e *Direito do Consumidor*, que são, segundo Chaves: “o conjunto de normas jurídicas que visam a protecção dos consumidores, estas expressões são usadas indistintamente, por não se conhecer a mais correta.” (Chaves, 2005, 85). Segundo o autor, “a expressão *Direito do Consumo* parece advir da legislação francesa de *droit de La consommation* e, como carrega a supremacia resultante da tradição, poderá impor-se.” Já o autor, citando a opinião de Antonio Pinto Monteiro e Sandrina Laurentino, “será mais correcto e adequado o uso da expressão *Direito do Consumidor*.” (Chaves, 2005, 85)

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagrou, tal qual a brasileira, o direito do consumidor dando prioridade entre as funções estatais e a Lei 24/96 de 31/7,

alterada pelo DL nº. 67/03, de 8/4, denominada Lei de Defesa do Consumidor (LDC) que traz:

“Art. 1º. 1 - Incumbe ao Estado, às regiões autônomas e às autarquias locais proteger o consumidor, designadamente através do apoio à constituição e funcionamento das associações de consumidores e de cooperativas de consumo, bem como à execução do disposto na presente lei. 2 - A incumbência geral do Estado na proteção dos consumidores pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar, adequada em todos os domínios envolvidos.”

1.3 – Conceito de Consumidor

Encontra-se o conceito de consumidor no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 2º e parágrafo único, quando diz:

“Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Este artigo tem sua complementação nos artigos 17 e 29 do mesmo *Codex*:

“Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

“Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Para a doutrina de Nunes, o conceito de consumidor apresentado no artigo 2º do CDC se refere ao consumidor conhecido e individualizado no caso concreto:

“aponta para aquele consumidor real que adquire concretamente um produto ou um serviço e o artigo 29 apresenta um consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito difuso, na medida em que a norma fala da potencialidade do consumidor que, presumivelmente exista, ainda que possa não ser determinado.”
(Nunes 2009, 72)

Examinando o *caput* do artigo 2º, consumidor é toda pessoa física natural e também a pessoa jurídica e como diz o autor, quanto a esta última, “como a norma não faz distinção, pode ser qualquer uma, quer seja uma microempresa, uma multinacional, pessoa jurídica civil ou comercial, associação, fundação, etc.”. A lei traz o verbo “adquirir”, que deve ser visto em seu sentido mais amplo, ou seja, no sentido de obter, seja a título oneroso ou gratuito, tirar o produto do mercado de consumo. Mas, nos dizeres do autor, não basta apenas adquirir, mas também utilizar o produto ou o serviço mesmo que quem o utilize não o tenha adquirido

inicialmente, pois a norma define como consumidor tanto quem adquire o produto ou serviço inicialmente, como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome, equiparando-se a consumidor.

Para Marques: “consumidor é uma definição ampla em seu alcance material.” (Marques, 2013, 92). No CDC, consumidor não é uma definição meramente contratual, ou seja, consumidor não é só o adquirente de algum produto ou serviço, contratualmente falando, mas visa também proteger as pessoas que foram vítimas de atos ilícitos que antecederam o contrato, como a publicidade enganosa ou as práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, mas que tenham sido atingidos de alguma forma, tendo sido ou não destinatárias finais. Segundo a autora:

“visa também proteger toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais e coletivas.” (Marques, 2013, 92)

Assim, teria o legislador brasileiro optado por uma definição objetiva de consumidor, pois, na definição expressa no artigo 2º do CDC, a única restrição seria adquirir ou utilizar o bem como destinatário final. Mas o problema está, justamente, quando o adquirente utiliza o bem em sua profissão, como profissional, com o fim de angariar lucro. Neste caso, a doutrina aponta duas correntes que tentam explicar: a corrente *finalista* e a corrente *maximalista*. Para os finalistas, segundo a autora que se diz adepta desta corrente, a definição de consumidor é “o pilar que sustenta a tutela especial, concedida aos consumidores” (Marques, 2013, 93). Esta proteção se dá porque o consumidor, reconhecidamente parte vulnerável nas relações de consumo no mercado, como afirma o próprio CDC, quando traz, dentre outros, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em seu art.4º, inciso I, como princípio: “[...] reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.” (CDC, art. 4º, I).

Para os finalistas a interpretação da expressão *destinatário final* se dá de maneira restrita, conforme os arts. 4º e 6º do CDC. Destinatário final é aquele que utiliza o produto ou serviço para consumo próprio, não importando ser ele pessoa jurídica ou física. A autora diz que:

“[...] segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retira-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência - é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda ou uso profissional, pois o bem seria novamente instrumento de produção cujo preço seria incluído no preço final do profissional que o adquiriu.” (Marques, 2013, 93)

Esta interpretação, ainda segundo Marques: “restringe a figura do consumidor aquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do Código de Defesa do Consumidor é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade mais vulnerável.” (Marques, 2013, 94). A autora diz que, limitando o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, “ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.” (Marques, 2013, 94). A autora ainda trata das exceções, dizendo que a elas cabe um estudo pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma empresa de pequeno porte ou profissional liberal que adquiriu o produto ou o serviço, uma vez que a vulnerabilidade, segundo ela, pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, tema que será tratado em tópico próprio.

Deve-se interpretar o art. 2º dando proteção ao elo mais fraco na relação de consumo e oferecer a proteção do CDC analogicamente também a estes profissionais. A pessoa física ou jurídica, destinatária final do bem, é presumidamente, pelo art. 2º do CDC, sempre consumidora frente a um fornecedor e se permite que a pessoa física ou jurídica que não seja destinatária final do bem, demonstre sua vulnerabilidade no caso concreto, sendo analisado se ela apresenta qualquer um dos quatro tipos de vulnerabilidade acima citados, caso em que poderá ser considerada consumidora e fazer jus à tutela consumerista.

Para a corrente *maximalista*, ainda segundo a mesma autora, o CDC foi visto como “o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional.” (Marques, 2013, 95). Segundo ela, “O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores.” (Marques, 2013, 95). Para os maximalistas, deve-se interpretar o artigo 2º do CDC da maneira mais extensa possível para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número crescente de relações consumeristas no mercado. Esta corrente considera que “a definição do artigo 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço”. Destinatário final seria aquele que fatalmente usará o produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, mesmo como insumo.

Para Marques, o problema desta visão é retirar “do Código Civil quase todos os contratos comerciais, uma vez que os comerciantes e profissionais consomem de forma intermediária insumos para a sua atividade-fim, de produção e de distribuição.” (Marques, 2013, 96). E ainda, o CDC passaria a tutelar relações entre iguais que já são reguladas pelo Código Civil (CC) brasileiro de 2002, pelo que restou do Código Comercial de 1850 e pelas leis especiais que beneficiam os comerciantes.

O STJ manifestou-se pelo *finalismo*, dando a ele uma interpretação mais amadurecida, à qual Marques (2013, 97) dá o nome de “finalismo aprofundado ou finalismo mitigado”, baseada na noção maior de vulnerabilidade, examinando o caso concreto. Para esta teoria, consumidor pode ser tanto pessoa física, quanto jurídica, que seja destinatário final do produto ou serviço ou que o retira do mercado para uso profissional, mas que apresenta algum dos quatro tipos de vulnerabilidade, seja ela técnica, fática, jurídica ou informacional, as quais será importante conceituar em momento oportuno.

“Todavia, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor. (STJ, REsp. 661.145, Min. Jorge Scartezini, j.22/02/2005).”

Em casos difíceis, exemplifica Marques: “envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expetise* ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente.” (Marques, 2013, 97).

Já para a doutrina portuguesa, seguindo os ensinamentos de Carvalho: “A generalidade das diretivas europeias que se ocupam de matérias ligadas ao Direito do Consumo define consumidor como sendo a pessoa singular que atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais.” (Carvalho, 2013, 12). Carvalho diz que, no direito português se encontram várias definições de consumidor e cita como uma das mais restritas, a contida no DL 143/2001, que diz que consumidor é “qualquer pessoa singular que atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional”, e cita outra mais ampla, como o DL 29/2006: “o cliente final de eletricidade”.

Segundo ao autor, a definição mais relevante de consumidor seria a do art. 2.º - 1 da LDC, Lei 24/96, pois se trata de diploma que observa os princípios gerais do direito do

consumo, sendo utilizada como referência no direito português, em alguns casos por via de reprodução (DL 67/2003) ou remissão expressa (DL134/2009) da lei, noutros por via interpretativa (DL 446/85):

“Art. 2.º - I: considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados ao uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.”

Ainda seguindo seus ensinamentos, Carvalho: “o conceito de consumidor pode ser analisado com referência a quatro elementos [...]” (Carvalho, 2013, 13) e, utiliza, para isso, a definição dada pela LDC, sendo eles: elemento subjetivo, elemento objetivo e elemento teleológico.

1.3.1 – Elemento Subjetivo

A expressão *todo aquele*, elemento subjetivo, tem grande amplitude, abrangendo todas as pessoas, físicas ou jurídicas. Nesta definição, o autor afirma que a doutrina trata como controversa a questão do condomínio e defende que neste caso específico, o condomínio será considerado consumidor se pelo menos “uma fração se destinar a uso não profissional”, considerando-se consumidor sempre que, “numa perspectiva objetiva, o bem ou o serviço em causa pode ser considerado um bem ou um serviço de consumo para uma das pessoas que o condomínio representa.” (Carvalho, 2013, 13). Cita o art. 1420.º - 1 do CC português que diz que “cada condômino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício”. Assim, para o autor, não há dúvidas de que as partes comuns constituem bens de consumo quando um de seus proprietários puder ser qualificado como consumidor e o condomínio puder representar os interesses relativos a essas partes em representação dos condôminos.

1.3.2 – Elemento Objetivo

Este elemento, ainda segundo Carvalho (2013, 14) tem uma visão mais ampla, abrangendo qualquer relação contratual estabelecida entre as partes, considerando-se a parte do artigo 2.º- I da LDC em comento que diz “a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos” (LDC, art.2.º- I). Para o autor, a tutela se estenderia a qualquer contrato estabelecido entre as partes e também às relações

extracontratuais, referindo-se ao art. 8.º-1 da LCD que impõe ao profissional a prestação de informações relativamente à garantia voluntária oferecida.

1.3.3 – Elemento Teleológico

Quanto ao elemento teleológico “destinados a uso não profissional”, segundo o autor:

“o conceito de “uso não profissional” se afasta da noção de “destinatário final”, utilizada em alguns direitos, como angolano, o argentino ou o brasileiro, que pode ser interpretado no sentido de proteger o adquirente profissional que não integre o bem ou o serviço no circuito produtivo.” (Carvalho, 2013, 15)

Este elemento, para o autor, “retira do conceito de consumidor todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que atuam no âmbito de uma atividade profissional”, mas, considera as pessoas jurídicas que não destinem o bem a uma atividade profissional, como as associações ou as fundações. Se o bem for destinado a uso misto, ou seja, a uso pessoal e a uso profissional, diz o autor que o correto seria interpretá-lo considerando o “uso predominante dado ao bem.”

1.3.4 – Elemento Relacional

Ainda, seguindo a doutrina de Carvalho, “este elemento impõe que a contraparte (em relação ao consumidor) seja “pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios” (Carvalho, 2013, 16). Segundo ele, para que se caracterize este elemento, a obtenção de lucro não precisa ser direta, abrangendo-se assim, por exemplo, “a oferta de brindes, que tem um conteúdo promocional e se insere numa atividade económica que visa a obtenção de benefícios, embora não o lucro imediato” (Carvalho, 2013, 16).

1.4 – Consumidor equiparado

Este tipo de consumidor é definido em três distintos momentos no CDC: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (CDC, art.2º, § U). Segundo Nunes, a definição dada pelo art.2º é ampliada por seu parágrafo: “[...] equiparando-se a ele a coletividade de pessoas, mesmo que não possam ser identificadas e desde que tenham, de alguma maneira, participado da relação

de consumo”. (Nunes, 2009, 84). Esta ampliação pretende garantir às pessoas que, embora não sejam consumidores direto que tenha adquirido produto ou serviço, tenham sido atingidas, mesmo que indiretamente, pela relação que ensejou a responsabilidade. A estas pessoas, todas as garantias do CDC. Garcia exemplifica este tipo de consumidor vulnerável:

“Assim, as pessoas de uma casa que sofreram dano decorrente da utilização de algum produto contaminado comprado por apenas um deles, embora não possam ser caracterizadas como consumidores *stricto sensu*, equiparam-se a consumidor, beneficiando-se das normas protetivas do CDC.” (Garcia, 2010, 24)

Ainda no CDC: “art. 17 – Para efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Em um segundo momento, o CDC traz em seu art. 17 do CDC que são equiparadas aos consumidores as vítimas do evento, ou seja, aquelas pessoas que não são consumidoras diretas, mas foram atingidas pelo evento que causou o dano. Nunes exemplifica:

“Assim, por exemplo, na queda de um avião, todos os passageiros (consumidores do serviço) são atingidos pelo evento danoso (acidente de consumo) originado no fato do serviço da prestação do transporte aéreo. Se o avião cai em área residencial, atingindo a integridade física ou o patrimônio de outras pessoas (que não tinham participado da relação de consumo), estas são, então, equiparadas ao consumidor, recebendo todas as garantias legais instituídas no CDC.” (Nunes, 2009, 85)

E, finalmente: “CDC, art. 29 – Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. No capítulo V do CDC, a lei equipara ao consumidor todas as pessoas, mesmo que indeterminadas, foram expostas aos danos que poderão ser causados pela prática comercial. Aqui não há que se falar em dano, mas em exposição a ele. Toda a coletividade já está exposta a ele, mesmo que nenhum dano ocorra efetivamente e ainda que não se possa identificar o consumidor. Nunes cita como exemplo a publicidade enganosa em que os Órgãos de Defesa dos Consumidores podem se insurgir contra ela, mesmo que não apareça nenhum consumidor a representar.

“Dessa forma, por exemplo, se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa – por exemplo, o Ministério Público – ir contra ele. O órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos arts. 81 e s. do CDC, pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão

do anúncio enganoso, para punir o anunciante etc., independentemente do aparecimento real de um consumidor contrariado.” Nunes (2009, 85)

1.5 – Vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor

A Lei nº 8.078/90 (CDC) parte do pressuposto de que o consumidor é um sujeito vulnerável ao adquirir produtos e serviços ou simplesmente expondo-se a práticas do mercado de consumo. A vulnerabilidade é o cerne da questão do CDC e, na prática, traduz-se na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção de órgãos ou instrumentos para sua proteção, que, fazendo valer o Código de Defesa do Consumidor, busca igualar as partes, tratando desigualmente aqueles que apresentam algum tipo de desigualdade, na medida em que se desigalam. Por se tratar de conceito tão relevante, a vulnerabilidade é o pilar de sustentação de todos os aspectos da proteção do consumidor. É o ponto culminante do código e a ela se voltam todos os princípios consumeristas.

Aliás, segundo a doutrina de Benjamim, Marques, Bessa (2013, 98-99), a vulnerabilidade pode ser vista de quatro formas observadas pelo STJ, que em recentes julgados menciona estes tipos e informa que, “em situações concretas, outras formas de vulnerabilidade podem se manifestar”, ensinando:

“A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. REsp 1195642 RJ, j..13.11.2012, rel.Min.Nancy Andrigli, DJe 21.11.2012).”

1.5.1 – Vulnerabilidade técnica

Dá-se quando o consumidor não tem conhecimentos específicos, técnicos, sobre o produto ou serviço adquirido, seja ele sofisticado ou não, estando mais sujeito a ser enganado quanto às promessas feitas pelo fornecedor. Este tipo de vulnerabilidade é presumida para o

consumidor não profissional, pessoa física, podendo também atingir o consumidor profissional, por exceção, que é o destinatário fático do bem. Segundo o STJ, existe uma vulnerabilidade intrínseca em relação a bens, conforme dito, tratando-se de exceção e não de regra:

“é de consumo a relação entre vendedor de máquina agrícola e compradora que a destina à sua atividade no campo. Pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor (art. 18 do CDC). (STJ, REsp 142.042-ES, j.11.11.1997, Min. Ruy Rosado de Aguiar).”

Como dito, esta vulnerabilidade do profissional é excepcional, necessitando de prova no caso concreto, pois se trata de atividade profissional de “consumo intermediário”, regulado pelo direito comum, nos dizeres de Benjamim, Marques e Bessa (2013, 100), citando julgado do STJ:

“A aquisição de bens ou utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como atividade de consumo intermediária. (STJ, REsp 541867-BA, j.10.11.2004, rel. p/acórdão Min. Barros Monteiro).”

E os autores complementam dizendo que “essa vulnerabilidade está ligada à *expertise*, logo, à profissionalidade ou não do agente, sobre aquele produto ou serviço.”

“O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços.
- Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC.
Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido. (STJ, REsp 733.560-RJ, 3.ª T., j. 11.04.2006, rel. Min. Nancy Andrighi).”

1.5.2 – Vulnerabilidade fática ou socioeconômica

Este tipo de vulnerabilidade aponta o desnível de forças entre consumidor e fornecedor, marcado especialmente pela já descrita dependência (até mesmo vital) que tem o primeiro em relação à prestação oferecida pelo segundo; decorre do poderio econômico, posição de monopólio ou essencialidade do serviço que presta. Aqui, segundo os autores: “o ponto de concentração é o outro parceiro contratual que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe

sua superioridade a todos que com ele contratam [...]”. E exemplificam: “quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas, e se submete a condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 102).

O STJ tem considerado como consumidoras pessoas jurídicas frente ao monopólio dos serviços públicos privatizados, por sua vulnerabilidade fática:

“Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor. A determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Todavia, a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando “finalismo aprofundado”. Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Além disso, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. Precedentes citados: REsp 1.196.951-PI, DJe 9/4/2012, e REsp 1.027.165-ES, DJe 14/6/2011. REsp 1.195.642-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2012.”

1.5.3 – Vulnerabilidade jurídica ou científica

Esta vulnerabilidade fica caracterizada porque, enquanto o fornecedor trabalha frequentemente com seu ramo econômico, contando com assessores jurídicos de grande

monta, habitualmente defendendo causas semelhantes, o consumidor que irá com ele discutir terá, em regra, poucos recursos técnicos. Benjamim, Marques e Bessa dizem que é a “falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou economia.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 101). Obviamente, a experiência, os argumentos que serão utilizados para se provar os fatos alegados, os documentos juntados aos autos e as demais provas nesses assuntos já estão previamente organizados pelo fornecedor. O CDC presume este tipo de vulnerabilidade para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física, devendo o fornecedor informa-lo adequadamente sobre o conteúdo do contrato, em face da complexidade dessas relações contratuais e da falta de clareza, especialmente quando se está diante de um contrato de adesão, onde não se discute cláusulas. Os autores citam julgado do STJ em que o fornecedor deve presumir que o consumidor *stricto sensu* é um leigo e deve cumprir seus deveres de boa-fé:

“Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua proteção leiga.” (STJ, REsp 311509-SP, j.03.05.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

1.5.4 – Vulnerabilidade Informacional

Este tipo de vulnerabilidade não é reconhecida por toda a doutrina, sendo por alguns reconhecida também como espécie de vulnerabilidade técnica; esta vulnerabilidade se destaca pela falta de dados suficientes sobre o produto ou o serviço capazes de influenciar no processo decisório da compra. O fornecedor deve dar o máximo de informações sobre a relação contratual e sobre produtos e serviços a serem adquiridos.

Para a doutrina, trata-se de “vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel da sociedade.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 106). Dizem os autores que esta vulnerabilidade requer uma atenção especial, pois “na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 106). Esta informação deve ser clara e precisa, pois o consumo é cada vez mais visual, contendo mais riscos numa compra rápida e impensada. O fornecedor deve dar o máximo de informação sobre o produto ou serviço adquiridos, seja de forma direta aos consumidores ou nas embalagens, acompanhando os produtos. O STJ já vem reconhecendo esta vulnerabilidade em seus julgados:

“CARTÃO DE CRÉDITO. Contrato. Revisão. Dever de informação da Administradora. Código de Defesa do Consumidor. É possível a revisão de contrato de cartão de crédito, cabendo à Administradora informar o juízo sobre os valores, sua origem, taxas de juros, comissões, despesas, e o mais que interessa para que se tenha a noção exata dos critérios segundo os quais está sendo executado o contrato de adesão. Recurso conhecido e provido, a fim de cassar a sentença e reabrir a instrução, determinando-se à Administradora que informe o juízo sobre os elementos de que dispõe acerca do contrato objeto da demanda. (STJ, Resp. 438700/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ26/05/2003).”

Após estes conceitos que enquadram os quatro tipos de vulnerabilidades reconhecidos pela doutrina e pelos tribunais, o que não exclui a criação de outros tipos, conforme dito, é fato saber que a vulnerabilidade é o marco essencial para a caracterização da relação de consumo, com aplicação das regras especiais do CDC que visam fortalecer a parte mais fraca que se encontra em situação inferior, para reestabelecer o equilíbrio nestas relações, o que é tão objetivado pela justiça.

1.5.5 – Vulnerabilidade psíquica

Este tipo de vulnerabilidade tem emprego específico quando se trata de publicidade, pois se refere aos estímulos visuais, auditivos, de olfato a que o consumidor é bombardeado todos os dias e que tem o efeito de fazê-lo tomar decisões de compra, muitas vezes impensadas. Diante de tantos estímulos externos, o consumidor se vê enfraquecido e propenso a adquirir produtos e serviços que lhe eram obsoletos, mas que adquirem uma importância enorme diante do que vê e sente. A doutrina de Moraes diz sobre esta teoria que: "essa motivação pode ser produzida pelos mais variados e eficazes apelos de marketing possíveis à imaginação e à criatividade orientada pelos profissionais desta área." (Moraes, 1999, 151)

1.5.6 – Hipossuficiência

Se a vulnerabilidade é presumida pelo código, a hipossuficiência deve ser analisada em cada caso concreto e refere-se a uma vulnerabilidade processual, ou seja, o consumidor, por sua posição inferior, tecnicamente vulnerável diante do fornecedor, algumas vezes não consegue, por si só, comprovar dentro do processo, o seu direito. É, nos dizeres de Garcia: “[...] um fenômeno de índole processual que deverá ser analisado casuisticamente.” (Garcia, 2010, 74) e cita o art. 6º, VIII do CDC: “a hipossuficiência deverá ser averiguada pelo juiz segundo as regras ordinárias de experiência”.

Segundo Nunes, o significado de hipossuficiência “não é econômico, mas sim, técnico”, portanto, veja-se:

“[...] a hipossuficiência, para fins da possibilidade da inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício, etc.” (Nunes, 2009, 782).

Assim, nos dizeres do autor, corroborado pela maioria da doutrina, para fins de inversão do ônus da prova, garantia oferecida pelo CDC ao consumidor, ente vulnerável, esta hipossuficiência reconhecida não pode ser vista como proteção ao mais “pobre”, pois não é este o motivo que o leva a ser considerado hipossuficiente, vez que a produção de prova é de cunho processual e a “condição econômica do consumidor é de cunho material”. Assim, se um consumidor muito rico, viajando com seu carro caríssimo, para em um pequeno comercio na beira da estrada para almoçar e a comida ingerida lhe faz mal, ele pode ser considerado hipossuficiente, apesar de seu poderio econômico, frente aquele pequeno fornecedor, porque, no processo, ele não detém condição de comprovar como fora feito e armazenado aquele alimento que lhe foi servido e que, em tese, lhe causou o dano. Ele é, portanto, hipossuficiente frente ao pequeno fornecedor, inobstante a diferença financeira entre os dois.

Segundo Grinover [et al.]:

“Hipossuficiência como se sabe, entretanto, é terminologia do chamado Direito Social, ou Direito do Trabalho, e que deve ter, aqui, a conotação de pobreza econômica ou falta de meios, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em dado conflito nascido de relações de consumo.” (Grinover et al., 2007, 156)

O CDC traz no art. 6º, VIII que é direito básico do consumidor:

“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.” (CDC, art. 6º, VIII)

Esta inversão do ônus da prova é faculdade do juiz, que verificará, no caso concreto, se o consumidor é hipossuficiente, ou seja, se não detém condição de comprovar o direito que alega ter. Esta faculdade, porém, não permeia todo o sistema consumerista, uma vez que, tratando-se de publicidade enganosa ou abusiva, a inversão torna-se obrigatória, conforme o CDC que diz: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação

publicitária cabe a quem as patrocina.” (CDC, art. 38). Assim, em se constatando uma publicidade enganosa ou abusiva, a inversão do ônus da prova é automática, devendo o fornecedor comprovar o que diz, não dependendo de determinação judicial.

1.6 – Conceito de Fornecedor

Para que se estabeleça uma relação de consumo, obrigatoriamente de um lado se encontra o consumidor e do outro, a figura do fornecedor. O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro traz a definição de fornecedor, dizendo que fornecedores são todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade, não sendo, pois, personalidade jurídica um dos requisitos para se identificar o fornecedor, uma vez que o art. 3º do CDC traz expresso:

“Art. 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Segundo Nunes: “Não há exclusão de algum tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo.” (Nunes, 2009, 86). Segundo o autor, o artigo em comento diz que:

“São fornecedores as pessoas jurídicas públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quota de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.” (Nunes, 2009, 86)

Ainda segundo o autor, o uso do termo *atividade* deve ser considerado em seu sentido lato, como atividade típica e também eventual. “Assim, o comerciante estabelecido regularmente exerce uma atividade típica descrita em seu estatuto. Mas, é possível que o mesmo comerciante exerça uma atividade atípica [...]” (Nunes, 2009, 86). Exemplifica, ainda, dizendo que ele age em situação diferente do que habitualmente faz, o que pode se dar de maneira rotineira e eventual. “E a pessoa física vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos de comércio ou indústria.” (Nunes, 2009, 86).

Para Benjamim, Marques e Bessa (2013, 112), a definição de fornecedor do art. 3º do CDC deve ser ampla para abrir a proteção do CDC a um grande número de relações contratuais. Quanto ao fornecimento de produtos, para se estabelecer uma relação de consumo é preciso que haja atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a

importação, indicando, conforme os autores, “a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos”, excluindo-se da aplicação das normas do CDC “todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais” e que devem ser vistos, nos dizeres dos autores, como relações puramente civis, tuteladas pelo diploma civil.

Benjamin, Marques e Bessa (2013, 113) ainda afirmam que: “ser fornecedor de produtos e serviços não é qualidade ligada ao objetivo de lucro” e cita um julgado do STJ em caso envolvendo entidades sem fins lucrativos que ofereciam planos de saúde:

“Segundo entendimento desta Corte, a relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado. (REsp. 469.911-SP, rel.Min.Aldir Passarinho Júnior, DJ 10.03.2008).”

É bom lembrar que o CDC, quando utiliza o termo *fornecedor* em sentido amplo, como gênero, está a se referir a todos os fornecedores da cadeia de consumo, sejam eles fabricantes, importadores, produtores e até comerciantes, todos respondendo solidariamente, como se vê do *caput* do art. 18, que fala da responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que diz:

“Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim, como por aqueles decorrentes da disparidade, com indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.” (CDC, art. 18)

Diferente é quando o CDC utiliza a expressão *fornecedor* e especifica cada uma de suas espécies, usando os termos “produtor, importador, fabricante”; neste caso ele as especifica e só a essas espécies cabe a responsabilidade, como é o caso do art. 12 do CDC que fala da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” (CDC, art. 12)

Aqui, o comerciante foi excluído num primeiro momento, só vindo a responder, subsidiariamente, com base no art. 13 do mesmo *codex*:

“O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II- O produto for fornecido sem identificação clara de seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.” (CDC, art.13)

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC, na visão dos aludidos autores, “foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta”, pois o CDC não deixa claro se o fornecedor deva ter as características de um profissional, dizendo apenas “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, não deixando claro se o fornecedor precisa ser um profissional, bastando que a atividade seja habitual ou reiterada, ou seja, não eventual, demonstrando a intenção do legislador em assegurar a inclusão de o máximo possível de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, dependendo apenas de se ver do outro lado da relação um consumidor. O § 2º do art. 3º em comento, entende também como serviço “as atividades de natureza bancária, financeira de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (CDC, art. 3º, §2º)

CAPÍTULO II

DA PUBLICIDADE

2.1 – Histórico

A doutrina de Chaves traz que: “A publicidade como forma de comunicação é tão antiga quanto o ser humano socializado.” (Chaves, 2005, 31). Porém, enquanto atividade organizada, comercialmente falando, como uma moderna agência de publicidade ou na figura do agente publicitário é bastante recente. O autor, citando Alexandra Morais Pereira e Eugénio Malanga, conta que “a documentação histórica sobre o assunto surgiu com um fragmento de um papiro egípcio, conservado no museu de Londres, que relata a fuga de um escravo”. (Chaves, 2005, 31). Segundo a história, este seria, possivelmente, o primeiro anúncio escrito comprovado na história da civilização, levando a crer que há três milênios já existia publicidade comercial na medida em que, os escravos eram considerados coisa, propriedade dos seus donos e, como mercadoria eram negociados. Historiadores contam que há registros de publicidades primitivas dentre as inscrições existentes nas paredes das pirâmides.

O autor ainda diz (2005, 32) que, comercialmente falando, o cerne da história da publicidade está ligado às primeiras manifestações relativas à economia primitiva que era baseada na permuta de bens (escambo) e mais tarde na compra e venda destes bens, o que levou a estabelecer ligações de comunicação na sociedade. Com o tempo a publicidade evoluiu e começou por ser verbal, sendo apregoada com anúncios da venda de produtos e os locais de realização das feiras. Só mais tarde, com o surgimento da imprensa, possibilitou-se traduzir os anúncios à viva voz, para escrito, assim surgindo os rótulos para os produtos comercializados e os cartazes que anunciavam os espetáculos e as feiras.

Em Roma, o autor conta que existiam “uns funcionários apelidados de *pregoneros* ou *praeco*, colocados às ordens dos particulares e do município” que tinham como função fazer o pregão, ou seja, divulgar os produtos a serem vendidos. Estes *pregoeros* continuaram a existir na Idade Média, que foi uma época marcada pela “ruralização da vida social”, um reconhecido atraso do sistema econômico, que ocasionou uma paralisação na evolução da

publicidade que acabou por desaparecer. Nesta época, porém, os *pregoneros* continuaram a existir, pois, devido ao analfabetismo que reinava entre a população, qualquer divulgação tinha de ser oral e efetuada à viva voz, o que era, então, feito por eles.

Chaves: “O advento da imprensa no início do século XV, por *Johann Gensfleisch Gutenberg*, foi um marco fundamental na história da publicidade.” (Chaves, 2005, 33), quando, então, a publicidade passou a ser comercial, pois esta invenção contribuiu para o desenvolvimento da comunicação de massa. O citado autor diz que, modernamente, “A Inglaterra é apontada como sendo o berço da publicidade comercial” (Chaves, 2005, 33) e diz que o primeiro anúncio data de 1649 e foi publicado no jornal *Impartial Intelligencer*, porém, cita Benjamim (Revista de Direito do Consumidor, 9, p. 26) que diz que o primeiro anúncio impresso em língua inglesa remonta ao ano de 1477 e nele continha o anúncio de venda de livros religiosos.

Ainda, de acordo com a doutrina de Chaves, o jornal teria sido “o primeiro meio de comunicação de massas.” (Chaves, 2005, 34) e era utilizado pelos comerciantes, por aqueles que produziam algum tipo de bem ou prestavam algum serviço, permitindo-lhes a colocação no mercado de seus produtos e serviços, levando-os ao conhecimento do grande público. Com a produção em série a publicidade obteve maior relevo, face à necessidade de escoamento dos produtos sentida pelas organizações produtivas.

Na França, por volta do ano de 1630 surgiram as “*gazetas* ou *gazette*, consideradas os precursores da publicidade moderna.” (Chaves, 2005, 34). Segundo Ticianelli:

“Gazeta era uma moeda utilizada em Veneza, no século XVI, e durante a guerra com os turcos os comerciantes venezianos, ciosos dos interesses que detinham nas rotas comerciais, reuniam-se num recinto fechado, a fim de ouvir as últimas notícias sobre os combates que se travavam em diversos pontos. Essas notícias eram lidas em voz alta por um pregoeiro, e o ingresso no recinto custava uma gazeta.” (Ticianelli, 2007, 27)

Segundo o autor mencionado, esta palavra acabou como sinônimo de notícias e, antes de ser mencionada amplamente no Brasil, foi utilizada como título de jornais na França, Inglaterra e Portugal. Nestas *gazettes*, segundo Chaves, se organizaram os primeiros encontros entre a oferta e a procura. Os primeiros números eram tímidos e neles havia apenas notícias relativas ao estrangeiro e, no “sexto número, aparece o primeiro anúncio publicitário impresso numa publicação periódica.”

Ainda de acordo com Chaves: “A revolução industrial foi outro marco assinalável no desenvolvimento da indústria e do comércio do século XIX e consequentemente da atividade

publicitária.” (Chaves, 2005, 35), pois, devido ao capitalismo e à melhoria da economia particular, tornou-se sólida a relação produtor/consumidor. Na era da economia artesanal, a publicidade não tinha tanta importância, uma vez que não existiam problemas de comunicação entre o produtor e o consumidor, pois os produtos eram feitos sob encomenda, de forma personificada, através de contato pessoal. Os bens eram individualizados e a produção estava limitada ao que era pessoalmente encomendado. Com a passagem para uma economia em escala industrial e em série, passa-se a predominar o anonimato das partes, produtor e consumidor e o aumento da concorrência, assim, surge a necessidade de uma ação que valorizasse e diferenciasse os produtos idênticos e que estimulasse o comprador a adquiri-los. A publicidade surge como consequência sem precedentes da industrialização, do movimento Fordismo que criou a produção em série, dado ao aumento da disponibilidade dos bens de consumo, da livre concorrência, da uniformização que apresenta ao consumidor produtos semelhantes e da concentração urbana de trabalhadores que são também consumidores.

Ainda, na linha do citado autor, “no estado absolutista, o monarca proibia e controlava qualquer tipo de publicação.” (Chaves, 2005, 36), sendo que, após a revolução francesa que possibilitou a passagem para um regime de “privilégios reais e de censura para um regime de liberdade de expressão, houve o desenvolvimento da imprensa de massas financiada pela atividade publicitária.”

No século XX, nos dizeres de Chaves: “à imprensa uniram-se os meios de comunicação audiovisual e a partir dos anos sessenta a técnica comunicativa publicitária aperfeiçoou-se, permitindo a sua utilização através dos meios de comunicação audiovisual.” Chaves (2005, 37).

A publicidade desenvolveu-se sob o manto do capitalismo e a sociedade de consumo, tendo recebido o repúdio dos estados socialistas da época que abominavam o consumo desenfreado que começava a surgir. Segundo Chaves (2005, 38), a grande enciclopédia soviética de 1941, definiu-a como “o meio de extorquir as pessoas e as fazer adquirir bens inúteis e de valor duvidoso”, contudo, em sua reedição de 1971/72, a mesma enciclopédia trouxe uma nova definição como “a arte de popularizar os bens, de fazer conhecer aos consumidores as suas qualidades e os seus pontos de venda”, representando um enorme avanço e respeito à publicidade.

Ticianelli diz que o caminho percorrido pela publicidade se divide em três épocas:

“a primária, cujo objetivo era informar o público do produto existente, mostrando sua marca; a secundária, quando se passou a analisar o gosto do consumidor para orientar a publicidade, tendo esta conotação sugestiva; e, por fim, a terciária, pautada nos estudos de mercado, na sociologia e na psicanálise, provocando motivações inconsistentes no público que acaba tomando certas atitudes que talvez inicialmente não tomaria.” (Ticianelli, 2007, 29)

O início deste passado foi marcado pelos novos inventos que revolucionaram o dia a dia, como a eletricidade, o telefone e o automóvel, ao mesmo tempo em que há um aumento na circulação de capital. Nas cidades cresce o consumo e assiste-se a um grande desenvolvimento industrial que acaba por criar problemas de superprodução, o que impõe a necessidade de venda para que as empresas obtenham rotatividade e rentabilidade para obter lucro necessário à sua sobrevivência. Ao mesmo tempo aumenta a concorrência e isso obriga a uma diferenciação positiva, que ofereça escolhas ao público.

Num mundo em que se vê o desaparecimento do indivíduo como pessoa singular, diferenciada, nasce um novo modelo que é composto de um conjunto de indivíduos semelhantes, ao qual se deu o nome de “sociedade de massas”.

O autor diz que nos anos 1920 nos EUA, “foi desenvolvido pela empresa de publicidade *Procter and Gamble*, um processo de construção de mensagens publicitárias denominado *copy-strategy*” (Chaves, 2005, 39)), procurando fornecer aos publicitários um instrumento útil e que possuía os seguintes elementos: promessa (ao consumidor), razão (justificação da promessa) e tom (estilo comunicativo)”. Segundo ele (2005, 40), desde a sua criação “a *copy-strategy* sofreu alterações e evoluções” e cita como sendo a mais famosa da autoria de um publicitário norte americano, denominada *unique selling preposition* (USP), que diz que: “a mensagem deverá ser expressa em termos fáceis de reter e memorizar e conter uma informação sobre as vantagens do produto, sendo certo que cada produto é único por só ele possuir determinado benefício”. (Chaves, 2005, 40).

Assim, para que tenha eficácia, a mensagem deve apresentar termos fáceis, usando fórmulas simples que utilizam “*slogans* breves e originais e *jingles* facilmente reconhecidos”. A partir daí passam a coexistir o refrão publicitário associado a uma música de referência, que tão facilmente faz com que a publicidade seja assimilada e absorvida.

Ticianelli diz que com a vinda da “Corte para o Brasil foi instituída a Impressão Régia, sendo que, de suas máquinas, saiu o primeiro jornal impresso do Brasil – A Gazeta do Rio de Janeiro.” (Ticianelli, 2007, 30) e neste primeiro jornal foram publicados os primeiros anúncios, ainda sem contraprestação pecuniária e que, no início não se tinha qualquer cuidado, apenas apresentavam as características dos produtos, objetivamente apresentados.

Sua primeira edição, segundo o autor, trouxe o primeiro anúncio impresso e que oferecia como produto livros, artigo raro para a época, como dito acima. O autor, citando Giacomini Filho, diz que:

“os primeiros anúncios eram imobiliários ou de recrutamento de pessoal. Eram anúncios compostos, geralmente sem títulos ou frisos, onde o texto era elaborado pelo próprio redator do jornal ou pelo tipógrafo, a partir do *briefing* fornecido pelo anunciante. O *briefing* é outra prática atualmente utilizada nas atividades nas atividades publicitárias.” (Ticianelli, 2007, 30)

Nesta época o País sofria com a falta de legislação que protegesse o consumidor e apenas o Código Comercial brasileiro de 1850 fazia menção ao “vício redibitório”, que pouco protegia o consumidor, uma vez que o ônus da prova a ele cabia:

“Art. 210 - O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço.”

Assim, naquela época, não havia proteção aos vícios aparentes e aos pequenos defeitos, sendo ínfima a proteção dada ao consumidor, diferentemente dos dias atuais em que a proteção é crescente e estruturada.

Na segunda metade do século XIX, o autor diz que já se detectavam anúncios de publicidade claramente enganosas e cita o exemplo de “um caso famoso na época (xarope de Honório de Prado), que prometia curas milagrosas. Era uma propaganda embrionária, mas já carregada de vícios e artimanhas.” (Ticianelli, 2007, 31)

O século XX trouxe à publicidade grande desenvolvimento, especialmente pela diversificação dos meios de comunicação com a criação das revistas, almanaques, o que demonstrava o aumento de anunciantes. Isso, segundo Ticianelli (2007, 32) faz nascer a categoria do “agenciador ou corretor de anúncios”, servindo de intermediário entre anunciantes e veículos e, depois, passam a ser produtores das mensagens publicitárias, utilizando-se da contratação de escritores para a confecção dos textos, como “ocorreu em 1908, com os anúncios do *xarope Bromil*, escritos por Olavo Bilac e Bastos Tigre, este último fazendo paródias de *Os Lusíadas*.”. Segue-se o rádio, a televisão e hoje com a comunicação global após o advento da internet. Atualmente, as empresas reservam parte de seu orçamento para o uso da publicidade, aumentando a venda de seus produtos, levando a legislação a acompanhar o crescente desenvolvimento deste setor.

Segundo Ticianelli, o crescimento do mercado de trabalho do agenciador ou corretor de anúncios fez nascerem as agências publicitárias, tendo sido a primeira agência “fundada em 1914, em São Paulo pelos agenciadores de propaganda Jocely Bennaton e João Castaldi, e tinha como nome fantasia: *A Eclética*.” (Ticianelli, 2007, 32)

O autor diz que já existia antes do CDC lei que regulamentasse a atividade publicitária, porém, “a publicidade, como instituto, não era regulamentada por norma legal.” (Ticianelli, 2007, 82). As normas que existiam antes do CDC e que tratavam paralelamente a publicidade eram a Lei 4.680/1965 que dispunha sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda e o Decreto 57.690/1966 que regulamenta a execução da Lei 4.680/1965. Estas normas, segundo este autor, ainda se encontram em vigência, naquilo que não conflita com o CDC, apenas complementariamente.

A CRFB de 1988 deu à publicidade duplo tratamento, segundo Ticianelli: “genericamente como ente pertencente ao consumo, com sua inerente proteção; especificamente como instituto da comunicação social.” (Ticianelli, 2007, 65). Foi com o implemento da Lei 8078/1990, Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que a publicidade veio a ser reconhecida, estando este diploma legal em consonância com o Código de Auto-regulamentação Publicitária, que, em 1978 foi elaborado como recomendações e orientações feitas por profissionais da área, como um código de ética sem qualquer poder de compelir, apenas recomendações éticas. Este código em conjunto com o CDC, forma um sistema de controle da publicidade de natureza mista.

Em Portugal, a publicidade é contemporânea dos primeiros pregões, mas “data de 1868 a primeira agência de publicidade nacional com sede em Lisboa, denominada Agência Primitiva de Anúncios, tendo sido seguida em 1900 pela Agência Universal de Anúncios também com sede nesta cidade.” (Chaves, 2005, 47-48). Após, houve o surgimento de algumas agências concorrentes e durante a segunda grande guerra mundial apareceram outras empresas importantes, todas com sede em Lisboa ou na cidade do Porto, por serem as maiores cidades do país.

O autor diz que “a publicidade como hoje é entendida surgiu em Portugal em 1927, com a agência *Hora*, de Manoel Martins da Hora que ficou conhecida por o escritor Fernando Pessoa lá ter trabalhado durante dez anos.” (Chaves, 2005, 49). Em 1957, com a chegada da televisão, diz Chaves (2005, 49) que a publicidade foi impulsionada para níveis de audiência altos e o mercado publicitário desenvolveu-se até que surgiu a Revolução de Abril em 1974. Nesta data, segundo o autor, “as empresas deixaram de investir em campanhas publicitárias”, tendo sido grande parte das empresas nacionalizada e acabou-se por haver uma

desvalorização da publicidade enquanto meio de comunicação. Com isso, alguns grupos econômicos saíram de Portugal e a economia sofreu grande abalo.

No final dos anos 1990, ainda segundo este autor, a concessão de licenças televisivas à iniciativa privada, a televisão por cabo e por satélite revolucionaram o mercado publicitário e as mensagens publicitárias passaram a ser constantes e intensas, voltando a ter atenção para os serviços, para a banca, para os seguros e para as telecomunicações, não se prendendo hoje unicamente a um aspecto comercial, está também a serviço da sociedade e das causas públicas.

Na obra de Chaves, o autor menciona que “o legislador português recorreu à experiência publicitária e à legislação brasileira para fazer o primeiro diploma nacional sobre direito da publicidade – DL nº 421/80, de 30 de setembro – que veio colmatar uma lacuna no ordenamento jurídico nacional.” (Chaves, 2005, 45). Em Portugal, segundo Coelho: “vigora desde 1980 o Código da Publicidade [...] em que se regulamenta amplamente a atividade publicitária, não abrangendo apenas a propaganda política.” (Coelho, 1994, 233).

É importante destacar que no antiprojeto de Código de Defesa do Consumidor de Portugal há especialização na matéria “publicidade” e, sobre isso, Leitão diz que: “[...] não se aproveitou a “oportunidade codificadora” quer para simplificar, quer para articular, campos normativos que se interseccionam na disciplina publicitária.” (Leitão, 2006, 140). Acrescentando ainda, que, no seu entendimento, o código não resolve dúvidas interpretativas já existentes.

2.2 – Conceito de publicidade

Para a maioria dos autores e também para doutrina de Garcia (2010, 234-235), há que se fazer distinção entre o termo publicidade e o termo propaganda. Enquanto o termo “publicidade” volta-se para o lucro da atividade e expressa o fato de “tornar público (divulgar) o produto ou o serviço que se quer vender, com o intuito de aproximar o consumidor do fornecedor, promovendo o lucro da atividade comercial” o termo “propaganda expressa o fato de difundir uma ideia, promovendo a adesão a um dado sistema ideológico”. Difunde uma ideia, sem cunho comercial. Segundo o autor, esta distinção é apenas doutrinária, pois o STJ não faz esta diferenciação, tratando-os como sinônimos. O CDC brasileiro não se preocupa com a propaganda, cuida, tão somente, da publicidade, que é o objeto deste trabalho.

Segundo Chaves: “o termo *propaganda* deriva do latim *propagare*, que significa reproduzir por meio de mergulhia, criar raiz, plantar, refletindo o sentido de implantar, incutir uma ideia ou crença em mente alheia.” E acrescenta: “Deverá entender-se a propaganda como a divulgação de teorias, princípios e doutrinas, inicialmente de cariz religiosa, só tendo sido destacada do específico vocabulário eclesiástico para ingressar na linguagem comum em pleno séc. XX.” (Chaves, 2005, 177).

Benjamim, Marques e Bessa dizem que o Comitê de Definições da *American Association of Advertising Agencies* (AAAA), conceitua publicidade da seguinte forma: “Publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado” (Benjamim, Marques e Bessa 2013, 253). Para os autores: “a publicidade não é uma técnica pessoal, cara a cara, entre consumidor e fornecedor”, citando dois elementos que entendem essenciais em qualquer publicidade: “difusão e informação”, sendo “um o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense*.” (Benjamim, Marques e Bessa 2013, 253).

Sem difusão, não há publicidade, pois é preciso espalhar, levar ao conhecimento de terceiros para que interesse ao direito do consumidor e, sobre isso, os autores citam o seguinte exemplo “Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornecedor não merece a atenção do direito do consumidor. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 253)

Ticianelli também diferencia os dois institutos dizendo que:

“O termo publicidade vem de “público”, do latim “*publicus*”, de levar alguma coisa ao domínio público, ao conhecimento de todos. De todos os sentidos que a palavra publicidade pode apresentar, em nenhum deles perde a noção de “publicar, dar ao público, expor ao público.” (Ticianelli, 2007, 39-42)

“A palavra propaganda deriva de propagar, que, por sua vez, nos chegou do latim: *propagare*. Aparece mencionada pela primeira vez no Dicionário da Academia Francesa, em 1740, como termo eclesiástico. Propaganda significava inicialmente uma congregação de cardeais da Igreja Católica apostólica Romana, cujo objetivo era supervisionar a difusão da fé cristã nos países não católicos, bem como a realização dos trabalhos missionários [...]” (Ticianelli, 2007, 39-42).

O CBAP, instituído pelo Conar, apesar de não ser lei que se origine do poder legislativo, mas apenas normas de conduta como já foi dito, conceitua publicidade, equiparando-a, porém, à propaganda:

“Art. 8º - O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda, assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.

Parágrafo único – Não são capituladas neste Código as atividades de Relações Públicas e “Publicity”, por serem ambas distintas tanto da publicidade quanto da propaganda.”

Ticianelli, citando Bittar (Revista dos Tribunais, 1981, 70) apresenta três formas de se conhecer a publicidade:

“como arte, ciência ou comunicação. Como arte, é a técnica e elaboração de mensagens para fazer chegar ao consumidor o conhecimento da existência de certos produtos ou serviços, despertando nele o desejo de adquiri-los. É ciência, na medida em que utiliza, principalmente, de noções de psicologia, de estatística e de economia. É meio de comunicação, eis que, por seu intermédio, os produtores ou prestadores de serviço trazem ao conhecimento do público os bens ou serviços que podem oferecer.”

Benjamim, Marques e Bessa, dizem que: “conforme o seu objetivo a publicidade pode ser institucional ou promocional”. (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 254). E explicam que, na publicidade institucional, também chamada de corporativa, o que se anuncia é a própria empresa e não um produto. Segundo os autores: “Em certas ocasiões, especialmente quando a empresa enfrenta problemas de imagem, uma campanha publicitária institucional pode ser a solução para alterar a forma como o público a enxerga.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 254) e citam:

“Institucional, a rigor, é aquela campanha que se destina a institucionalizar a marca. Aqui não existe a preocupação com a venda do produto em si, não há preocupação de levar o mercado a comprar tantas unidades do produto. A preocupação é com a marca e não com o modelo” (Plínio Cabral, Propaganda: técnica da comunicação industrial e comercial, 89).

De outro modo, dizem os autores: “[...] a publicidade promocional (do produto ou serviço) tem um objetivo imediato: seus resultados são esperados a curto prazo.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 254)

No CDC a publicidade esta regulamentada no capítulo chamado “Das práticas comerciais”, antecedendo o capítulo “Da proteção contratual”, ou seja, exatamente onde deveria estar inserida no código, uma vez que a publicidade antecede o contrato feito, dele fazendo parte após a sua propagação, ou seja, tão logo seja ofertado o produto ou o serviço, esta oferta irá integrar o contrato.

Estes autores ainda falam sobre a criação publicitária, dizendo que ela “não é instantânea”. Que se dá por etapas “que vão do *briefing*, passando por uma reflexão estratégica, chegando, finalmente, à criação propriamente dita”. Através do *briefing*, o anunciante explica à agência de publicidade quais são suas expectativas em relação ao anúncio e passa as características mínimas do produto ou serviço que quer divulgar, além de elementos que possam mostrar as características de atuação da empresa e estas informações são utilizadas para a agência conhecer a empresa com quem vai trabalhar, facilitando a criação de um anúncio que atenda às suas expectativas.

Ao terminar esta fase, começa a segunda, à qual os autores chamam de “reflexão estratégica” e dizem que, esta fase: “processa-se no interior da agência, de maneira coletiva, com a participação de uma equipe *ad hoc*, composta de profissionais com funções diversas.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 254)

Nesta etapa surgem diversas ideias que são catalogadas e estruturadas e depois recomendadas ao cliente e ao fim, surge a fase em que o publicitário usa toda sua imaginação, considerando os consumidores a serem atingidos e o orçamento disponível. Segundo os autores: “O momento da criação é o que dá os contornos finais à publicidade. Aqui se exerce, em todo o seu potencial, a criatividade publicitária.”. Ao final da fase da criação, tem-se a fase da produção em que dependerá do tipo de comunicação a ser utilizada, podendo ser um filme, ou revista, ou televisão, depende do que o anunciante quiser. A partir desta fase, começa-se a executar a campanha, a fazê-la chegar até o público e só a partir daí, interessa para o direito do consumidor.

Na legislação portuguesa, publicidade é conceituada expressamente no art. 3.º, n.1, do DL. n. 330/90, o qual a define como:

“1 - Considera-se publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de:

- a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços;
- b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.” (DL. N. 330/90, art. 3º, n. 1)

“2 - Considera-se, também, publicidade qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objectivo, directo ou indirecto, promover o fornecimento de bens ou serviços.

3 - Para efeitos do presente diploma, não se considera publicidade a propaganda política”. (DL. N. 330/90, art. 3º, n. 2)

Chaves diz que em Portugal há um conceito dominante entre os autores que estudam o tema e que desde 1985, João M. Loureiro indica como conceito unanimemente aceito pela

doutrina publicitária, o seguinte: “a publicidade comercial é o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir um bem ou serviço.” (Chaves, 2005, 174)

E ainda diz que, modernamente, é definida da seguinte forma:

“nas modernas sociedades da informação e economias de mercado, além de inquestionável motor da economia e força de comunicação ao serviço de empresas e outras entidades, uma inegável forma de expressão cultural.” (Chaves, 2005, 174)

Em resumo, seguindo Ticianelli:

“pode-se afirmar que a publicidade possui fim comercial, representado pela captação de consumidores, e a propaganda possui fim ideológico, representado pela manifestação de ideias. Ambas, todavia, têm o mesmo objetivo, o de exercer influência sobre os indivíduos e grupos a que se dirigem.” Ticianelli (2007, 49)

Não há quem duvide de que a publicidade está ligada umbilicalmente à relação de consumo e, se utilizada de forma correta é essencial para o desenvolvimento do País, permitindo ao consumidor comparar preços e conhecer produtos e serviços. Segundo Ticianelli (2007, 53): “No capitalismo a publicidade se apresenta como um grande instrumento de atividade econômica”. A publicidade deve ser sempre associada à liberdade de expressão e ela deve sempre existir, pois é ela que permite que a população tenha acesso à informação, o que está intimamente ligado à liberdade de expressão, à livre concorrência, mas isso não significa que o consumidor deva ser exposto à publicidade que lhe cause qualquer tipo de dano e não esteja em perfeita sintonia com as leis. Nesse sentido, o CDC nenhuma restrição faz à atividade publicitária, nem acorda com a censura, apenas sanciona a publicidade que pode causar dano ao consumidor, atingindo-o financeiramente, fisicamente ou psicologicamente.

2.3 – Princípios

2.3.1 – Princípio da identificação da mensagem publicitária

Este princípio está expresso no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 36 que diz que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. (CDC, art. 36)

Garcia (2009, 235) diz que, segundo este princípio, “a publicidade, quando veiculada, tem o dever de ser identificada como tal, de modo fácil e imediato pelo consumidor”. Este princípio busca dar certa proteção ao consumidor, conscientizando-o de que é o destinatário

de uma mensagem publicitária e que lhe garante condições de identificar o fornecedor, assim como o produto e o serviço oferecido. “É a proibição da chamada publicidade clandestina”. Diz o autor, que quando o consumidor escolhe um produto ou serviço, esta opção deve ser feita de modo consciente, sem ser levado ao engano pelos anúncios publicitários, equilibrando as relações contratuais. Por este princípio, diz o autor, fica proibida também a chamada publicidade subliminar, que é aquela que atinge somente o inconsciente do indivíduo, não o deixando perceber que está sendo manipulado pela mídia. Outro tipo de publicidade que esbarra nesse princípio é o *merchandising*, que é uma forma de divulgar produtos “camuflados” em programas de televisão, novelas, teatros e filmes. O CDC não proíbe este tipo de publicidade, apenas exige que se respeite este princípio fazendo-se a divulgação dos produtos que serão inseridos nos programas, para que o consumidor tenha consciência de que será “bombardeado” por eles.

Este dispositivo, segundo Benjamim, Marques e Bessa, visa impedir que a publicidade não seja identificada pelo consumidor como tal e citam como exemplo as “reportagens, os relatos “científicos”, os informes “econômicos” verdadeiras comunicações publicitárias transvestidas de informação editorial, objetiva e desinteressada” (Benjamim, Marques e Bessa 2013, 260). Segundo os autores, “A publicidade só é lícita quando o consumidor puder identifica-la” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 260). A publicidade que tenta enganar o consumidor, travestida de informes é considerada enganosa e este engano, mesmo que inocente, é repudiado pelo CDC que prima pela honestidade dos anúncios publicitários.

2.3.2 – Princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária

Já no plano contratual, o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária, o que está expresso nos arts. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.” (CDC, art. 30)

“Art. 35 - Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.” (CDC, art. 35)

Por este princípio, o consumidor tem o direito de exigir que tudo que foi veiculado seja cumprido e o fornecedor se obriga a cumprir o que ofertou, sob pena de violação ao CDC. A publicidade antecede o contrato, mas a ele se vincula, tornando o fornecedor obrigado a cumprir exatamente o que foi ofertado, sem que seja necessário analisar se houve má-fé ou não do fornecedor, porque, a responsabilidade adotada pelo CDC é a responsabilidade objetiva, pela qual o fornecedor responde independentemente de culpa.

Benjamim, Marques e Bessa (2013, 238) dizem que: “O art. 30 dá caráter vinculante à informação e à publicidade” e comenta que a separação destas duas modalidades foi acertada pelo legislador, considerando que a informação é mais ampla que a publicidade e diz: “Por informação, quis o CDC, no art. 30, incluir todo tipo de manifestação do fornecedor que não seja considerado anúncio, mas que, mesmo assim, sirva para induzir o consentimento (=decisão) do consumidor.”

A ministra Nancy Andrighi, acertadamente, ponderou:

“1) 1. De acordo com as premissas fixadas pela Corte de origem, o consumidor firmou contrato acreditando que a taxa de juros seria de 2, 3% ao mês, conforme informado no momento da realização do negócio jurídico; porém, no instrumento contratual, a cláusula referente aos juros remuneratórios encontrava-se em branco no ponto relativo à taxa aludida, que foi cobrada em patamar muito superior (4,07 %). As peculiaridades em espécie demonstram a configuração de má-fé, o que dá ensejo à repetição em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC” (AgRg no REsp 977.341 – DF, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 04.10.2011, Dje 28.10.2011). “2. O art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. O direito à informação visa assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. (REsp 11212275/SP, j. 27.03.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 17.04.2012).”

Benjamim, Marques e Bessa (2013, 239) asseguram que “dois requisitos são necessários para a incidência do princípio da vinculação (art. 30 do CDC).” E continuam trazendo como requisitos a “veiculação” e a “precisão da informação”. Segundo os autores, a publicidade feita e não divulgada, não veiculada pelos veículos de comunicação, não irá vincular o fornecedor, pois não expõe os consumidores às práticas comerciais previstas no CDC, conforme inteligência do art. 29. E ainda, a oferta deve ser “suficientemente precisa”, evitando levar o consumidor a erro. Alertam para os *puffing* que são exageros na mensagem e

que não vinculam o fornecedor como “o melhor sabor”, o “mais bonito”, “o maravilhoso”. Assim, nos dizeres dos autores “não é qualquer informação veiculada que vincula o fornecedor.” E continuam dizendo que “Tem ela de conter uma qualidade essencial: a precisão. Só que não se trata de precisão absoluta, aquela que não deixa dúvidas: o Código contenta-se com uma precisão suficiente, vale dizer, com um mínimo de concisão.”

Os autores ainda lembram que este princípio não é afastado por “informações contraditórias ou divulgadas a *latere* do anúncio, ou, ainda, “colocadas à disposição dos consumidores” pelo fornecedor em documento que possa completar ao anúncio, como anexos, contratos por adesão ou regulamentos.” Se a informação alterará ou onerará o consumidor de alguma maneira, se for “dato essencial” deve sim, acompanhar o anúncio, para não configurar uma publicidade enganosa por omissão.

2.3.3 – Princípio da veracidade da publicidade

O código, ao proibir a publicidade enganosa, consagrou este princípio, sendo este um dos mais importantes princípios da publicidade, se é que se pode atribuir hierarquia aos princípios, uma vez que todos, conjuntamente, formam a proteção ao consumidor:

“CDC, art. 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

Segundo este princípio a publicidade veiculada deve trazer elementos essenciais verdadeiros. Não pode falar mais nem menos do que se propõe a apresentar. E, por este princípio, o anunciante se vincula ao que anuncia, tendo que cumprir exatamente o que anunciou. As afirmações, segundo Chaves (2005, 190) “relativas aos bens e serviços publicitados devem ser passíveis de prova perante as instâncias competentes”. É o dever de dizer a verdade na mensagem publicitária, pois o código veda a mensagem inteira ou parcialmente falsa ou que possa levar o consumidor a erro, lembrando que, em caso de dúvida, a interpretação sempre será favorável ao consumidor. Chaves (2005, 191) ainda traz que a violação a este princípio origina a publicidade enganosa proibida pelo art. 11º do Código da Publicidade e pelo artigo 37 do CDC, sob o qual se falará em momento oportuno.

2.3.4 – Princípio da não abusividade da publicidade

Este princípio é bastante parecido com o princípio anterior, e, nos dizeres de Benjamim, Marques e Bessa: “embora não busque reprimir a enganiosidade da mensagem publicitária, tem por objetivo reprimir desvios que prejudicam igualmente os consumidores [...]” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 259)

O que este princípio visa coibir não é a publicidade que afeta o “bolso do consumidor”, mas aquela que agride outros valores importantes para a sociedade, como o respeito às diferenças, à proteção da criança, etc.

2.3.5 – Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor

Este princípio decorre dos princípios da veracidade e da não abusividade da publicidade, assim como do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e é adotado pelo Código do Consumidor brasileiro em seu artigo 38 que diz:

“Art. 38 - O ônus a cargo da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Segundo este princípio, a inversão em matéria de publicidade é automática, diferentemente daquela fixada no art. 6º, VIII do CDC, em que, apesar do ônus da prova caber ao consumidor, ele pode e deve ser invertido se, no caso concreto, o Juiz verificar que o consumidor, além de presumidamente vulnerável, é ainda hipossuficiente, ou seja, não consegue, por si só, provar processualmente o seu direito.

Em matéria de publicidade, como dito acima, a inversão não fica a critério do juiz, é obrigatória, pois se refere a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção, que, segundo Benjamim, Marques e Bessa: “a veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 272)

O fornecedor pode trazer alguma prova que o exonere quanto à enganiosidade ou abusividade de sua publicidade, mas não pode se exonerar da responsabilidade civil, demonstrando que “agiu de boa-fé”, pois isto é irrelevante para a responsabilidade civil que é objetiva. Os autores acima citados dizem que: “A inversão do ônus da prova, no art. 38, é *op legis*, independentemente de qualquer ato do juiz, logo, não lhe cabe sobre ela se manifestar, seja no saneador ou em momento posterior”.

Segundo entendimento jurisprudencial dominante, a inversão é obrigatória:

“Desnecessidade de decisão do juiz para atribuí-lo ao patrocinador. O ônus da prova da veracidade e correção da informação publicitária decorre da lei (CDC 38) e cabe a quem as patrocina. Sua atribuição não depende da discricionariedade do juiz.. (TJSP, Ap.255461 – 2/6, DJ 06/04/1995, Rel. Des. Aldo Magalhães).”

Ainda o Decreto 2181/1997 que regulamenta o CDC diz em seu art. 14, § 3º que “o ônus da prova da veracidade (não enganabilidade) e da correção (não abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” (CDC, art.14, § 3º)

2.3.6 – Princípio da transparência da fundamentação da publicidade

Segundo Benjamim, Marques e Bessa (2013, 259), este princípio é reconhecido em conexão com o princípio da inversão do ônus da prova e está expresso no art. 36, parágrafo único do CDC:

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

Parágrafo único: O fornecedor, na publicidade de seus produtos e serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.” (CDC, art. 36)

Por este princípio, o fornecedor deverá manter em seu poder o fundamento do que publicita, ou seja, a prova técnica de que está falando a verdade, para que se evite incorrer na publicidade enganosa, vedada pelo código. Busca-se com este princípio, segundo Garcia garantir que “as informações publicitárias sejam dotadas de veracidade e correção, de modo a evitar que os anunciantes ofereçam vantagens fantasiosas ou irreais dos produtos e serviços.” (Garcia, 2010, 237), ou seja, que não passem de fantasias e o consumidor saiba exatamente o que está levando. Interessante é o exemplo trazido por Garcia:

“Assim, são comuns mensagens de sabão em pó em que o fornecedor elenca uma série de vantagens do produto, inclusive através de “testes comprovados” (muitas vezes, o objeto da publicidade é justamente demonstrar o teste ao consumidor, mostrando, por exemplo, que uma blusa branca suja fica limpa em poucos minutos de imersão em sabão em pó). Nesses casos, o fornecedor deverá comprovar, caso solicitado, que as informações publicitárias são verdadeiras e que não foram colocadas apenas para iludirem os consumidores.” (Garcia, 2010, 237)

O STJ já decidiu sobre o parágrafo único do art. 36 do CDC no seguinte sentido:

“Premiação. Dúvida. Tampa de vasilhame. Ônus da prova. Aplicação do CDC. O CDC abrange a publicidade empregada com a finalidade de aumento de vendas por meio de sorteio de prêmios. A resolução da dúvida acerca da inscrição em tampinhas é ônus do responsável pela promoção publicitária. Incidência do art. 36, parágrafo único, do CDC. (STJ, REsp. 302174/RJ, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJ 15/10/2001).”

O CDC traz ainda, no art. 69, como infração penal o fato de:

“Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena: Detenção de um a seis meses ou multa.” (CDC, art. 69)

Resta saber, nos dizeres de Martins, quem seriam os legitimados a exigirem a informação a respeito dos dados fáticos, técnicos e científicos que sustentam a mensagem publicitária e pergunta: “seria possível informar a cada consumidor individual, legítimo interessado na mensagem publicitária, os dados técnicos? Quem seriam os legítimos interessados?” (Martins, 2006, 134). Para o autor, os legítimos interessados seriam “os legitimados consagrados no art. 82 do CDC, pois estes entes são legitimados à tutela coletiva.”

“CDC, art. 82 - Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).”

O autor ainda diz que o próprio CDC, em seu art. 55, 1º estabelece que: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias” (CDC, art. 55, § 1º), facultando a estes órgãos oficiais expedição de notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência (art. 330 do CP), prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial (CDC, art. 55, § 4º).

2.3.7 – Princípio da correção do desvio publicitário

Segundo Benjamim, Marques e Bessa: “uma vez que o desvio publicitário ocorra, ao lado de sua reparação civil e repressão administrativa e penal, impõe-se, igualmente, que os seus malefícios sejam corrigidos, ou seja, que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 259). É a contrapropaganda, ou seja, a obrigatoriedade de o fornecedor levar a público, através do mesmo canal e na mesma dimensão, a correção da mensagem publicitária. Este princípio tem acolhida pelo Código do Consumidor Brasileiro em seu art. 56, XII que diz:

“Art. 56 - As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...] XII – imposição de contrapropaganda.”

Assim, as infrações às normas de defesa do consumidor se sujeitam a sanções administrativas, civis e penais, podendo até mesmo ser aplicada ao infrator a imposição de contrapropaganda.

2.3.8 – Princípio da lealdade publicitária

O CDC expressamente diz em seu art. 4º, VI que é um de seus princípios:

“coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.” (CDC, art. 4º, VI)

Este princípio, segundo Benjamim, Marques e Bessa: “[...] espraia-se por todo o código, não excluindo, por certo, o terreno fértil para tais práticas atentatórias à concorrência, o marketing.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013. 259)

Garcia diz que este princípio “é usado como parâmetro nas chamadas publicidades comparativas” (Garcia (2010, 241), que é quando o anunciante dá ênfase às características positivas de um produto comparando-o com o seu concorrente, de outra marca. Este tipo de publicidade é permitido, mas há que se observar algumas regras no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) que, em seu art. 32 traz que:

”Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes ao Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contando que respeite os seguintes princípios e limites:

- a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja compatível de comprovação;
- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.” (CBAP, art. 32)

Segundo ainda Garcia, se depois de veiculada, percebe-se que a publicidade não obedeceu estas regras impostas pelo CBAP e pelos princípios consumeristas e, por isso, veio a causar algum tipo de dano ao consumidor, o anunciante poderá ser responsabilizado. Sobre esta responsabilização cita o autor:

“Indiscutível o direito da recorrida de divulgar os seus produtos, destacando suas vantagens, e até exagerando suas qualidades, atitude conhecida como *dolus bonus*, dolo tolerável no comércio em geral. Mas, ao optar pela publicidade comparativa, modo de propaganda albergada pela legislação pátria, em que são feitas considerações e afirmações sobre o produto alheio, o anunciante deve agir com mais prudência, sendo mais rigoroso e contido em suas colocações, a fim de evitar insinuações depreciativas ou inverdades sobre o produto ou serviço do concorrente, para que não incida nas hipóteses do crime da concorrência desleal, previstas nos incisos do art. 195, da Lei nº 9279/96. 2. Da análise pericial, conclui-se que as informações anunciadas pela recorrida relativas à economia, eficiência, segurança, bem como as insinuações sobre as despesas necessárias para adaptação de um sistema a outro, não condizem com a verdade. 3. Restou demonstrado que a campanha publicitária veiculada pela recorrida deixou de observar os limites da publicidade comparativa, esculpido no art.32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, praticando em tese as modalidades da concorrência desleal expressas no art. 195, incisos I, II e III da Lei 9.279/96. (...) 5. A veiculação de propaganda comparativa desprovida de veracidade pela recorrida, denegrindo e depreciando o produto distribuído pela concorrente, trouxe sem dúvida gravames a sua imagem e credibilidade junto a seus clientes, gerando o dever de indenizar, por estarem plenamente caracterizados os requisitos indispensáveis a ensejar reparação civil previstos no art.186 do Código Civil, quais sejam, ação ou omissão dolosa ou culposa, dano e relação de causalidade. (TJPR; ApCiv 0347491 – 7; Araucária;Oitava Câmara Cível;Rel.Juiz Conv.Jorge de OliveiraVargas; DJPR 18/04/2008).”

Ainda, segundo Garcia, o Decreto 2181/97 que regulamenta o processo administrativo dos órgãos de defesa do consumidor, traz normas gerais de aplicação das sanções previstas no CDC e traz também autorização em seu art. 60 de utilização através da publicidade

comparativa, de dados contidos no Cadastro de Reclamações Fundamentadas, contidos no art. 44 do CDC. Diante disso, os órgãos de defesa do consumidor podem divulgar listas comparando preços e outras características, como forma de alerta ao consumidor sobre o mercado de consumo:

“Art. 60 - Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores são considerados arquivos públicos, sendo informações e fontes a todos acessíveis, gratuitamente, vedada a utilização abusiva ou, por qualquer outro modo, estranha à defesa e orientação dos consumidores, ressalvada a hipótese de publicidade comparativa.”

2.3.9 – Princípio da informação

Este princípio não pertence somente ao ramo da publicidade, mas permeia todo o CDC, estando expresso no art. 6º, III que diz que é direito básico do consumidor: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.” (CDC, art. 6º, III). A informação adequada, clara e precisa deve ser oferecida em dois momentos distintos: aquela informação que vem antes do contrato escrito, ou seja, a informação pré-contratual, a publicidade, por exemplo, que leva ao consumidor as informações essenciais sobre o produto ou serviço que se está adquirindo e a informação que lhe é dada no momento da contratação, ou seja, a informação contratual.

O art. 31, segundo Benjamim, Marques e Bessa: “tem, na sua origem, o princípio da transparência, previsto expressamente pelo CDC (art. 4º, *caput*). Por outro lado, é decorrência também do princípio da boa-fé objetiva, que perece em ambiente onde falte a informação plena do consumidor.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 245). Este artigo, segundo os autores, não se limita a obrigar o fabricante ao dever de informar, antes, obriga todos os fornecedores da cadeia de consumo, sejam eles fornecedores, importadores, comerciantes, etc. Todos tem o dever precípua de informar corretamente o consumidor sobre os dados que mais caracterizam o produto ou serviço.

“CDC - art. 31 – A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

Segundo Benjamim, Marques e Bessa: “A Seção II do Capítulo V, relativa a práticas comerciais, cuida, basicamente, da informação pré-contratual, vindo a informação contratual regida pelo Capítulo VI, notadamente pelos arts. 46 e 54, §§ 3º e 4º, do Código.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 245): Interessante ler estes arts:

“CDC - Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

“Art. 54 – Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

“§ 3º- Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

“§ 4º - As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

2.4 – Publicidade Enganosa

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro diferencia publicidade enganosa de publicidade abusiva e trata da publicidade enganosa no art. 37, §1º:

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

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

Nunes nos traz que: “o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou ainda a sua garantia etc.” (Nunes, 2009, 492). O consumidor pensando que está adquirindo um produto ou um serviço está, na verdade levando outro, muitas vezes de qualidade menor ao que se pretendia adquirir, o que também, pouco importa, sendo inferior ou superior, é diferente do que queria adquirir e, se não foi devidamente informado sobre isso, a publicidade é enganosa. O autor cita um tipo de publicidade enganosa, chamada de “informação distorcida” que, segundo o autor este tipo de publicidade:

“será enganosa quando puder compará-la ao produto ou serviço real, concreto, da forma como ele se apresenta, para que serve, como é utilizado etc., e na comparação se puder identificar divergência que haja sido capaz de fazer com que o consumidor tenha adquirido o produto ou o serviço.” (Nunes, 2009, 492)

Para Benjamim, Marques e Bessa, o legislador demonstra extrema antipatia pela publicidade enganosa, dizendo que “Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013. 263), provando uma distorção na maneira como decide o consumidor, muitas vezes o convencendo a adquirir produtos e serviços que, se estivesse bem informado, talvez não adquirisse.

Seguindo os ensinamentos destes autores, “não se exige prova da enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial” e ainda que “é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente.” E continuam dizendo que o anúncio é julgado considerando-se não apenas a sua “literalidade”, mas “toma-se a sua impressão total”, por isso, uma publicidade pode ser verdadeira, mas depois ser considerada enganosa ou abusiva. Na publicidade, alegações ambíguas, que não sejam totalmente verdadeiras podem ser enganosas, por levarem o consumidor a erro na hora da contratação, bastando que apenas um dos sentidos que o anúncio apresenta seja enganoso.

Os autores ainda diferenciam a publicidade falsa da publicidade enganosa, dizendo que a publicidade falsa é um tipo de publicidade enganosa, e ainda dizendo que a publicidade pode ser correta e ao mesmo tempo ser enganosa, por uma informação importante ter sido deixada de fora.

Segundo Garcia, corroborando o entendimento de Benjamim, Marques e Bessa citado acima, “basta a mera potencialidade de engano para caracterizar a publicidade como enganosa, não necessitando de prova da enganabilidade real.” (Garcia, 2010, 239). A constatação é feita abstratamente, procurando verificar se há a capacidade de induzir o consumidor a erro e cita como exemplo deste tipo de publicidade a chamada “publicidade chamariz”, consistente em seduzir o consumidor de maneira enganosa a adquirir algum produto ou serviço. Interessante a análise do exemplo dado por Garcia:

“quando um fornecedor anuncia determinado produto a preço altamente competitivo, mas no momento em que o consumidor vai à loja adquirir o produto é informado de que já havia esgotado o estoque. Assim, outros produtos similares são oferecidos ao consumidor; mas com preços não tão competitivos.” (Garcia, 2010 239).

Para Grinover: “A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado.” (Grinover, et al., 2007, 341). O que se busca reprimir é a capacidade de induzir em erro o ser vulnerável, mesmo que ele não tenha qualquer prejuízo material. “Trata-se, como se percebe, de juízo *in abstracto* e não *in concreto*”. Segundo os autores, para se caracterizar a publicidade enganosa, o dano é considerado um “mero *plus*”, não sendo necessário que haja depoimentos de consumidores efetivamente enganados, para que a configure.

Nunes diz que, para que um anúncio seja considerado enganoso, basta que uma parte dele o seja, o que deve preocupar é o “impacto sobre o consumidor (aliás, o resultado potencial; nem precisa ser real).” (Nunes, 2009, 495). O autor menciona o art. 17 do CBAP que diz o contrário, mas afirma que este regulamento não prevalece ao CDC:

“CBAP - art. 17 – Ao aferir a conformidade de uma campanha ao anúncio aos termos deste Código, o teste primordial deve ser o impacto provável do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo. A partir dessa análise global é que se examinará detalhadamente cada parte do conteúdo visual, verbal ou oral do anúncio, bem como a natureza do meio utilizado para a sua veiculação.”

Cavaleri Filho resume o que seria publicidade enganosa e diz: “Em suma, a pedra de toque para a caracterização da publicidade enganosa é a sua capacidade de induzir em erro o consumidor.” (Cavaleri Filho, 2010, 125)

A lei apresenta dois tipos de publicidade enganosa: *por omissão* e *por comissão*, sendo que, as duas deturpam o que o consumidor deve saber antes de contratar, seja, dizendo menos do que deveria, ou seja, omitindo dados importantes que poderiam interferir na escolha do consumidor (omissão), seja falando mais do que deveria, levando-o a erro por lhe garantir algo que o produto ou o serviço não possui realmente (comissão).

A contrapropaganda é uma das sanções impostas ao sujeito ativo da publicidade enganosa, prevista no CDC, em seu art. 60, que deverá, segundo Garcia (2010, 240), ser divulgada da mesma maneira, tendo o mesmo tempo e o mesmo espaço, no mesmo meio de comunicação, visando, com isso, reparar os malefícios da publicidade enganosa.

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

Além desta sanção prevista, o código brasileiro de defesa do consumidor elenca a publicidade enganosa no capítulo que trata das infrações penais, dizendo que constitui crime contra as relações de consumo:

“CDC - art. 67 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

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

“CDC - art. 68 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.”

“Parágrafo único. (vetado).”

“CDC - art. 69 - Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base á publicidade:

Pena: Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.” (CDC, arts. 67 a 69)

Colaciona-se um julgado do STJ que identifica uma publicidade enganosa:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - MATRÍCULA, FREQUÊNCIA E CONCLUSÃO EM CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO (MESTRADO) NÃO RECONHECIDO PELA CAPES - PUBLICIDADE ENGANOSA DIVULGADA AO DISCENTE - CORTE LOCAL RECONHECENDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DA DEMANDADA, E CONDENANDO-A AO PAGAMENTO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. 1. Danos morais. 1.1 Resulta cristalina a responsabilidade civil da instituição de ensino, que, promovendo a divulgação de propaganda enganosa, oferece curso de pós-graduação (mestrado), mas omite aos respectivos alunos a relevante informação de que não possui reconhecimento e validade perante o órgão governamental competente. A súmula n. 7/STJ, ademais, impede a revisão das premissas fáticas que nortearam as conclusões fixadas no aresto hostilizado. 1.2 O posterior reconhecimento e consequente convalidação, pelo órgão competente, de pós-graduação (mestrado) cursada pela demandante, longo período após a conclusão obtida pela aluna, não elimina o dever da instituição de ensino em indenizar os danos morais sofridos pela discente. Pois, mostra-se evidente a frustração, o sofrimento e a angústia daquela que se viu por mais de 5 anos privada de fruir os benefícios e prerrogativas profissionais colimados quando da matrícula e frequência ao curso de pós-graduação. 1.3 É ilegítimo o arbitramento de indenização por danos morais vinculada ao valor futuro do salário mínimo que se encontrar vigente à época do pagamento. Precedentes. Excessividade do quantum. Adequação do aresto hostilizado no particular. 2. Danos materiais. Pretensão voltada ao ressarcimento dos valores despendidos a título de matrículas, mensalidades, passagens, alimentação e demais gastos com o curso de mestrado. Descabimento. A superveniente convalidação do diploma de pós-graduação obtido pela demandante, torna indevida a indenização por danos materiais, concernentes às despesas para frequência ao curso. 4. Recurso parcialmente provido.”

Em Portugal, segundo Chaves (2005, 192), o Código de Publicidade (Cód. Pub) proíbe este tipo de publicidade e explica: “é aquela que utiliza artifícios que induzam ou possam

induzir em erro os seus destinatários, independentemente de lhes causar qualquer prejuízo económico ou poder prejudicar um concorrente.”

No art. 11.º, n. 1 do Cód. Pub. português lê-se:

“1 – É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.”

“2 - No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade.”

“3 - Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.”

“4 - (Revogado pelo Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março.)”

“5 - (Revogado pelo Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março.)”

O Cód. Pub ainda traz a possibilidade de medidas cautelares em caso de publicidade enganosa:

“Art. 41º - Medidas cautelares

1 – Em caso de publicidade enganosa, publicidade comparativa ilícita ou de publicidade que, pelo seu objecto, forma ou fim, acarrete ou possa acarretar riscos para a saúde, a segurança, os direitos ou os interesses legalmente protegidos de seus destinatários, de menores ou do público a entidade competente para a aplicação das coimas previstas no presente diploma, sob proposta das entidades com competência para a fiscalização das infracções em matéria de publicidade pode ordenar medidas cautelares de suspensão, cessação ou proibição daquela publicidade, independentemente de culpa ou da prova de uma perda ou de um prejuízo real.

2 – A adopção das medidas cautelares a que se refere o número anterior deve, sempre que possível, ser precedida da audição do anunciante, do titular ou do cessionário do suporte publicitário, conforme os casos, que dispõem para o efeito do prazo de três dias úteis.

3 – A entidade competente para ordenar a medida cautelar pode exigir que lhe sejam apresentadas provas de exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade, nos termos do disposto nos n.os 4 e 5 do art. 11.º.”

A Lei 24/96 traz em seu art. 7º, 4 que “A publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores.”

Seguindo os ensinamentos de Chaves (2005, 194), é muito frequente processos na CACMP que tem por prática fatos que indicam a existência de “ilícitos contra-ordenacionais” de publicidade enganosa, sendo, nos dizeres do autor, um dos ilícitos mais frequentes. O autor diz que essas práticas não se restringem apenas às vendas por correspondência ou as vendas a domicílio:

“constantemente as pessoas são abordadas na rua, no domicílio, via postal ou por telefone, com o mesmo tipo de métodos agressivos, apenas com o intuito de manipularem os consumidores a adquirirem os produtos, pressionando-os através de sessões de “esclarecimento” ou submetendo-os a exposições prolongadas, criando

um ambiente comprometedor e intimidatório que induz à obtenção de uma assinatura, num qualquer contrato de compra do bem ou serviço publicitado.”

No direito português as chamadas práticas comerciais desleais se dividem em dois grupos: “práticas comerciais enganosas” e “práticas comerciais agressivas”. As práticas enganosas, nos dizeres de Leitão (2006, 160), conforme Anteprojeto e Diretiva relativa às práticas comerciais desleais se dividem em: “acções enganosas e omissões enganosas.”

Segundo o autor, as “acções enganosas vêm previstas no art. 132º do Anteprojecto e, conforme o próprio nome indica, serão aquelas que visam enganar o consumidor para que esse adquira bens ou serviços.”. Considera-se também para o autor:

“acções enganosas nos dizeres do autor: “as práticas comerciais que sejam suscetíveis de distorcer o comportamento económico do consumidor médio e envolvam actividades de *marketing*, por exemplo, publicidade comparativa que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente.”

Já as “omissões enganosas” vêm previstas no art. 133º do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor e se referem:

“[...] às praticas comerciais que omitam, ocultem ou apresentem de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, uma informação substancial para que o consumidor médio possa tomar uma decisão esclarecida, bem como aquelas em que não seja revelado o objectivo comercial da prática em causa e este se não possa depreender do seu contexto.” (Leitão, 2006, 163)

Para o CDC, estas práticas são chamadas de “publicidade enganosa por omissão e publicidade enganosa por comissão” que, a seguir, falar-se-á.

2.4.1 – Publicidade enganosa por omissão

Benjamim, Marques e Bessa (2013, 267) ensinam que a publicidade pode ser enganosa tanto pelo que diz como pelo que deixa de dizer, suprimindo dados essenciais e, por isso se tornando omissa. Aqui, não se diz nada falso, pelo contrario, se deixa de dizer algo essencial do produto ou serviço que poderia alterar a decisão do consumidor. É claro que, nos exíguos minutos disponibilizados pelos veículos de comunicação, a preço singular, não se poderia obrigar o fornecedor a esclarecer todos os dados de seu produto ou serviço, por isso, somente aquelas informações “essenciais” que tenham o condão de levar o consumidor a adquirir o

produto ou o serviço, são obrigatórias. E dizem que “é considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça.”

Para Garcia: “Informação “essencial” é aquela cuja ausência pode influenciar o consumidor nas compras, uma vez que relevante aos produtos ou serviços e o consumidor a desconhece.” (Garcia, 2010, 238). Esta publicidade enganosa por omissão consiste na inobservância da necessidade de se trazer qualificações necessárias a uma afirmação, na omissão de fatos materiais ou na informação inadequada, que leva o consumidor a erro. E completa Nunes que “essencial é todo dado que é “simultaneamente” inerente ao produto ou serviço e desconhecido do consumidor.” (Nunes, 2009, 504)

Elucidativo é o exemplo proposto por ele:

“Por exemplo, não é omissão deixar de informar que um automóvel tem direção; que os pneus são de borracha, e que para pará-lo é preciso pisar no breque, pois são dados que, apesar de inerentes ao produto e essenciais para sua utilização, são por demais conhecidos pelo mercado e pelo consumidor, fazendo parte de sua experiência regular, não afetando a publicidade só porque não são apresentados.”
Por sua vez, seria omissão “não informar que um apartamento vendido com preço diferenciado, bem abaixo do mercado, em região nobre e nova (isto é, que acaba de ser construído), não tem vaga de garagem. O pressuposto é que apartamentos novos em regiões nobres sempre tenham vaga de garagem. Se aquele não tem, é um dado essencial que precisa ser veiculado.” (Nunes, 2009, 504)

A doutrina conceitua dado essencial como sendo: “[...] aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça.” (Grinover et al, 2007, 348), e cita como exemplo:

“O bom exemplo, tirado do mercado brasileiro, é o anúncio, feito pela Phillips, de um televisor *stereo*, o primeiro a ser comercializado no País. Só que o anunciante deixou de informar ao consumidor que tal qualidade especial – que o distinguiu de seus similares – só era alcançável com a aquisição à parte, de uma peça específica. Ora, o dado relevante para aquela aquisição – e por isso essencial – era exatamente a sua qualidade de sonoridade *stereo*.” (Grinover, *et.al*, 2007, 348)

O CDC trata deste tipo de publicidade no art. 37, §3º:

“CDC - art. 37 - [...]

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.” (CDC, art.37)

Chaves informa que para identificar se uma publicidade é ou não enganosa, há que se considerar um termo médio: “A medida padrão determinativa da enganabilidade da publicidade, será o *destinatário médio*.” (Chaves, 2005, 197) Este não é, nos dizeres do

autor, um conceito fácil de explicar, pois, há variação de público-alvo da mensagem publicitária.

Grinover [et.al.] diz:

“Nesta avaliação do potencial de induzimento em erro do anúncio, considera-se não apenas o consumidor bem informado e atento, mas também aquele outro que seja ignorante, desinformado ou crédulo. Afinal, “aquilo que for enganoso para um consumidor pode não sê-lo, em alguns casos, para outros.” (Grinover et.al., 2007, 343)

2.4.2 – Publicidade enganosa por comissão

Já a publicidade enganosa por comissão decorre de uma informação positiva que não corresponde exatamente ao que se quer ofertar, afirmando-se aquilo que não é, falando-se mais do que deveria dizer, levando, por isso, o consumidor a erro. Segundo Grinover, a publicidade enganosa por comissão: “decorre de um informar positivo que não corresponde à realidade do produto ou do serviço. Afirma-se aquilo que não é.” (Grinover *et al.*, 2007, 344)

2.5 – Publicidade Abusiva

A doutrina diz “a publicidade abusiva é aquela que fere a vulnerabilidade do consumidor, podendo ser até mesmo verdadeira, mas que, pelos seus elementos ou circunstâncias, ofendem valores básicos da sociedade.” (Garcia, 2010, 240).

O CDC traz o conceito de publicidade abusiva no art.37, § 2º que diz:

“É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. (CDC, art. 37, § 2º)

Segundo o citado autor, o anunciante responde objetivamente “pelos danos que seu anúncio vier a causar”, não sendo necessário verificar a má-fé ou boa-fé.

Para Benjamim, Marques e Bessa (2013, 269), esta modalidade de publicidade é uma grande novidade mesmo em países mais desenvolvidos. Estes autores dizem que o artigo em comento elenca, “de forma exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva” e, em todas elas, verifica-se que visam coibir ofensa a valores da sociedade como “o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação (conceito que não se confunde com deficiência mental), à segurança e à sensibilidade do consumidor”. Alertam que, quando se

fala em publicidade abusiva, não se está a falar de prejuízos econômicos ao consumidor, como a publicidade enganosa. Para estes autores, o direito ainda não define exatamente o que é publicidade e sugerem que “se trata de uma noção plástica, em formação.”

2.6 – A autorregulamentação publicitária

No início dos anos 80, o governo, sentindo necessidade de autorregulamentar a publicidade, segundo informações de Ticianelli: “no dia 05/05/1980 a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), a Associação Brasileira de Agências de Propaganda (ABAP), a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ALBERT), a Associação Nacional dos Editores de Revistas (ANER), a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a Central de Outdoor fundaram o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR)” (Ticianelli 2007, 38) e, segundo o autor, a instrumentaliza pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Ainda hoje, no mundo capitalista em que vivemos e onde o consumo impera, a publicidade tem um importante papel no desenvolvimento da economia, fomentando a concorrência e informando o consumidor sobre as características essenciais dos produtos e serviços que pretende adquirir. Porém, como tudo que está no mercado de consumo, é necessário que haja regulamentação e com a publicidade não é diferente.

Benjamim, Marques e Bessa dizem que há três formas de controle da publicidade: “por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 252- 253). Os autores ainda explicam que somente o Estado detém legitimidade para elaborar normas de controle da publicidade, havendo também o controle exclusivamente privado em que “só os partícipes privados do fenômeno tem voz” e ainda mencionam o sistema misto que “faz da convivência e da competição normativa e implementadora sua principal característica.”. Para os autores este sistema misto é o “modelo ideal” por aceitar as duas formas de controle, estatal e privada, abrindo espaço para órgãos como o CONAR e para a lei como o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e ainda para o controle por parte do Estado, seja administrativamente, seja através do Judiciário. Segundo eles, “essa foi a opção do Código de Defesa do Consumidor.”

O controle interno da publicidade, portanto, é realizado por um órgão específico, ligado ao setor publicitário e por leis específicas. Segundo Chaves: “os primeiros organismos de autodisciplina foram implementados durante os anos sessenta, em resposta ao movimento

dos consumidores em países como o Reino Unido, a Holanda e a Suíça, seguidos por outros países durante os anos setenta e oitenta.” (Chaves, 2005, 291). Ainda, de acordo com o mesmo autor, “Em Portugal e na Grécia, os organismos de autodisciplina são mais recentes.” (Chaves, 2005, 291).

A autorregulamentação publicitária se dá pela necessidade que se sentiu de evitar que o Estado interferisse sobremaneira na liberdade publicitária, evitando-se, com isso, a censura. Sobre o assunto no Brasil, Chaves diz: “A autorregulamentação publicitária é fruto de um movimento desta classe para evitar a ingerência estatal nos destinos da publicidade e a correspondente censura que ocorreu na década de setenta.” (Chaves, 2005, 297). Esta autodisciplina seria feita por um controle interno da publicidade através de um órgão ligado ao setor, cuja promoção é feita através de códigos de ética e conduta.

Assim, o autor menciona que: “Em 1978 foi editado o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP).” Este código foi aprovado pelo III Congresso Brasileiro de Propaganda passando a ser aplicado por uma comissão nacional. Após, foi preciso, porém, transforma-lo em lei para conferir coercibilidade às suas sanções. Em 1980 foi fundado o CONAR– Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, segundo o autor, “formado por várias entidades representativas, entre elas das agências de publicidade, dos suportes e dos anunciantes e ainda por entidades de defesa do consumidor.” (Chaves, 2005, 297).

Este Conselho contém normas de caráter privado e sujeita os infratores a penalidades como advertência, recomendação para alteração do anúncio, recomendação para suspensão da divulgação do anúncio e recomendação para fazer publicidade da decisão do CONAR através dos suportes pelo desrespeito das medidas recomendadas.

Como se pode notar, as recomendações do CONAR não são vinculativas, são apenas conselhos, normas de conduta, recomendações sem grande força coercitiva e, por este motivo, o autocontrole não surtiu o efeito esperado. Neste sentido, a opinião de Bittar, que diz que a ação do CONAR, por mais saneadora que tenha sido não impediu que “inúmeras mensagens incompatíveis com os citados valores povoassem televisões, revistas, rádios, jornais e outros veículos de comunicação, a exigir a criação de regime jurídico-estatal de controle da publicidade.” (Bittar, 1992, 128). Entendeu-se que, o sistema autorregulamentar não era suficiente para banir e punir os excessos, assim o CDC brasileiro aderiu a um sistema misto que, conjuntamente com a autorregulamentação funcionam os sistemas judiciais e administrativos.

Segundo o site do CONAR, este conselho “atende a denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados ou ainda formuladas pela própria diretoria”. Tão logo feita a denúncia, o Conselho de Ética do CONAR que é o órgão soberano na fiscalização e também responsável pelo julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do disposto no Código, se reúne e a julga, sempre com direito de defesa do acusado.

Se a denúncia for procedente, após instaurado processo administrativo, garantindo a ampla defesa e contraditório, o CONAR recomenda aos veículos de comunicação que suspendam a exibição da peça ou indica correções à propaganda.

Nos ensinamentos de Coelho, o CONAR tem competência para imposição de quatro tipos de sanções: “advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de suspensão da veiculação e divulgação da posição do CONAR.” O autor ensina que a penalidade mais branda é a advertência e que a mesma é aplicada contra os anúncios que são menos lesivos aos consumidores, embora infrinjam o código. Já a recomendação que é feita de correção do anúncio “é penalidade reservada àqueles casos em que a mudança na forma ou no conteúdo da publicidade se revela já suficiente para o atendimento às disposições do CBAP.” (Coelho, 1994, 240). O autor ainda fala que a recomendação aos veículos no sentido de que suspendam a divulgação da publicidade “cabe na hipótese em que a infringência ao código revela-se tão grave que somente a proibição da veiculação do anúncio se mostra capaz de tutelar adequadamente os interesses prestigiados pela auto regulação publicitária.” (Coelho, 1994, 240).

Do site do CONAR, retiram-se as seguintes explicações sobre o funcionamento deste Órgão tão importante para a autorregulamentação publicitária:

“O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária nasceu de uma ameaça ao setor: no final dos anos 70, o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda. Se a lei fosse implantada, nenhum anúncio poderia ser veiculado sem que antes recebesse um carimbo “De Acordo” ou algo parecido.

Assim, surgiu a ideia de uma autorregulamentação, sintetizada num Código, que teria a função de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor.

Logo em seguida, era fundado o Conar, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, uma ONG encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

O Conar atende a denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados ou ainda formuladas pela própria diretoria. Feita a denúncia, o Conselho de Ética do Conar - o órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do disposto no Código - se reúne e a julga, garantindo amplo direito de defesa ao acusado. Se a denúncia tiver procedência, o Conar recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda. Pode ainda advertir anunciante e agência. O Conar repudia qualquer tipo e não exerce em nenhuma hipótese censura prévia sobre peças de propaganda. Anúncios que, porventura, contenham infração flagrante ao Código

têm sua sustação recomendada de forma liminar aos veículos de comunicação. O Conar é capaz de adotar medida liminar de sustação no intervalo de algumas horas a partir do momento em que toma conhecimento da denúncia.”(CONAR)

Segundo o CONAR, os preceitos básicos que definem a ética publicitária são:

- “- todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país;
- deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais;
- de ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor;
- deve respeitar o princípio da leal concorrência;
- deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.” (CONAR)

Benjamim, Marques e Bessa dizem que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária não era suficiente para impedir todo o desrespeito cometido contra os consumidores, daí ter o CDC buscado um sistema misto de controle, como já dito acima “conjugando autorregulamentação e participação da administração e do Poder Judiciário.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 256).

Para Nunes: “o anuncio que contrariar as disposições da norma auto regulamentadora será tido como enganoso porque viola o princípio da boa-fé estabelecido no CDC.” (Nunes, 2009, 503). E ainda afirma que, em havendo conflito entre o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e as regras da Constituição da República Federativa do Brasil e/ o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, estes dois últimos irão prevalecer, por questão de hierarquia, sendo que a CRFB prevalece ao CDC e os dois ao CBAP, o que, na visão do autor: “não tira o caráter suplementar importante do texto disciplinar.”

Já em Portugal, ainda segundo Chaves (2005, 298), o Código de Práticas Leais em Matéria de Publicidade (CPLMP) é o documento base em matéria de práticas corretas da publicidade. Este Código é observado em qualquer tipo de publicidade e traz normas relativas à moralidade, à decência e ao respeito ao consumidor que deve ser observado por todo agente do setor publicitário, principalmente quando esta publicidade é voltada para as crianças, que é um ser considerado pela doutrina como hipervulnerável, como já dito.

O autor fala da importância da autodisciplina, dizendo que a sua eficácia é “plenamente reconhecida na medida em que intervém no plano ético-deontológico, aquando da criação do anúncio, antes da difusão da mensagem ou mesmo no começo desta, impedindo a realização do delito e os danos que poderia causar.” (Chaves, 2005, 298). Estes mecanismos usados para regulamentar são importantes devido à existência da publicidade enganosa e da

publicidade abusiva que levam o consumidor a erro e são de interesse também dos publicitários que devem manter a imagem e seu bom nome.

A Associação Portuguesa de Anunciantes (APAN) assumiu a criação e promoção de uma comissão de autodisciplina da publicidade nos finais dos anos de 1990 que mais tarde se converteria no Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade (ICAP), que, segundo Chaves: “reúne nos órgãos deliberativos e executivos os representantes dos anunciantes, agência de publicidade e meios de comunicação” e que tem como objetivo defender a ética dentro da comunicação publicitária.

Almeida (2012, 234) tenta demonstrar quais são as vantagens da autorregulamentação para os consumidores e para a indústria publicitária dizendo que: “[...] a autorregulamentação acompanha mais rapidamente a evolução social do que a lei e, sendo mais clara e flexível, adapta-se mais facilmente às especificidades da comunicação comercial individual do que os princípios genéricos contidos na lei.”. E ainda continua dizendo que:

“Por outro lado, na medida em que evita a complexidade e a morosidade de um processo administrativo ou judicial, permite a obtenção de uma decisão acessível, rápida, eficaz, adequada e com baixos custos financeiros ou sem esses custos, no caso de a denúncia ser feita pelo consumidor, uma vez que o sistema é financiado pelos operadores da indústria publicitária.”

É importante lembrar que a autorregulamentação deve procurar sempre ser imparcial e resguardar os interesses não apenas de quem a patrocina, mas do consumidor em potencial, que é o destinatário da publicidade lícita. Segundo relatos de Almeida:

“Em 2010, 26 organismos europeus de autorregulamentação publicitária receberam 53.442 queixas respeitantes a conteúdos publicitários e promoveram, por sua iniciativa, 10.079 investigações. Cerca de 75% das referidas queixas, cifradas num total de 37.957, foram apresentadas pelo público em geral. Quanto ao tempo de resolução, aproximadamente 68% das enunciadas queixas foram resolvidas, em média, em menos de um mês. Refira-se ainda que, do total das queixas apresentadas, cerca de um terço (35, 18 % foram resolvidas informalmente e apenas 0,97% foram remetidas para as autoridades reguladoras oficiais. No mesmo ano, os 22 organismos europeus que ofereciam o serviço de *Copy Advice* ou de apreciação *a priori* ou preventiva receberam 64.334 pedidos nesse sentido e 75% desses pedidos foram resolvidos, dentro de 72 horas.” (Almeida, 2012, 235).

Em Portugal esta autorregulamentação é feita pelo Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP), acima mencionado, que é, nos dizeres da autora, uma instituição privada sem fins lucrativos e que foi criada em 1991, pelos agentes do setor económico – anunciantes, agências de publicidade e meios de comunicação, “com o objetivo de implementar em Portugal o sistema de autorregulamentação.”

Perseguindo esta competência o ICAP aprovou em 1991, o Código de Conduta em Matéria de Publicidade, que, segundo Almeida (2012, 237): “[...] acolheu regras sobre decência, honestidade, lealdade e veracidade das comunicações comerciais, com clara inspiração bebida do Código das Práticas Leais em Matéria de Publicidade da autoria da Câmara de Comércio Internacional [...]”. Este código, segundo a autora, foi revisto a última vez em 2010, passando-se a designar “Código de Conduta em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial.”

2.7 – Da oferta

Conforme dito no tópico referente ao princípio da vinculação à mensagem publicitária, tão logo a publicidade seja divulgada e chegue ao conhecimento do consumidor de alguma maneira, o anunciante a ela se vincula conforme art. 30 do CDC que diz: “toda informação ou publicidade [...] obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (art. 30, CDC). Com isto o código quer dizer que, uma vez feita a oferta, o consumidor não pode dela se eximir e deve cumpri-la em toda sua integralidade, sob pena de incorrer em publicidade enganosa, tão prejudicial à livre concorrência e ao mercado em geral. Cavalieri Filho (2010, 91) diz que o “Código de Defesa do Consumidor confere um novo tratamento à publicidade, a começar pela sua força vinculante.”. Diz o autor que qualquer publicidade feita, desde que precisa e clara, traz obrigação de cumprimento ao fornecedor que “a fizer veicular ou dela se utilizar”, independentemente da forma que for feita e do veículo de comunicação utilizado, passando a ser parte integrante do contrato que for celebrado. O autor diz: “É simples assim: prometeu, cumpriu!”

Nunes então pergunta: “[...] não haveria erro escusável? Não pode o fornecedor voltar atrás na oferta se agiu em erro ao veiculá-la? E o próprio autor responde dizendo que não, mas diz que há uma exceção que é quando a própria mensagem deixa patente o erro, pois, caso contrário, o fornecedor sempre poderia alegar que agiu em erro para negar-se a cumprir a oferta.” (Nunes, 2015, 468).

2.8 – Irretratabilidade da oferta publicitária

O anunciante não pode se negar a cumprir o que prometeu, mesmo que alegue que houve um erro e que este erro não lhe é atribuível, mas sim, a terceiro que atue em seu nome. O STJ já decidiu neste sentido, o que é interessante analisar:

“A fornecedora de refrigerante que lança no mercado campanha publicitária sob forma de concurso com tampinhas premiadas não se livra de sua obrigação ao fundamento de que a numeração é ilegível. O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora – que se beneficia com a publicidade – exonerar-se do cumprimento de sua promessa porque a numeração que ela mesma imprimiu é defeituosa” (STJ, REsp 396.943, j. 02.05.2002, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar).

Se ao anunciante não é permitido recusar cumprimento à oferta, tampouco revoga-la após a publicação. Nesse sentido, Benjamim, Marques e Bessa:

“Independendo o fato publicitário da vontade para produzir efeitos, é juridicamente irrelevante qualquer atuação posterior do polícitante publicitário no sentido de limitar, reorganizar ou extinguir os resultados vinculantes de seu discurso, eficazes a partir do momento em que se deu a exteriorização (*rectius*, “exposição”, consoante o art. 29 do CDC”. Benjamim, Marques e Bessa (2013, 245).

Assim, entende-se que o anunciante não pode se retratar, voltar sua palavra atrás e não cumprir o que prometeu, mesmo que ocorra um erro que não lhe seja atribuível, como, por exemplo, um preço que saiu com erro de digitação no panfleto de ofertas em supermercado, por erro da impressão da gráfica contratada.

Os autores acima citados chamam a atenção, porém, para a possibilidade de o anunciante limitar no tempo a sua oferta, “desde que o faça antes de sua veiculação.” E completam: “Pretender fazê-lo após a exposição do consumidor é expulsar, pela porta dos fundos, o princípio da vinculação da oferta, pedra angular do sistema do CDC.”

CAPITULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA

3.1 – Conceito

Numa relação, sempre que um se veja prejudicado pelo outro, seja por culpa ou dolo, ou mesmo sem análise destes elementos, como é o caso da relação consumerista, pode-se exigir que haja uma reparação do ilícito, ou seja, que a pessoa que causou o dano, com ou sem culpa, assuma sua responsabilidade pelo ressarcimento.

A doutrina de Gama ensina que:

“As responsabilidades civis, comerciais e administrativas decorrem sempre de três fatores de culpa civil:

1º) a culpa por ação ou omissão próprias do fornecedor;

2º) a culpa *in eligendo*, em que o fornecedor é responsabilizado em razão de ter eleito um preposto que tenha agido errado;

e 3º) a culpa *in vigilando*, em que a pessoa eleita pelo fornecedor não tenha sido adequadamente vigiada nos seus tratos em nome do fornecedor.” (Gama, 2008, 57)

O autor ainda classifica as responsabilidades civis em razão do grau de culpa em:

“a) são individuais, quando a culpa é exclusiva do fornecedor em razão de ações ou omissões dele próprio. São dessa classe as responsabilidades pelos danos causados em razão de erros, falhas ou mesmo da ignorância tecnológica do fornecedor;

b) são solidárias, quando qualquer um dos envolvidos numa produção ou numa oferta pode ser chamado individual ou coletivamente para cumprir a obrigação de reparar os danos causados ao consumidor, caso em que os direitos regressivos podem ser exercidos depois de satisfeito integralmente o direito indenizatório do consumidor. São dessa classe os danos causados em razão de defeitos ou vícios de um determinado componente, bem como as obrigações de repor produtos ou de consertá-los, quando um dos fornecedores que tenha integrado o fluxo para os produtos chegarem ao consumidor é demandando em razão da solidariedade passiva existente pode decorrer dos vínculos negociais que se estabelecem entre os fornecedores;

c) são subsidiárias, quando o devedor secundário só pode ser demandado depois de demandado o devedor principal. São dessa classe o caso das responsabilidades das sociedades envolvidas num grupo societário onde controladoras e controladas respondem umas pelas outras quando algumas delas enfraquece. A associada à devedora secundária só pode ser demandada depois de acionado o devedor principal.”

O CC divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual ou aquiliana. O CDC, diferentemente, não se preocupa com esta divisão trazida pelo Direito Civil, preocupa-se apenas com a existência de uma relação jurídica de consumo, que, causando algum tipo de

dano ao consumidor gerará a responsabilidade civil, não interessa se contratual ou extracontratual. Nesse sentido, nos ensinamentos de Garcia (2010, 116), no CDC tem-se a “teoria unitária da responsabilidade civil”, também chamada de “teoria da qualidade”. Segundo ele “a responsabilidade pelo vício de qualidade instituída por nosso CDC representa a consagração de um dever de qualidade, anexo à atividade do fornecedor e fundado no princípio da proteção à confiança”. Este dever de qualidade, ainda seguindo Garcia, faz com que o produto ou serviço esteja livre da presença de “vício de qualidade por insegurança ou por inadequação”, sendo a fonte da responsabilidade, tanto se for contratual ou extracontratual e isso dispensa qualquer vínculo contratual entre o consumidor e qualquer um dos fornecedores da cadeia de consumo, responsabilizando-os solidariamente no caso de vício do produto ou serviço. Segundo o autor: “A aproximação entre os dois tipos de responsabilidade tende a uma uniformização de soluções, bem como uma harmonização dos conceitos.”

Uma das principais modificações trazidas pelo direito consumerista é o afastamento da responsabilidade baseada na culpa, trazendo o código a “responsabilidade objetiva”, ou seja, a responsabilidade sem análise da intenção do fornecedor. Esta responsabilidade facilita a tutela do consumidor, ente presumidamente vulnerável, que não precisa provar a culpa do fornecedor de produtos e serviços porque, muitas vezes ou, na maioria delas, o consumidor não detém prova necessária do que está falando, devido à sua condição de vulnerável e muitas vezes hipossuficiente, o que o prejudicaria muito se precisasse comprovar o seu direito.

E ainda, Nunes (2009, 498) diz que não se pode olvidar que o anúncio publicitário é feito unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, no caso, o anunciante, que, nele pode colocar o que quiser, por isso, deve assumir a responsabilidade sobre o que publica, por sua conta e risco. Se este anúncio viola as regras do CBAP ou do CDC, será enganoso e, se expuser o consumidor a algum tipo de dano, poderá gerar responsabilidade civil.

3.2 – Tipos de responsabilidade civil

3.2.1 – Responsabilidade civil objetiva

Como já dito, a responsabilidade civil objetiva independe de comprovação de culpa do fornecedor de produtos e serviços em qualquer uma de suas modalidades, negligência, imperícia e imprudência, bastando que se demonstre o dano e o nexo causal entre dano e o produto ou serviço adquirido e o CDC a adota em quase toda a sua integralidade, favorecendo assim, a tutela do consumidor.

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE CONSUMO – RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. É objetiva a responsabilidade do produtor na hipótese de acidente de consumo. Responde, assim, perante o consumidor ou o circunstante, fábrica de refrigerantes em razão do estouro de vasilhame, ocorrido em supermercado. Não é o comerciante terceiro, ao efeito de excluir a responsabilidade do produtor, ainda que o fosse, incumbe ao fabricante a demonstração inequívoca de que o defeito inexistia no produto, a caracterizar exclusividade de ação (dita culpa exclusiva) do comerciante (TJRS – 6ª Câmara. Civ. – ApCiv 598081123 – rel. Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Junior – j. 10.02.1999).”

“EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONSUMIDOR – ACIDENTE DE CONSUMO – COMBUSTÃO DE GÁS DOMÉSTICO EM RAZÃO DE DEFEITO DE BOTIJÃO.

1. Fato do produto. Defeito intrínseco. Art. 12, CDC. ÔNUS DA PROVA. Tratando-se de acidente de consumo, decorrente de defeito intrínseco do produto – vício de fabricação ou montagem da válvula reguladora do botijão -, não se cogita da investigação da culpa. Para elidir a sua responsabilidade, cumpre ao fornecedor comprovar que não colocou o produto/serviço no mercado, que o defeito não existe, ou que a culpa é exclusiva (não concorrente) do consumidor ou de terceiro. O encargo probatório – mediante distribuição legal – é do fornecedor. 2. Responsabilização da fornecedora. Demonstrada a existência do fato danoso, do nexo causal e , ainda, da ausência de culpa da vítima, impõe-se à responsabilização da fornecedora. 3. Dano moral. Valor. Circunstâncias devidamente sopesadas pela sentença, considerando a repercussão de ordem moral do dano imputado à autora, que não recomendam a almejada alteração no *quantum* arbitrado. (TJRS – 2ª Câmara. De Férias Cível – Ap. Civ. 599007002 – rel. Des. Jorge Luis Dall’Agnol – j. 11.05.1999).”

Para Nunes: “[...] do ponto de vista do dever de indenizar, a responsabilidade civil do agente é objetiva, oriunda do risco integral de sua atividade econômica.” (Nunes, 2015, 223). E continua: “[...] na apresentação dos princípios e direitos básicos do consumidor, a lei garante ao consumidor a reparação integral dos danos patrimoniais e morais (no inciso VI do art.6º).” (Nunes, 2015, 223). Cita o autor que quando, “na Seção II do Capítulo III (nos arts. 12 a 17), o CDC determina a reparação dos danos, está-se referindo à ampla reparação dos danos materiais (patrimoniais), morais, estéticos e à imagem.” Nunes ainda preleciona que:

“Poder-se-ia dizer que antes – por incrível que possa parecer – o risco do negócio era do consumidor. Ele quem corria o risco de adquirir um produto ou um serviço, pagar seu preço (e, assim ficar sem o seu dinheiro) e não poder dele usufruir adequadamente ou, pior, sofrer algum dano. É extraordinário, mas esse sistema teve vigência até 10 de março de 1991, em flagrante injustiça e inversão lógica e natural das coisas. Agora, com a lei 8078, o risco integral do negócio é do fornecedor.” (Nunes, 2015, p. 220).

Já Garcia doutrina sobre fato do produto ou do serviço em que “a responsabilidade objetiva adotada pelo CDC foi a do risco da atividade e não a do risco integral. Isto se

demonstra claramente, segundo o autor, pois o artigo previu hipóteses que irão mitigar tal responsabilidade.” (Garcia, 2010, 119) as quais serão mencionadas adiante.

Há entendimentos jurisprudenciais de que a teoria adotada é a do “risco da atividade”; neste sentido, alguns julgados:

“EMENTA: AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA E DANOS MORAIS - FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO - SOLICITAÇÃO DE BLOQUEIO JUNTO À ADMINISTRADORA - COMPRAS REALIZADAS POR TERCEIRO - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA RECURSAL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - AFASTADA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA - FALTA DE DILIGÊNCIA DO FORNECEDOR - SOLIDARIEDADE DE TODOS OS QUE INTEGRAM A CADEIA DE FORNECEDORES DO SERVIÇO - TEORIA DA APARÊNCIA - RISCO DA ATIVIDADE - SERVIÇO DEFEITUOSO (ART.14, CDC) - DESCONSTITUIÇÃO DO DÉBITO - SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Recurso conhecido e desprovido. , resolve esta Turma Recursal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos exatos termos do voto. (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0011395-87.2012.8.16.0182/0 - Curitiba - Rel.: Leonardo Silva Machado - - J. 21.10.2014).”

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIANÇA QUE CAIU DE BRINQUEDO LOCALIZADO EM ESPAÇO DESTINADO À RECREAÇÃO DO PÚBLICO INFANTIL. REDE DE LANCHES RÁPIDOS. "FAST FOOD". MAC DONALDS. FORNECEDOR DE SERVIÇO. RISCO INERENTE À ATIVIDADE POTENCIALMENTE PERIGOSA. LESÕES CORPORAIS. ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. ART. 14, § 1º, I a III, DO CDC. Adotada a teoria do risco do empreendimento pelo Código de Defesa do Consumidor, todo aquele que exerce atividade lucrativa no mercado de consumo tem o dever de responder pelos defeitos dos produtos ou serviços fornecidos, independentemente de culpa. Responsabilidade objetiva do fornecedor pelo defeito do serviço prestado. Queda de brinquedo do parque de recreação infantil de uma criança de quatro anos de idade, que sofreu contusões e escoriações. Ao disponibilizar esse equipamento ao público frequentador do seu estabelecimento comercial, a empresa ré certamente o fez visando atrair maior clientela e obter proveito econômico. Ademais disso, a atividade recreativa ou de lazer disponibilizada à clientela infantil integra o serviço prestado pela demandada, que deve arcar com os riscos dela decorrentes. O fornecedor de serviços que proporciona tais atividades não pode se eximir por completo de responder pelos fatos danosos que ela possa propiciar. Risco inerente à atividade potencialmente perigosa. DANO MORAL IN RE IPSA. Verificada lesão corporal sofrida por menor impúbere, o dano moral decorre do próprio fato, verifica-se "in re ipsa", dispensando a prova do efetivo prejuízo. ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. VALOR FIXADO NA SENTENÇA AQUÉM DOS PARÂMETROS USUALMENTE ADOTADOS PELO COLEGIADO EM SITUAÇÕES SIMILARES. Montante da indenização arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70054880612, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/08/2014).”

3.2.2 – Responsabilidade civil subjetiva

Excepcionalmente, o CDC traz a responsabilidade subjetiva, que é aquela que é verificada após a comprovação da culpa do fornecedor de produtos e serviços. Esta exceção é vista no CDC quando trata da responsabilidade dos profissionais liberais no caso de fato do produto, dizendo que: “A responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (CDC, art. 14, § 4º). Esta é a única exceção prevista no código e, dizeres de Nunes:

“A responsabilidade do profissional liberal em caso de defeito ou de vício da prestação de seu serviço será apurada mediante culpa, sendo que isso:

- a) independe do fato de o serviço ser prestado efetivamente com a característica *intuitu persona*, firmado na confiança pessoal ou não;
- b) também independe de a atividade exercida ser de meio ou de fim;
- c) ainda independe de o profissional liberal ter ou não constituído sociedade profissional. O que descaracteriza a atividade não é a pessoa jurídica em si, mas a atividade, que em alguns casos pode ser típica de massa;
- d) acresça-se que o profissional liberal deve ser caracterizado pela atividade que exerce e, ainda, que a prerrogativa estabelecida no CDC é pessoal, não gerando o mesmo benefício ao prestador do serviço que age como empreendedor que assume risco, com cálculo de custo-benefício e oferta de massa etc., elementos típicos do explorador do mercado de consumo.” (Nunes, 2009, 360-361)

Importante lembrar que esta exceção quanto à responsabilidade dos profissionais liberais, apesar do que disse o respeitado doutrinador acima citado, dá-se apenas no caso de fato do produto ou do serviço, pois no caso de vício do produto ou do serviço o art. 18 do CDC usa o termo “fornecedor”, englobando todos os fornecedores do mercado, inclusive o profissional liberal, pois a ele não faz qualquer restrição. Assim leciona Garcia (2014, 150): “Na responsabilidade por vício do serviço, mesmo em relação aos profissionais liberais, a responsabilidade é objetiva, não havendo diferenciação.” No que respeita à escolha de um profissional liberal pelo consumidor, há que se considerar a escolha feita, muitas vezes, pela confiança depositada no profissional contratado. Assim, a contratação de um profissional liberal é *intuitu personae*. Neste sentido, analisar-se-á ensinamento jurisprudencial observando a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal:

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – CIRURGIÃO DENTISTA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS. 1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor, a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (art. 14, §4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinado ao “ critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras

ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da “facilitação da defesa” dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ – 3ª T. – Resp 122505-SP – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 04.06.1998).”

Importante ainda lembrar, que as obrigações do profissional liberal podem ser divididas em obrigações de meio e obrigações de resultado.

No que respeita às obrigações de meio, há encaixe perfeito da teoria da culpa na responsabilização do profissional liberal, já que o profissional apenas se compromete à prestação de um serviço que lhe garantirá ou não um resultado favorável. Como exemplo, pode-se citar o trabalho do advogado que se compromete a fazer seu trabalho da melhor maneira possível para atingir uma decisão favorável ao seu cliente, mas não pode, de maneira alguma, se comprometer a consegui-la, uma vez que o resultado necessita de fatores externos que não lhe cabem, como por exemplo, as provas juntadas pela outra parte, o depoimento das testemunhas, o entendimento do Juiz, etc.

Já no caso do cirurgião plástico o entendimento jurisprudencial é que, quando é assegurado ao paciente um resultado determinado, por exemplo, um nariz igual ao de um artista de televisão, a obrigação será de resultado, mas no caso de cirurgias reparatórias, será considerada obrigação de meio, pois não há como se prometer um resultado determinado nestes casos. Neste sentido, manifesta-se jurisprudência abaixo:

“EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL - CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) – INDENIZAÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II - Cabível inversão pelo ônus da prova. III - Recurso conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, retifica-se a decisão proferida na sessão do dia 06 de abril de 1999. (Acórdão RESP 81101/PR ;RECURSO ESPECIAL(1995/0063170-9 – 31/05/1999 – Relator Min. WALDEMAR ZVEITER (1085) – TERCEIRA TURMA).”

3.3 – Excludentes de responsabilidade civil

Como foi dito acima, a responsabilidade civil adotada pelo CDC para o caso de fato do produto ou do serviço é a responsabilidade que tem sua base fincada no “risco da atividade”

e, sendo assim, ele aceita hipóteses de mitigação desta responsabilidade, de acordo com o §3º do art. 12, quando:

“O fabricante, o construtor, o produtor ou o importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (CDC, art. 12, §3º)

Por óbvio, se o fornecedor comprovar, e este ônus é dele, que não colocou o produto no mercado, não poderá persistir sua responsabilidade, por falta inequívoca de nexo de causalidade. Como exemplo, Garcia (2010, 120) cita Denari:

“os exemplos mais nítidos da causa excludente prevista no inciso I seriam aqueles relacionados com furto e roubo de produto defeituoso estocado no estabelecimento, ou com a usurpação do nome, marca ou signo distintivo, cuidando-se, nessa última hipótese, da falsificação do produto.”

O fornecedor ainda poderá demonstrar, que, embora o produto tenha sido colocado no mercado por ele, o defeito inexiste e se não há defeito, não há que se falar em responsabilidade e aqui o CDC atribui diretamente ao fornecedor o ônus de provar que o defeito inexiste, como forma de exclusão de responsabilidade. Aqui, segundo Garcia (2010, 121), “o defeito é presumido, bastando o consumidor demonstrar o dano e o nexo causal com o produto adquirido.”. E ainda diz o autor que, o fornecedor não poderá ser responsabilizado, pois o dano pode ter ocorrido por “culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

A terceira hipótese de excludente de responsabilidade é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, quando um dos dois é o único causador do acidente de consumo. Aqui, não há que se falar em responsabilidade do fornecedor, pois não existe nexo causal. Sobre a culpa exclusiva do consumidor, o STJ já se manifestou:

“Conforme precedentes desta Corte, em relação ao uso do serviço de conta corrente fornecido pelas instituições bancárias, cabe ao correntista cuidar pessoalmente da guarda de seu cartão magnético e sigilo de sua senha pessoal no momento em que deles faz uso. Não pode ceder ao cartão a quem quer que seja, muito menos fornecer sua senha a terceiros. Ao agir dessa forma, passa a assumir os riscos de sua conduta, que contribui, a toda evidência, para que seja vítima de fraudadores e estelionatários. (STJ, REsp. 601805/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 14/11/2005).”

Garcia continua dizendo que “com relação à culpa de terceiro ou fato de terceiro, o STJ entende que somente quando for imprevisível e inevitável é que poderá ser considerado como excludente.”. E cita:

“Todavia, como afirmam a doutrina e a jurisprudência desta Corte, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inadiável e imprevisível. Não basta, portanto, que o fato de terceiro seja inevitável para excluir a responsabilidade do fornecedor, é indispensável que seja também imprevisível” (STJ, REsp. 685.662/RJ, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, DJ 05/12/2005).”

Estas são excludentes de responsabilidade que afastam a teoria do risco da atividade, devendo o consumidor apenas demonstrar o dano e o nexo causal, cabendo ao fornecedor a prova de uma das excludentes acima elencadas, não bastando apenas alega-las, mas há que se fazer prova, segundo entendimento dominante:

“O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, §3º do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, §3º, também do CDC. (STJ, REsp. 685.662/RJ, Rel^a Min^a. Nancy Andrighi, DJ05/12/2005).”

3.4 – Culpa concorrente do consumidor

O código, como se viu, somente considerou como uma das excludentes da responsabilidade do fornecedor a culpa “exclusiva” do consumidor ou de terceiro, ou seja, quando a vítima age com negligência, imperícia ou imprudência, dando razão ao dano, como aquele caso conhecido em que a consumidora colocou seu gato para secar no forno de micro-ondas e o gato “explodiu”. Aqui, há clara culpa concorrente do consumidor que, embora não tenha lido no manual de instruções que não se pode colocar um animal dentro do forno para secagem, era de se esperar que um homem médio assim o soubesse. Para uma parte da doutrina, a culpa concorrente da vítima não será considerada como excludente e nem poderá ser considerada na hora da dosimetria da indenização, diferentemente do Código Civil brasileiro que em seu artigo 945 aceita a culpa concorrente como redutivo da indenização:

“Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

Mas este entendimento está mudando e, segundo Garcia, o CDC não faz alusão à culpa concorrente, mas “o STJ a tem admitido para reduzir a indenização.” (Garcia, 2010, 122):

“Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, §2º, III, do CDC. A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mal serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. (STJ, REsp. 287849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 13/08/2001).”

Embora o CDC não faça alusão à culpa concorrente, tem-se que é possível sua aplicação e a consequente minoração do dever de indenizar dos fornecedores por acidentes de consumo decorrente do fornecimento de serviços e produtos, pois, neste caso há uma evidente participação do consumidor com a utilização do serviço ou do produto de maneira imprópria, fazendo uso indevido que acaba por gerar um dano. Esta negligência na utilização, embora não exima a responsabilidade do fornecedor, poderá atenuá-la, pois não seria justo o fornecedor arcar sozinho com a responsabilidade, uma vez que houve desídia do consumidor a ensejar o dano. Assim, em se constatando culpa concorrente do consumidor que contribui com dano, há que se ter uma atenuação da culpa do fornecedor e, conseqüentemente, uma atenuação do *quantum* indenizatório.

CAPÍTULO IV

DA RESPONSABILIDADE PENAL

O Código de Defesa do Consumidor trata das infrações penais de consumo no Título II e elenca condutas comissivas e omissivas a que as figuras que fazem parte da relação de consumo estão sujeitas, quais sejam, consumidor e fornecedor. Trata-se, nos dizeres de Garcia, de crimes próprios, ou seja, são crimes em que são especificados os sujeitos ativos e passivos, consumidores e fornecedores. “[...] há um sujeito ativo como fornecedor e um sujeito passivo como consumidor (ou equiparado) e um objeto material da relação como produto ou serviço.” (Garcia, 2014, 454)

O autor diz que o Direito Penal do consumidor visa não apenas a repressão de condutas lesivas às relações de consumo, mas, principalmente, pelo “Princípio da Precaução”, prevenir tal dano, “amparando com mais eficiência os consumidores”. Ainda há que se falar que as condutas reprimidas pelo CDC constituem “crimes de perigo” que são aqueles crimes em que não há necessidade de efetivo dano ao consumidor, bastando que o mesmo seja exposto ao perigo com a conduta do fornecedor. E mais, além da responsabilidade penal, o fornecedor também poderá responder civil e administrativamente por seus atos. Garcia ainda comenta que o art. 76 do mesmo *codex* elenca circunstâncias que podem agravar a pena, como: “a prática de crime durante grave crise econômica, a prática de crime por servidor público, além de crimes que envolvam alimentos, medicamentos, produtos e serviços essenciais e outros.” (Garcia, 2014, 455)

O Título em comento traz várias figuras a constituir infração às normas de proteção ao consumidor, este trabalho, porém, irá se ater às figuras que dizem respeito à publicidade enganosa, que é o cerne da questão, são elas:

4.1 – Artigo 66 do CDC

Estabelece este artigo que se considera infração penal: “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços. Pena: Detenção de três meses a um ano e multa.” (CDC, art. 66).

Para Gama (2008, 168), esta figura não trata “apenas de oferta publicitária, mas de qualquer tipo de oferta, inclusive a verbal, feita num balcão ou num ato de proposta de

negócio por parte de um fornecedor ou de seu agente.”. Martins exemplifica: “ausência de preço na mercadoria (produto) que constitui tal prática conduta típica prevista no art. 66 na modalidade dolosa.” (Martins, 2006, 163). E diz que se faltar o preço por “culpa do fornecedor”, o parágrafo 2º do art. em tela, oferece a modalidade culposa.

4.2 – Artigo 67 do CDC

Segundo o artigo, constitui infração penal: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva. Pena: Detenção de três meses a um ano e multa.” (CDC, art. 67).

Este artigo pune o fornecedor que faça ou promova publicidade que saiba ou deveria saber ser enganosa ou abusiva e comina uma pena de detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Segundo Martins: “o sujeito ativo deste crime são os profissionais que cuidam da criação e da produção de publicidade, os responsáveis pela sua veiculação nos meios de comunicação, além do anunciante (fornecedor).” (Martins, 2006, 163).

Gama diz que o código não deixa de impor dever de conduta “ao anunciante e aos patronos dos anúncios quando ordena no art. 38 que o ônus da prova da veracidade e correção da informação publicitária cabe a quem as patrocina.” E ainda: “Estão sujeitas às penas todas as pessoas que contribuíram para as publicidades.” (Gama, 2008, 169).

4.3 – Artigo 69 do CDC

O artigo dispõe: “Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade.” (CDC, art. 69). Detenção de um a seis meses e multa. Segundo Gama, (2008, 170), são sujeitos ativos deste crime os fornecedores que, de qualquer forma, “façam veicular a publicidade ou venham concretamente “dela se utilizar”, tal qual preceitua o art. 30 do Código, eis que a publicidade passa a integrar o contrato que vier a ser celebrado entre o fornecedor e o consumidor.”. Segundo o autor, este crime está intimamente relacionado com o art. 305 do Código Penal que proíbe que se destrua, suprima ou oculte, em benefício próprio ou alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor. A doutrina de Martins diz que são legítimos interessados nos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária, os legitimados do art. 82 do CDC, quais sejam: Ministério Público, União, Estados, Municípios Associações. E justifica sua assertiva dizendo que o art. 69 “possui como sujeito passivo o não-consumidor [sic] individual e sim o

consumidor difusamente considerado, que possui, através de um órgão legitimado, interesse nos dados organizados pelo fornecedor para propositura de ação coletiva.” (Martins, 2008, 164).

O autor ainda diz que os crimes tipificados nos arts. 66, 67 e 68 (sobre este último não se discorreu aqui) também constituem o crime do parágrafo 2º do art. 18 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 09.02.1967), que estabelece: “Fazer ou obter que se faça, mediante paga ou recompensa, publicação ou transmissão que importa em crime previsto na lei.”

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ANUNCIANTES, AGÊNCIAS E VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO.

Conforme Dias, configurada a publicidade ilícita, nas diferentes modalidades, seja ela enganosa ou abusiva, nascerá o dever de reparação se o consumidor for exposto a tal risco. Segundo a autora, estes danos podem ser: “em relação aos sujeitos que sofrem a lesão, individuais ou coletivos, e no que tange à natureza da lesão, materiais e/ou morais.” (Dias, 2013, 297). A autora ainda diz que: “O direito à indenização, bem como a possibilidade de cumulatividade de danos materiais e morais, decorre de previsão expressa do art. 6º, inciso VI, do CDC, que disciplina ser direito básico do consumidor ‘a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (CDC, art. 6º, VI)’” (Dias, 2013, 297). Segundo a autora “o veto ao § 4º do art. 37 do CDC em nada modificou esse direito básico dos consumidores em relação à publicidade ilícita.” (Dias, 2013, 297)

Ainda seguindo a balizada doutrina, a autora traz que: “O sistema que informa a responsabilidade civil decorrente da publicidade ilícita, portanto, é o mesmo para toda relação de consumo, ou seja, objetivo.” (Dias, 2013, 298). E afirma que se trata de “sistemática fundada na teoria do risco do empreendimento e que necessita apenas da existência do nexo causal entre a ação ou omissão do agente (veiculação de comunicação publicitária ilícita) e o dano gerado, ainda que em potencialidade.”. Não é o caso de se investigar se houve boa-fé ou má-fé do anunciante e qual a sua intenção. Segundo ela “A verificação de dolo ou culpa do fornecedor poderá se mostrar útil apenas como parâmetro para o arbitramento do *quantum* indenizatório, mas não para fins de sua responsabilização civil, sempre existente quando demonstrada a relação de causalidade entre a publicidade e o dano.”

Para que haja o dever de indenizar será necessário verificar os pressupostos de responsabilidade civil objetiva, segundo Dias, ou seja, será necessário demonstrar a “ação ou omissão do agente, o dano (individual ou coletivo) e o nexo causal entre o primeiro e o segundo. Prescinde-se, apenas e tão somente, da aferição de culpa do anunciante, exigindo-se, por outro lado, a constatação ao menos do efetivo potencial enganoso ou abusivo da mensagem publicitária.” (Dias, 2013, 299)

5.1 – Responsabilidade civil dos anunciantes

Entenda-se por anunciante o fornecedor, pessoa física ou jurídica que se interesse em vender um produto ou serviço e, para isso, contrate uma agência de publicidade ou um publicitário para que elabore, construa, crie um anúncio que atenda às suas expectativas e possa atingir positivamente seu público-alvo.

Se a publicidade divulgada causa dano ao consumidor, irá gerar responsabilidade civil. Sobre esta responsabilidade, segundo Nunes, “O fornecedor-anunciante é sempre responsável pelos danos que seu anúncio causar, sendo que, no seu caso em particular, ainda responde por inserção de cláusula contratual ou sua nulificação em função do anúncio.” (Nunes, 2009, 506).

Não resta dúvida de que os arts. 30 e 35 do CDC brasileiro trazem a responsabilidade objetiva, pois eles nada mencionam sobre a questão da culpa, em qualquer de suas modalidades e, na publicidade, a norma que se aplica é a mesma que é aplicável a todo o CDC, ou seja, causou dano, há que se reparar.

“Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

“Art. 35 - Se o fornecedor de produtos e serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I. exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II. aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III. rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

Assim, segundo Benjamim, Marques e Bessa: “como regra, a responsabilidade civil decorrente da aplicação do princípio da vinculação publicitária fica a cargo do anunciante. É o que se retira dos arts. 30 e 35 do CDC.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 244). Os autores ainda dizem que esta limitação passiva do princípio impede que o consumidor acione, a não ser em casos especiais, a agência e o veículo e ainda que:

“caso ao fornecedor fosse dado o direito de eximir sua responsabilidade a pretexto de que o equívoco do anúncio foi causado pela agência ou pelo veículo, o consumidor não podendo acionar nenhum dos sujeitos envolvidos com o fenômeno publicitário, ficaria sem recurso jurídico disponível, ou seja, haveria de arcar sozinho com o seu prejuízo.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 244).

Se o dano decorrer de falha da agência ou do veículo, conforme os autores, só o anunciante e não o consumidor terá recursos para “evita-los, controla-los e cobra-los.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 244). Somente o anunciante, segundo os autores, e somente ele, tem direito de regresso e citam o art. 13, VI do Decreto 2181/97:

“deixar de cumprir a oferta, publicitária ou não, suficientemente precisa, ressalvada a incorreção retificada em tempo hábil ou exclusivamente atribuível ao veículo de comunicação, sem prejuízo, inclusive nessas duas hipóteses, do cumprimento forçado do anunciado ou do ressarcimento de perdas e danos sofridos pelo consumidor, assegurado o direito de regresso do anunciante contra seu segurador ou responsável direto.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 244).

Conforme se lê nos arts. 30 e 35 acima citados e conforme já mencionado anteriormente neste trabalho, não pode o anunciante recusar cumprimento à oferta publicitária e também não poderá revogá-la após a exteriorização, ou seja, a oferta feita é irretratável. Ainda seguindo os ensinamentos de Benjamim, Marques e Bessa, a oferta seria: “irretratável, uma vez feita, mas não ilimitável, pois o anunciante tem todo o poder (e direito) para limitar a eficácia temporal, quantitativa e geográfica do anúncio, desde que o faça antes da sua veiculação.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 245). Fazê-lo depois, seria deixar de lado o princípio da vinculação da oferta, “pedra angular do sistema do CDC.”

Segundo ainda estes autores, o fornecedor mencionado no *caput* do art. 35, a princípio, “é o anunciante direto, aquele que paga e dirige a preparação e veiculação do anúncio.” Mas continuam dizendo que não só ele, pois, o “anunciante indireto, aquele que se aproveita do anúncio de terceiro (o comerciante, por exemplo, em relação ao anúncio do fabricante) também, poderá ser responsabilizado [...]” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 245) e tratam como exceção o fato de ser o comerciante representante do fabricante ou se fizer uso do anúncio em questão em seu estabelecimento. Dias corrobora este entendimento dizendo que: “[..] não há dúvidas de que o fornecedor-anunciante responde, sempre, e objetivamente, pelo danos provocados perante seus consumidores.” (Dias, 2013, 317). E ainda diz que: “As agências e os veículos, quando prestadores de seus próprios serviços, evidentemente, também, respondem de modo objetivo, posto que na qualidade de fornecedores.” (Dias, 2013, 317)

Chaves diz que o Cód. Pub. Português traz em seu art. 30, nº. 2, uma exceção em relação à responsabilidade do anunciante, eximindo-o, desde que prove “não ter tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada.” (Chaves, 2005, 312).

5.2 – Responsabilidade civil das agências de publicidade

A agência de publicidade é um prestador de serviços que tem como objetivo criar, elaborar um anúncio para levar até o consumidor um produto ou serviço, utilizando-se da técnica publicitária. Para cumprir fielmente suas atividades profissionais, a agência de publicidade deverá valer-se de toda experiência que possua para atingir o objetivo final da campanha, respeitando o que foi proposto pelo anunciante. A obrigação da agência é uma obrigação de meio e não de fim, conforme explica Chaves, e isso significa que ela deve se comprometer a fazer o melhor que puder, utilizando todo seu conhecimento, técnica, tecnologia e criatividade na confecção da publicidade que lhe foi encomendada, mas não pode e não deve se comprometer a atingir o fim esperado, porque o fim a ser atingido não depende somente do anúncio feito, mas de fatores extras que não lhe cabe intervir:

“A obrigação contratual da agência de publicidade será sempre uma *obrigação de meios*, isto é, a agência deverá empregar todo o seu potencial criativo para melhor servir o cliente, procurando conseguir nos diversos suportes as melhores condições em termos de qualidade/preço para a difusão da campanha. Apenas se, nestes termos, não produzir os resultados aguardados, a agência será responsabilizada, pois a sua obrigação restringe-se ao cumprimento dos deveres inerentes à sua prestação.” Chaves (2005, 336)

Assim, a agência não precisa garantir um resultado positivo e um aumento nas vendas finais da empresa, até porque, como dito, este resultado não depende unicamente da publicidade feita, vai muito além disso, como a aceitação do produto pelo público-alvo, o preço, a qualidade do produto ou serviço oferecido, depende também da concorrência, do momento da economia e outros requisitos que formam o conjunto para o bom êxito da campanha.

Neste sentido, Chaves transcreve parte de uma sentença do tribunal de Milão:

“é do conhecimento geral que a principal finalidade de qualquer iniciativa publicitária no campo comercial é incrementar a venda do produto (...) todavia, ainda que se atribua à publicidade a máxima força persuasiva que induza à aquisição, é evidente que um produto afirma-se ao consumidor enquanto for dotado de qualidades e características tais que o tornem preferível no mercado concorrencial em relação a outros de características análogas.” (Chaves, 2005, 337-338)

O mesmo autor cita, em sentido contrário, ainda na jurisprudência italiana, decidindo-se pela ineficácia de campanha publicitária, porém, diz tratar-se de uma decisão isolada:

“deve reconhecer-se que o mandante pode desvincular-se da relação por justa causa, sob incapacidade constatada pela agência em desenvolver oportunamente e proficuamente a campanha publicitária estabelecida.” (Chaves, 2005, 337-338)

Se a não obtenção de um bom êxito na campanha se deu pelo descumprimento dos deveres contratuais da agência, aí sim, poderá estabelecer-se a sua responsabilidade frente ao anunciante, da qual poderá surgir o dever de indenizá-lo, mas só assim, porque o fato de não ter sido produtiva, não ter sido atingido o resultado esperado, não se pode atribuir a responsabilidade à agência.

Em relação à responsabilidade civil da agência em relação ao consumidor é diferente, aqui, trata-se de responsabilidade solidária, à qual responde a agência, independente de ter culpa, em qualquer de suas espécies. Assim, diz Nunes: “A agência, como produtora do anúncio, responde solidariamente com o anunciante, independentemente do tipo de contrato que com ele tenha estabelecido.” (Nunes, 2009, 506) e exemplifica:

“Suponhamos que no contrato de prestação de serviços firmado entre o anunciante e agência haja cláusula contratual que disponha que, uma vez aprovado o anúncio pelo fornecedor, corre por conta dele o risco de causar dano. Essa cláusula terá validade apenas entre eles, não afetando a garantia legal conferida às pessoas atingidas pela publicidade. Havendo dano, a pessoa lesada pode acionar um dos dois ou os dois, simultaneamente (já que são solidários), e, depois que eles pagarem a indenização pelos danos, acertarão entre si os gastos, com base naquela cláusula contratual.” Nunes (2009, 506).

Para este autor há, porém, exceções que desresponsabilizam a agência nos casos em que a enganabilidade: “a) não está objetivamente colocada no anúncio em si; e b) depende da ação real, concreta e posterior do fornecedor-anunciante, de maneira que a agência tenha participado como mera produtora de uma informação encomendada.”. Cita como exemplo:

“O fornecedor-anunciante encomenda para a agência a elaboração de um anúncio para inserção em jornais e revistas oferecendo 50% de desconto em seus produtos. A agência elabora o anúncio e manda veiculá-lo. No dia seguinte os consumidores vão até o estabelecimento do anunciante e constatam que o desconto é de apenas 20%. É publicidade enganosa típica, mas a agência não pode ser responsabilizada; note-se que a mensagem do anúncio em si não é enganosa; a enganabilidade surgiu depois, no momento real do comparecimento do consumidor à loja.” Nunes (2009, 506).

Segundo a doutrina, os autores que dizem que não há responsabilidade da agência, o fazem com base na “interpretação do art. 38 do CDC, que versa especificamente sobre a atividade publicitária, e determina que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”, ou seja, ao fornecedor-anunciante.” (Dias, 2013, 318). Para a autora, o STJ teria acolhido esta interpretação e no Recurso Especial n. 604.172, “afastou a responsabilidade civil dos meios de comunicação pela transmissão eventual de publicidade enganosa ou abusiva.” (Dias, 2013, 318).

“RECURSO ESPECIAL Nº 604.172 - SP (2003/0198665-8)

RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF - FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSUMIDOR - VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO - EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOZO OU ABUSIVO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE - CDC, ART. 38 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. I - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.

II - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182.

III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38). IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC).

V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial.”

O voto do Ministro Humberto Gomes de Barros diz que:

“os deveres impostos nos capítulos da oferta e publicidade somente atingem os veículos de propaganda, comunicação e anúncios quando estejam na condição de fornecedores. O art. 38 do Código de Defesa do Consumidor diz que ‘o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem os patrocina’. Portanto, o art. 38 exclui a responsabilidade dos veículos de comunicação por eventual publicidade enganosa ou abusiva, pois o ônus de provar a veracidade e correção (ausência de abusividade) é do fornecedor anunciante, que patrocina a propaganda ou anúncio, tanto que o art. 36 impõe que mantenha, em seu próprio poder, os dados fáticos, técnicos e científicos que são sustentação à mensagem para informação dos legítimos interessados.” (Min. Humberto Gomes de Barros).

5.3 – Responsabilidade civil dos veículos de comunicação

Os veículos de comunicação são instrumentos capazes de transmitir a mensagem que o anunciante encomendou à agência e leva-la até o consumidor. Os veículos, nos dizeres de Gomes: “a partir de seu departamento comercial, vendem às agências seus espaços, através de preços preestabelecidos em função de espaço (temporal ou físico), horário, audiência, programação, etc.” (Gomes, 2008, 47). O cerne deste trabalho é, pois, entender a responsabilidade dos veículos de comunicação como a televisão, o rádio, o jornal, as revistas, sobre os produtos e serviços que divulgam. Teriam eles, juntamente aos anunciantes, responsabilidade frente ao consumidor caso ocorra uma publicidade enganosa que leve o consumidor a submeter-se a algum tipo de risco?

Este assunto ainda não é pacífico na doutrina e jurisprudência. Há grandes doutrinadores como Benjamim [*et.al.*] que dizem que, considerando a regra geral adotada pelo

Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade da agência e do veículo não se exclui, adotando a tese da “responsabilidade solidária limitada”. Explicam: “O anunciante, como já dito, é responsabilizado, no plano cível, objetivamente pela publicidade enganosa e abusiva, assim como pelo cumprimento do princípio da vinculação da mensagem publicitária.” (Benjamim *et.al.*, 2007, 367). E continuam dizendo: “Já a agência e o veículo só são co-responsáveis quando agirem dolosa ou culposamente, mesmo em sede civil.” (Benjamim *et.al.*, 2007, 367). Para os autores então, existe sim a responsabilidade da agência e do veículo, desde que seja analisada a culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva, diferentemente do anunciante que responderia objetivamente.

Benjamim, Marques e Bessa ainda dizem sobre a responsabilidade dos veículos de comunicação que:

“Como regra, não é ele “fornecedor” para fins deste artigo, No entanto, nomeadamente em situações de patente publicidade enganosa ou quando está a par da incapacidade do anunciante de cumprir o prometido, impossível deixar de conhecer a responsabilidade civil do veículo, já não mais em bases contratuais, mas por violação ao dever de vigilância sobre os anúncios que veicula.” (Benjamim, Marques e Bessa, 2013, 241).

Garcia doutrina no mesmo sentido: “O anunciante é objetivamente responsável pelos danos que seu anúncio vier a causar, sendo irrelevante averiguar a intenção (má-fé ou boa-fé). Em contrapartida, a agência de publicidade só será responsável quando tiver agido com culpa ou dolo.” Garcia (2010, 240)

Neste sentido, colacionam-se julgados:

“(2008.001.44105 - APELACAO - 1ª Ementa. JDS. DES. ARTHUR EDUARDO FERREIRA - Julgamento: 17/09/2008 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL) DIREITO DO CONSUMIDOR. PROPAGANDA. PUBLICIDADE ENGANOSA POR INTERMÉDIO DE TELEVISÃO. MEIO DE COMUNICAÇÃO. RESPONSABILIDADE. INOCORRÊNCIA. Conquanto o Código de Defesa do Consumidor trate, de regra, de responsabilidade objetiva de fornecedores de bens e serviços, traz, em diversas situações, hipóteses de responsabilidade subjetiva. Situação fática em que determinada empresa induz consumidor a adquirir determinado produto, veiculando a oferta por meio de canal de televisão e, depois, deixa de entregar o produto na forma convencionada. Alegação de que a empresa de comunicação teria prévia ciência da fraude não comprovada. Responsabilidade subjetiva que impõe a demonstração inequívoca de dolo ou culpa. Inocorrência. As empresas de comunicação não têm responsabilidade objetiva quanto ao conteúdo de publicidade veiculada por fornecedor. Provimento do recurso.”

“TJ-SP - Apelação APL 00341679620078260196 SP 0034167-96.2007.8.26.0196 (TJ-SP).Data de publicação: 23/04/2014
Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PUBLICIDADE FALSA. ANÚNCIO DIVULGADO POR ESTELIONATÁRIOS EM RÁDIO LOCAL. Pretensão da autora à indenização por danos morais e materiais em face do veículo de comunicação. Se tivesse sido diligente o veículo de

comunicação, de modo a confirmar a identidade do anunciante, teria a ré observado divergências entre os dados apontados pelo estelionatário e os dados efetivos da empresa supostamente anunciante. Daí se vê que a ré foi negligente, agiu, portanto, com culpa. Nestas condições, responde pelos danos causados à autora, que confiou na publicidade divulgada. O anúncio foi causa direta e imediata do dano experimentado pela autora. Foi a partir do anúncio que tomou a autora a decisão de contratar o financiamento fraudulento. Se não existisse o anúncio falso, não teria a autora tido contato com o estelionatário. Houve, portanto, nexo causal entre a divulgação do anúncio, sem qualquer cautela, e o prejuízo material sofrido. Confirmada a negligência da Rádio Difusora de Franca, deve ela responder, solidariamente, pelos danos, juntamente ao corréu Eduardo Lúcio Gonçalves Silva, este último também coautor do dano. Recurso do corréu não provido. Recurso da autora parcialmente provido para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.”

No Brasil há, porém, uma corrente muito respeitada, liderada por Nelson Nery Junior, Jorge Paulo Scartezzini, José Antonio de Almeida e Rizzatto Nunes que consideram que há sim responsabilidade das agências e dos veículos juntamente aos anunciantes, e que, diferentemente da outra corrente anteriormente mencionada, a responsabilidade desta deve ser analisada objetivamente, sob a égide do direito consumerista. Esta segunda corrente se baseia no CDC que diz, em seu art. 7º, § U: “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos na norma de consumo.” (CDC, art. 7º, § U)

Nunes diz que a “responsabilidade do anunciante, de sua agência e do veículo é objetiva, e como tal deve ser considerada. [...] tanto o anunciante quanto sua agência e o veículo são responsáveis solidários pelo dano que o anúncio causar e pelas infrações praticadas.” (Nunes, 2009, 505). Para ele, todos os que participam da confecção e veiculação do anúncio seriam responsabilizados se uma publicidade enganosa vier a causar algum tipo de dano ao consumidor e fundamenta sua posição no próprio CDC, em seu artigo 7º, § U já mencionado.

E mais, cita a norma autorregulamentadora que dispõe que: “tanto o anunciante quanto sua agência e o veículo são responsáveis solidários pelo dano que o anúncio causar e pelas infrações praticadas.”. O autor ainda diz que no caso do veículo de comunicação há, porém, exceções que excluem a sua responsabilidade e cita o caso dos anúncios:

- “a) que não sejam ilegais objetivamente considerados em si e dos quais se extrai a enganiosidade; e
- b) por cuja veiculação não é possível ao veículo, por falta de condições reais, saber se eles são enganosos. Por isso, não poderiam ser responsabilizados.” (Nunes, 2009, 505).

O STJ já se pronunciou a respeito da solidariedade entre aqueles personagens que se beneficiaram de algum proveito com a publicidade enganosa:

“É solidaria a responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto. (STJ, REsp.327257/Relª Min. Nancy Andrighi, DJ 16/11/2004).”

Dias apresenta seu entendimento dizendo que: “Os veículos de comunicação, assim como as celebridades, diferentemente das agências, não participam do processo de planejamento concepção e criação da publicidade.” (Dias, 2013, 322). Segundo ela, “Os veículos são responsáveis em apenas difundir as mensagens publicitárias aos destinatários, não exercendo qualquer controle a respeito de seu conteúdo.” (Dias, 2013, 322). A autora ainda diz que: “Trata-se apenas de meio pelo qual a mensagem alcança os consumidores, não havendo uma “coautoria”, no sentido da norma consumerista estudada, para a produção dos danos.” (Dias, 2013, 322). Ela afirma que não se pode exigir responsabilidade dos veículos de comunicação, sob pena de não haver mais patrocínio ou publicidade nas emissoras de televisão e nos outros veículos de comunicação. A autora diz que: “O argumento que se coloca de que incumbiria aos veículos ‘checar e avaliar o conteúdo de cada mensagem’ se mostra incompatível com sua atividade e inexecutável, haja vista a dinâmica dos negócios e do mercado concorrencial.” (Dias, 2013, 322). A autora afirma que não se pode falar em responsabilidade objetiva e solidária no caso dos veículos de comunicação, mas que é perfeitamente possível atribuir-lhes responsabilidade a título de dolo ou culpa grave. A autora exemplifica situações de “manifesta enganiosidade (e.g., anunciar produto financeiro de instituição bancária que se sabe falida) ou abusividade (e.g., publicidade que enalteça práticas de tortura), poderá o veículo ser responsabilizado, nos termos do art. 186 do CC, se agiu com dolo ou culpa grave na transmissão de publicidade e conteúdo manifestamente ilícito, gerando danos a terceiros.” Neste sentido, a autora cita o entendimento de Benjamim e Maria Elizabete Vilaça Lopes:

“a posição do veículo é menos comprometedora do que a da agência. De fato, se se exigisse dele um exame acurado sobre o anúncio, cuja veiculação está sendo acertada, a publicidade na prática sofreria entraves inadmissíveis. A agilidade desses negócios não permite que o veículo se detenha no exame de dados (fáticos, técnicos e científicos), laudos, perícias, etc. A culpa do veículo terá de ser grave, como acontecerá nas hipóteses de divulgação de uma mensagem publicitária, cuja falsidade será evidente. O veículo não precisa se deter na consideração do abuso ou do engano, mas dele se exige um mínimo de cautela, um pouco de diligência.” (Dias, 2013, 323)

Analisando o que diz o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que não tem poder de lei, mas apenas de orientação, verifica-se que o anunciante deverá ser sempre responsabilizado pelo que levar ao conhecimento do público, devendo, por isso,

cumprir qualquer promessa feita e entregar o produto tal qual anunciou, já que a oferta integra o contrato, conforme inteligência do art. 30 do CDC. A agência, por sua vez, deve primar pela elaboração do anúncio, de modo a concorrer pelo cumprimento por parte do cliente-anunciante, respondendo solidariamente com ele, no caso de descumprimento à lei. Quanto ao veículo o CBAP diz que é necessário que tenham uma forma de controle sobre o que divulgam e que podem recusar o anúncio se perceber que ele fere a lei ou que o anunciante não primou pela contratação de uma agência especializada, o que pode fazer com que, pela sua inexperiência, o seu anúncio fira as determinações legais.

“Artigo 45 – A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste artigo:

- a. o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;
- b. a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código;
- c. este Código recomenda aos Veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios.

Poderá o veículo:

- c.1) recusar o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios deste Código, devendo, nesta hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do CONAR que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético;
- c.2) recusar anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação;
- c.3) recusar anúncio sem identificação do patrocinador, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do Artigo 9º ("teaser");
- c.4) recusar anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça;
- d. o controle na recepção de anúncios, preconizado na letra "c" deste artigo, deverá adotar maiores precauções em relação à peça apresentada sem a intermediação de Agência, que por ignorância ou má-fé do Anunciante, poderá transgredir princípios deste Código;
- e. a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR.”

“Artigo 46 – Os diretores e qualquer pessoa empregada numa firma, companhia ou instituição que tomem parte no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio, respondem, perante as normas deste Código, na medida de seus respectivos poderes decisórios.”

“Artigo 47 – A responsabilidade na observância das normas deste Código abrange o anúncio no seu conteúdo e forma totais, inclusive testemunhos e declarações ou apresentações visuais que tenham origem em outras fontes. O fato de o conteúdo ou forma serem originários, no todo ou em parte, de outras fontes, não desobriga da observância deste Código.”

“Artigo 48 – Um anúncio enganador não pode ser defendido com base no fato de o Anunciante, ou alguém agindo por ele, ter posteriormente fornecido ao Consumidor

as informações corretas. O Anunciante terá, entretanto, "a priori", o crédito de boa-fé."

"Artigo 49 – Nenhum Anunciante, Agência, Editor, proprietário ou agente de um veículo publicitário deve promover a publicação de qualquer anúncio que tenha sido reprovado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, criado para o funcionamento deste Código."

Interessante analisar um julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul que decidiu haver solidariedade entre supermercado e fabricante da máquina de lavar frente ao consumidor, já que aquele "veiculou" a publicidade e participará dos benefícios da venda.

"Recurso Cível 71001375740. Rel. João Pedro Cavalli Junior CONSUMIDOR. MÁQUINA DE LAVAR ROUPAS. PROPAGANDA ENGANOSA. SOLIDARIEDADE. DANO MORAL. O supermercado responde solidariamente com o fabricante do produto perante o consumidor, uma vez que veiculou a publicidade e é beneficiado pela venda, integrando a cadeia de fornecedores. Ocorrência de dano moral indenizável, decorrente da propaganda enganosa que determinou a contratação. Recurso desprovido. Unânime."

Analisando o julgado acima, pode-se notar que o referido Tribunal entende que o agente que veicula a publicidade responde solidariamente com o fornecedor, não sendo necessário comprovar a culpa, em qualquer de suas modalidades. Por analogia com os veículos de comunicação, conclui-se a partir do julgado acima, que o Tribunal do Rio Grande do Sul tem o entendimento de que o agente que veicular a publicidade terá responsabilidade solidária, sem comprovação de culpa, responsabilidade objetiva.

Além destes dois entendimentos acima mencionados, onde ambas as correntes doutrinárias entendem que há responsabilidade dos veículos de comunicação juntamente ao anunciante, apenas não concordando com a forma que esta responsabilidade é vista, sendo que uma corrente a vê objetivamente e a outra com base na verificação de culpa, ainda há quem entenda, corroborado por alguns julgados, que a responsabilidade civil pela publicidade enganosa deve recair apenas sobre o fornecedor (anunciante), que somente ele seria responsável pelo que divulga, excluindo qualquer tipo de responsabilização por parte das agências e dos veículos de comunicação, cabendo, neste caso, apenas direito de regresso para favorecer o anunciante condenado, cabendo a ele a prova da culpa da agência ou do veículo civilmente, no caso de não atender às orientações e condições estipuladas na mensagem.

"TJ-MG - Apelação Cível AC 10026130019305001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 07/08/2015

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROPAGANDA

ENGANOSA. RESPONSABILIDADE DO VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO.

INEXISTÊNCIA. ATO ILÍCITO PRATICADO PELA ANUNCIANTE E

COMERCIANTE DO PRODUTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. - Os veículos de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade deve ser imputada ao anunciante e comerciante do produto.

(Resp 604172/SP. Recurso Especial. j. em 22/06/2004 Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI.”

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF - FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSUMIDOR - VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO - EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOZO OU ABUSIVO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE - CDC, ART. 38 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. I - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido. II - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182. III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores - anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38). IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC). V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial.”

“(BRASIL. TJRJ. APELACAO - 1ª Ementa DES. JESSE TORRES - Julgamento: 12/03/2008 - SEGUNDA CAMARA CIVEL. 2008.001.10994 - APELAÇÃO) Ação ordinária de rescisão de contrato de compra e venda de bem móvel, cumulada com dano moral. O produtor não pode ser responsabilizado pela não entrega da mercadoria, se por ela não se obrigou. Os veículos de comunicação não respondem por eventual publicidade abusiva ou enganosa. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, arts. 3º e 38). Precedentes jurisprudenciais. Desprovimento do recurso.”

Coelho (1994, 291) diz não haver dúvida quanto à responsabilidade da agência e do veículo pela publicidade de seus próprios serviços que são dirigidas a seus próprios consumidores, da mesma maneira que respondem todos os demais fornecedores frente ao CDC. O que traz alguma controvérsia seria na responsabilidade da agência pela criação e do veículo pela veiculação de publicidade enganosa ou abusiva que se refere a produto ou serviço fornecidos “por outro empresário seu contratante.” (Coelho, 1994, 291). Diz o autor que: “[...] a agência de propaganda não tem responsabilidade civil ou administrativa pela concepção, produção ou intermediação na veiculação de publicidade enganosa ou abusiva pertinente ao fornecimento alheio.” (Coelho, 1994, 291). Para ele, isso só irá repercutir cível ou administrativamente no anunciante, pois, é ele quem define a publicidade e aprova a campanha criada pela agência. O autor ainda diz que: “Nada é feito pela agência de propaganda sem o conhecimento, a orientação e a aprovação do anunciante, que por tudo assume integral responsabilidade.” (Coelho, 1994, 291). Para este autor, em se constatando

dolo ou culpa da agência “somente seria cabível tal responsabilização em regresso, perante o anunciante condenado e, ainda assim, em virtude de inexecução do contrato.”

Coelho afirma: “O veículo também não responde civil ou administrativamente pela transmissão de mensagem publicitária alheia julgada enganosa ou abusiva, uma vez que não exerce e não pode exercer qualquer controle sobre o respectivo conteúdo.” Para o autor, o dever do veículo seria informar a identificação do anunciante a quem demonstre ter “legítimo interesse.” (Coelho, 1994, 292).

Cavalieri Filho também se diz adepto desta corrente e diz que a o fato de a publicidade ser feita em “favor exclusivo do anunciante”, que tem interesse na venda deste produto ou serviço, o proveito econômico direto da publicidade é dele. E diz: “Nem em lucro indireto da empresa emissora de comunicação é preciso falar, que apenas recebe o pagamento pelos serviços prestados.” Cavalieri Filho (2014, 151).

Os adeptos do entendimento de que não há qualquer responsabilidade por parte dos veículos de comunicação o fazem afirmando que não há como exigir destes veículos um controle sobre o conteúdo informativo das ofertas que veiculam, pois isso seria fazê-los responsáveis por aplicar a lei, ainda mais se estiverem sujeitos às penalidades previstas nos artigos 56 e 57 do CDC, o que feriria princípios básicos de direito, imputando a terceiros uma responsabilidade que não é sua, mas dos fornecedores e do Poder Público, que é quem deve cuidar para que a lei seja respeitada, através de seus órgãos de controle. Ainda dizem que os princípios consumeristas garantem que os fornecedores são responsáveis por garantir informações claras e abrangentes, assegurar que se tornem adequados produtos e serviços e que o art. 3º do CDC que conceitua fornecedor, não inclui os veículos de comunicação no seu rol, assim, não se poderia fazer uma interpretação extensiva, responsabilizando-os por analogia. E mais, ainda dizem que exigir que os veículos de comunicação tenham controle sobre o conteúdo informativo das ofertas, impingindo-lhes severas sanções, desobedece os princípios constitucionais da “Livre Iniciativa” e “Livre Concorrência”, obrigando-os a fazer um tipo de censura que a Constituição proíbe.

Importante também mencionar que estava em tramitação no Congresso Brasileiro o Projeto de Lei de n. 4.467 de 2001, de autoria do deputado Wilson Santos, tendo como relator o deputado Luiz Moreira e que objetivava acrescentar um parágrafo único ao art.67 do CDC, determinando pena de detenção, de três meses a um ano, e multa, ao autor de publicidade enganosa ou abusiva, bem como “ao órgão de comunicação”, “à agência de publicidade” e “ao artista” que participassem de sua realização. Este Projeto de Lei foi rejeitado, de início, pelos seguintes fundamentos, entre outros:

“[...] Note-se que, neste contexto, e como regra geral, os órgãos de comunicação participam do processo apenas comercializando seus espaços para divulgação da peça publicitária elaborada por outrem e sem qualquer envolvimento com o seu conteúdo. Neste caso o veículo de comunicação atua tão somente como divulgador da mensagem não como seu autor ou produtor. Esse papel, portanto, é diferente daquele que faz, produz, promove ou patrocina a publicidade reconhecida como enganosa ou abusiva. No meu modo de ver não é função do órgão de comunicação entrar no mérito da avaliação da fidedignidade, veracidade e correção de cada peça publicitária que venha a divulgar, mesmo porque não teria condições técnicas para fazê-lo. No máximo caberia ao órgão de comunicação, no livre exercício de sua liberdade de expressão, rejeitar liminarmente a publicidade reconhecida claramente como abusiva ou enganosa, promovendo assim uma espécie de triagem ou censura voluntária, na defesa da ética na comunicação social. [...]”

Como se pode perceber, ainda não há um consenso sobre a responsabilidade dos veículos de comunicação quando se trata de veiculação de publicidade enganosa, que é, justamente, o objeto deste trabalho. Parece que há entre os doutrinadores um aparente conflito entre o Princípio da Informação que é direito básico do consumidor e que é basilar na doutrina consumerista; importantíssimo para uma compra pensada, refletida e que é justamente o que busca o código, visando diminuir o consumismo exacerbado que acaba por contribuir com o superendividamento e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que garante a livre expressão da comunicação, que veda a censura e que garante os direitos fundamentais. Nunes (2015, 62) diz que “[...] o principal direito constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.”

Na CRFB a publicidade é tratada no Capítulo V (Da Comunicação Social) que fica inserido no Título VIII (Da Ordem Social). Em seu art. 5º, IX da Constituição da República Federativa do Brasil está:

“Ar. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” (CRFB, art. 5º, IX).

A Magna Carta traz ainda em seu art. 220:

“Art.220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão restrição, observado o disposto nesta Constituição.” (CRFB, art. 220).

Assim, verifica-se que a CRFB traz como direito fundamental a livre expressão da comunicação, ou seja, não pode haver limitação ao direito de comunicar, porém, sabe-se que nenhum direito, nem mesmo os fundamentais, são absolutos. Ou seja, numa aparente colisão entre eles deve-se concilia-los, garantindo o máximo cumprimento e a mínima restrição. Nos

dizeres de Ticianelli: "A publicidade é um instituto intimamente ligado à liberdade de expressão, que abrange qualquer exteriorização da vida das pessoas." (Ticianelli, 2007, 70-71). É necessário que a publicidade exista para que as pessoas tenham acesso à informação e é isto que contribui para o crescimento mercadológico. A publicidade é, pois, "indissociável da liberdade de expressão.". Há que se garantir o direito de expressão, porém, há que se resguardar as finalidades e meios adotados para que se expresse sem ferir a lei, pois o consumidor não precisa se submeter a qualquer tipo de mensagem publicitária que fira a lei e os preceitos normativos, é um direito que lhe é garantido. É claro que certos exageros publicitários são desconsiderados e podem ser permitidos, considerando o grau de compreensão do homem médio, como, por exemplo, a publicidade que diz: "é a melhor refeição da cidade" ou "este é o carro mais incrível do mercado". Porém, entende-se que, se a publicidade disser algo que possa ser objetivamente considerado, este tem que ser comprovado sob pena de incorrer em publicidade enganosa, como por exemplo: "os juros mais baixos do mercado", "o carro mais econômico da atualidade". Neste sentido, Ticianelli diz que "É contrário ao bom senso partir da incapacidade de avaliação do cidadão brasileiro para restringir a liberdade criadora da arte publicitária."

Como dito, o CDC não faz qualquer restrição à publicidade, apenas sanciona a publicidade irregular que possa prejudicar de alguma forma o consumidor, mas isso não quer dizer que o código interfira indevidamente na liberdade de criação ou na liberdade de expressão. O CDC apenas limita que se faça publicidade que leve o consumidor a erro na hora da contratação ou que incite a violência, que haja com desrespeito em qualquer de suas formas à ideologia, raça, credo, etc.

Certo é também que o veículo de comunicação não pode ser obrigado a divulgar um anúncio que saiba ser enganoso, porque ninguém pode ser obrigado a cometer uma infração penal e esta conduta está tipificada no art. 67 do CDC que diz ser infração penal "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva." (CDC, art. 67).

E ainda, o veículo pode e deve se negar a transmitir uma publicidade nos casos previstos no CBAP, que são:

- "a) quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, os princípios e regras da norma auto-regulamentadora;
- b) quando fira sua linha editorial, jornalística ou de programação;
- c) quando não tenha identificação do patrocinador, com exceção do *teaser*;
- d) de polêmica ou denúncia sem expressa autorização da fonte conhecida que responda pela autoria da peça."

O fato é que a publicidade enganosa sofre controle administrativo pelo CONAR, órgão responsável pela regulamentação e também pelos órgãos de defesa do consumidor, PROCONS, segundo os arts. 55 a 60 do CDC e art. 9º e s. do Decreto 2181/97. Ainda há a possibilidade de se acionar o judiciário que poderá suprimi-la, aplicando sanções, entre elas, a contrapropaganda, que, nos dizeres de Nunes (2009, p. 508) “É a mais importante condenação que o Judiciário pode e deve aplicar ao fornecedor [...]”

Há ainda que se considerar aquele caso em que o próprio veículo de comunicação é interessado diretamente no anúncio publicitário por se tratar de anúncio sobre produto pertencente ao grupo empresarial ou porque recebe algum tipo de comissão com a venda destes produtos. Segue colação de entendimento do STJ sobre o assunto:

“A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor”. (STJ, REsp 436.135, j. 17.06.2003, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Verifica-se na jurisprudência, uma forte orientação no sentido de tirar qualquer responsabilidade dos veículos de comunicação quanto ao conteúdo das mensagens publicitárias veiculadas, mas como se vê, há três entendimentos sobre o tema, onde uma corrente entende que há sim responsabilidade dos veículos de comunicação, objetivamente considerada, ou seja, responde solidariamente ao anunciante independentemente da análise de culpa; outra corrente diz que, embora exista, sim, responsabilidade dos veículos de comunicação, esta responsabilidade será analisada mediante a verificação de culpa em qualquer de suas modalidades e uma terceira corrente que entende que não há qualquer responsabilidade dos veículos de comunicação frente a uma publicidade enganosa ou abusiva, devendo apenas os anunciantes por ela responder e, caso estes veículos tenham agido com culpa, responderão apenas frente ao anunciante, em ação de regresso.

Depois de mencionar cada uma das correntes que conjecturam demonstrar a responsabilidade dos veículos de comunicação, é muito importante lembrar a importância destes veículos, como já foi mencionado no decorrer do trabalho, para o desenvolvimento da economia, para levar o consumidor a escolher livremente os produtos e serviços que lhe são essenciais. Vale lembrar também que o consumidor é bombardeado diariamente em seu domicílio com publicidade de produtos e serviços que são divulgados por veículos de comunicação que, no dia a dia, acabam por conquistar a confiança do consumidor. Com o passar do tempo o consumidor se fideliza ao veículo de comunicação, seja um jornal de sua confiança, seja uma revista que assina há muitos anos, seja um canal de televisão em que o

programa diário lhe transmite confiança até por “entrar” diariamente em seu lar. O fato é que o consumidor acaba por se deixar conquistar pela confiança depositada no veículo que lhe transmite a mensagem e, nesse momento, ele não se preocupa com a agência de publicidade e, muitas vezes, nem se preocupa com o anunciante, tão grande a sua confiança em quem lhe está transmitindo a mensagem.

Quando se tem confiança em alguém, há uma despreocupação em se sentir lesado, há um afrouxamento na conduta precavida e um abrandamento no dever de cautela. Isso é característico do ser humano. Quando se confia em alguém, segue-se mais despreocupado e os sinais de alerta ficam “desligados”. Os veículos de comunicação tem esse poder, o poder de conquistar a confiança do consumidor, seja pelo contato diário que se tem ou por utilizar “artistas” conhecidos e famosos que transmitem confiança exacerbada ao consumidor. Nas relações de consumo há que se observar isso, a confiança entre os parceiros da relação consumerista, ou seja, consumidor e fornecedor.

Pelo Princípio da Confiança, princípio basilar do CDC, há uma legítima expectativa dos consumidores na hora da contratação, pois ninguém contrata acreditando que será lesado, ou seja, o consumidor contrata acreditando que o negócio será bem sucedido, ético e que o parceiro contratual agirá com lealdade e boa-fé, respeitando os deveres anexos no decorrer da execução do contrato. Este princípio deve ser amplamente observado nos contratos em geral, especialmente nos de consumo onde há de um lado um ser considerado vulnerável por sua condição tecnicamente, juridicamente ou faticamente inferior ao outro.

Há que se considerar que o consumidor médio e os consumidores mais idosos bem como as crianças (ambos considerados hipervulneráveis pela doutrina), são atingidos diariamente por um bombardeio de publicidade que os levam a adquirir produtos e serviços que, muitas vezes, não são o que esperam ou necessitam. Produtos que são divulgados sem a mínima preocupação destes veículos em assegurar tratar-se de publicidade enganosa e se vai atingir negativamente o consumidor. Os veículos de comunicação são prestadores de serviço como qualquer outro e, assim sendo, submetem-se às regras da lei 8078/1990 como qualquer outro fornecedor.

A regra no CDC é que a responsabilidade dos fornecedores, seja no caso de vício ou fato do produto ou do serviço, é objetiva, só abrindo espaço para a responsabilidade subjetiva no caso dos profissionais liberais, quando se tratar de “fato do produto ou do serviço”, segundo o CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (CDC, art. 14, § 4º).

Sob esta ótica, os veículos de comunicação oferecem serviços de divulgação de produtos e serviços e, assim sendo, há que se considerar sua responsabilidade subjetivamente, ou seja, no caso em que tenham agido com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Não se trata aqui de censura inconstitucional, mas de cuidado, cautela com o serviço que se propõe a fazer, como qualquer outro profissional. Há que se considerar também a Teoria da Aparência, que busca oferecer segurança jurídica a atos praticados por terceiro que agiu protegido pela boa-fé objetiva. Nesse sentido, segundo os artigos 113 e 114 do Código Civil: “os atos aparentes, que importem em dano moral ou material ao terceiro de boa-fé, devem ser considerados pelo intérprete de acordo com os usos e costumes.”. Assim, garante-se que o ato seja perfeito, garantindo-se existência, validade e eficácia a relações jurídicas em que o que se vê que não é a realidade, mas que pode levar a erro comum e invencível e, por isso, deverá conferir efeitos jurídicos e econômicos a situações que não se pode subsistir. Por causa da crescente aceleração e da complexidade dos negócios jurídicos que se verifica neste mundo globalizado, a aplicação da “Teoria da Aparência” mostra-se de relevância extrema para o desenvolvimento da economia.

É claro que, como mencionado no decorrer do texto, há algumas exceções em que a responsabilidade do veículo é excluída pelo fato de não ter controle sobre uma publicidade legitimamente veiculada e que depois não é cumprida pelo fornecedor anunciante, neste caso, não há como ver a responsabilidade do veículo de comunicação, pois veiculou uma publicidade legítima, revestida de verdade e, depois de veiculada, o fornecedor optou por não cumpri-la. Neste caso e, somente neste, o veículo se exime da responsabilidade, pois não tem qualquer controle sobre isso. Mas, nos demais casos, há sim que se verificar, fazer uma triagem das publicidades que veicula, pois os veículos de comunicação fazem parte da cadeia de consumo, por lucrarem com isso. Eles têm lucratividade alta com os anúncios que se propõem a divulgar.

Mas, onde está a configuração da relação de consumo, uma vez que os veículos de comunicação são contratados pelo anunciante, não tendo qualquer relação com o consumidor? Responder a esta pergunta é fundamental para entender a responsabilidade dos veículos de comunicação junto aos consumidores. É fato que se estabelece uma relação entre anunciante e veículo de comunicação e esta relação de consumo tem por fonte a teoria adotada pelo STJ, conhecida como Teoria Finalista Aprofundada, sobre a qual já se falou em tópico próprio, mas que, em rápidas linhas é aquela teoria em que a pessoa física ou jurídica que utiliza o produto ou serviço como insumo, ainda assim, poderá ser vista como consumidora e ter a tutela do CDC, se apresentar algum tipo de vulnerabilidade frente ao fornecedor. Assim, está

estabelecida relação de consumo entre anunciante e veículo de comunicação, mas em relação ao consumidor, qual a sua relação com o veículo de comunicação? Bom lembrar que o art. 29 do CDC, inserido no Capítulo V que trata das Práticas Comerciais, diz que: “Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se a consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” (CDC, art. 29). Assim, natural é entender que os consumidores que estão expostos à publicidade veiculada, seja ela enganosa ou abusiva, são considerados consumidores equiparados e, mesmo não tendo uma relação direta com o fornecedor, a ela se submetem. Sobre isso, Nunes:

“A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática.” (Nunes, 2009, 85)

Importante colacionar um julgado:

“Responsabilidade Civil. Explosão de botijão de gás. Relação de consumo. Consumidor por equiparação. Danos materiais e morais. Indenizações. Princípio da razoabilidade. A lei consumerista identifica, além do consumidor *stricto sensu*, como definido no art. 2º do CDC, o terceiro que não participa diretamente da relação de consumo, ou seja, todo aquele que se encontre na condição de consumidor equiparado, ou, segundo a indicação alienígena, *bystander*. O Código passa a ter, assim, múltiplos conceitos de consumidor: um geral (art. 2º caput) e três outros por equiparação (arts. 2º parágrafo único, 17 e 29). São, pois, equiparados ao consumidor *standard*: “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (parágrafo único do art. 2º); “todas as vítimas do evento” (art. 17); e “todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (art. 29). Por se tratar de responsabilidade objetiva, decorrente do fato do produto, não comporta a lide a discussão sobre a culpa, o que exclui a possibilidade de eventual concorrência de causas (fato da vítima), uma vez que restou demonstrado que as vítimas não concorreram para o resultado, ou que com este simplesmente anuíram. A investigação da conduta culposa do consumidor ou de terceiro somente é admissível para demonstrar a exclusividade da culpa. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível n.º 2005.001.13257. Órgão julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Maldonado de Carvalho. 4.10.2005.”

Esta proteção ampliou consideravelmente as pessoas protegidas pelo Código. O autor ainda diz que: “Daí ter-se de dizer que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa existir.”

“Acordam os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Agravo de instrumento – Indenização por danos materiais e morais ocasionados por acidente causado por explosão de pneus – Caminhão – Aplicabilidade do CDC – Ônus financeiro da realização da prova pericial – inversão – possibilidade – Decisão escorreita – Agravo improvido. I) na hipótese do

destinatário fático, que o retira do mercado e consome tal produto ou serviço for vulnerável ou hipossuficiente, pelo princípio constitucional da igualdade ou isonomia, deve ser albergado pelas disposições do CDC ou ainda, na condição de terceiro prejudicado, equiparado e igualmente protegido pela norma consumerista, ex vi dos art. 17 e 29 deste diploma, que atinge a todas as vítimas do evento ou aqueles expostos às práticas abusivas. É o consumidor bystander, e ao contrário do que tenta fazer crer a agravante, mesmo que inexistisse relação de consumo direta entre ela e o agravado, insere-se a hipótese dos autos nas previsões da lei do consumidor. 167271700. Órgão julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Augusto Cassetari. 11.8.2005.”

Assim, parece claro que, uma vez veiculada qualquer publicidade enganosa, a coletividade que a ela se expõe é considerada “consumidor equiparado” e, mesmo que não tenha diretamente uma relação com o prestador de serviço, veículo de comunicação, configura sim, relação de consumo e a responsabilidade deste fornecedor deve ser considerada, se não agiu com a cautela que lhe era devida.

Os órgãos de defesa dos consumidores recebem várias reclamações sobre o fato de ter sido divulgado algum produto ou serviço e ter sido entregue outro, ou às vezes, nem ser entregue, como por exemplo, o caso do consumidor que ouviu na rádio local de uma cidade do interior de Minas Gerais, Brasil, sobre a possibilidade de se fazer um empréstimo e se conseguir o valor do qual necessitava, sem maiores burocracias. O consumidor, desesperado com a doença da filha que precisava de uma cirurgia cara e urgente, que não era coberta pelo plano de saúde, interessou-se. A publicidade dizia que ele deveria entrar em contato pelo telefone com o fornecedor do crédito e assim, ele o fez. Soube, pelo telefone, que deveria fazer um depósito de certo valor para que fosse aprovado o seu crédito. Desesperado com a doença da filha, não se ateuve ao absurdo desta exigência e, claro, como não tinha o valor exigido, fez um empréstimo com um “agiota” (pessoa que trabalha emprestando dinheiro com cobrança de juros abusivos). Depositou o dinheiro na conta informada e nunca mais ouviu falar do tal crédito que lhe seria concedido. Por fim, além de não conseguir o dinheiro para salvar a sua filha, se endividou com um agiota, piorando sobremaneira sua situação financeira que já era ruim. Neste caso, por exemplo, parece-nos patente a responsabilidade da rádio, veículo que levou a informação até o consumidor, que nela confiava por ser a principal rádio de sua cidade, da qual todos os dias seguia a programação. Parece que, se a rádio tivesse agido com o cuidado necessário, com a cautela adequada, procurando perguntar-se: que tipo de empréstimo seria aquele que exige depósito antecipado? Qual o motivo daquela financeira oferecer empréstimo por telefone, sem qualquer assinatura do consumidor ou qualquer tipo de garantia? Será que se o programa de rádio tivesse se precavido, o consumidor teria sofrido tão

grande dano? Neste caso, pensa-se, não há como não responsabilizar o veículo de comunicação, que, no mínimo, foi negligente, abusando da confiança do consumidor.

Outro caso que já foi visto nos órgãos de defesa do consumidor é o caso da oferta de um aparelho celular feito por uma grande rede de lojas, caso o consumidor efetuasse a compra de um valor mínimo em uma de suas unidades. O consumidor foi até a loja, fez a compra no valor necessário e ao receber o celular, percebeu que se tratava de um plano para adquirir uma linha pós-paga de uma operadora de celular que o estava “ofertando”, sob estas condições. Só que esta condição não foi mencionada na publicidade, ou seja, não se avisou com antecedência que se tratava de contratação de um plano pós-pago e não de um celular pré-pago, sem nenhum vínculo com a operadora de celular. Certo é que isto é um dado essencial que deveria ter sido informado, pois, poderia mudar a decisão do consumidor. Um caso típico de publicidade enganosa por omissão, pela qual, o veículo também deve responder. Caso o veículo de comunicação tivesse diligenciado com a ética recomendada por seu Órgão Autorregulamentador, teria negado a prestação do serviço e evitado os danos causados aos consumidores.

Nos casos em comento, agiram os veículos de comunicação com culpa, quando, de forma negligente, deixaram de verificar a idoneidade das empresas contratantes, causando sérios danos aos consumidores, devendo, portanto, por eles responder, já que fizeram parte da cadeia de consumo, obtendo lucro com isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a intenção deste trabalho foi analisar a ligação existente entre a Publicidade e o Direito do Consumidor, demonstrando os aspectos positivos de uma publicidade bem feita no mercado de consumo, que respeita a lei e os princípios que lhe são próprios e, ainda, as recomendações do órgão responsável por sua regulamentação e que, por isso, possibilita chegar ao consumidor as informações básicas sobre os produtos e serviços que estão disponíveis no mercado para consumo, para que, a partir destas informações ele possa decidir corretamente sobre a necessidade e possibilidade de adquiri-los. Esta análise é essencial para uma escolha pensada, refletida que levará a uma contratação segura, onde ambas as partes cumprirão fielmente os deveres que lhe são imputados, como a boa-fé, o fiel cumprimento do contrato, a fidelização à oferta, o pronto pagamento e a entrega no prazo informado, mantendo a higidez do negócio.

Ocorre que, como se viu, nem todas as publicidades obedecem aos preceitos consumeristas e acabam por iludir o consumidor que muitas vezes é ludibriado, levado a adquirir e pagar por um produto ou serviço diferente do que lhe foi demonstrado ou, algumas vezes, pagando por um produto ou serviço que não existe para ser entregue, sendo vítima de um golpe. É o caso das publicidades enganosas, tanto a omissiva quanto a comissiva e a publicidade abusiva.

No caso das publicidades enganosas, que são o objeto deste trabalho, analisou-se como elas podem afetar a decisão do consumidor, fazendo com que ele acabe por adquirir um produto ou um serviço sem conhecer exatamente as suas especificidades e, com isso, ser enganado literalmente, levando-o a ter prejuízos econômicos e, até mesmo, danos na esfera moral pela espera por algo que não conseguiu encontrar, frustrando sua expectativa. Analisou-se ainda a responsabilidade que gera neste tipo de conduta, ou seja, tão logo seja veiculada uma publicidade enganosa que possa colocar o consumidor em risco, quem seria responsável por esta publicidade e, entendeu-se que a responsabilidade do anunciante é sempre objetivamente considerada, não havendo discussão doutrinária e jurisprudencial sobre isso, vez que o anunciante é o principal responsável e interessado pelo que publica. É ele quem dá as “rédeas” do que quer anunciar ao consumidor, oferecendo os pontos fortes de seu produto ou serviço com o intuito de conquistar o consumidor a adquiri-lo o mais rápido possível. A sua responsabilidade frente a uma publicidade enganosa é patente.

Após, analisou-se a responsabilidade das agências de publicidade e dos veículos de comunicação. Verificou-se que há três tipos de entendimento doutrinário sobre como estender

esta responsabilidade aos veículos de comunicação, que é o canal usado pelo anunciante para que a informação sobre o seu produto ou serviço chegue até o consumidor, sendo que uma corrente entende que há responsabilidade solidária destas figuras nesta relação de consumo e que tal responsabilidade é objetiva, ou seja, deve ser considerada independentemente da comprovação de culpa. Outra corrente, que também entende que se deve estender a responsabilidade dos anunciantes aos veículos, entende, porém que há que se verificar a culpa deste agente, seja em forma de negligência, de imperícia ou de imprudência, uma vez que não se pode exigir que o veículo de comunicação seja responsável por verificar se o anunciante está cumprindo *a posteriori* o que foi anunciado na campanha veiculada. Ou seja, há que se verificar se a campanha veiculada foi correta, verdadeira e clara e que a enganosidade ocorreu depois, por culpa exclusiva do anunciante que não cumpriu o que foi veiculado, sob sua concordância. A publicidade era correta, mas o descumprimento *a posteori* a tornou enganosa, sem culpa do veículo de comunicação. E uma terceira corrente que não vê como responsabilizar o veículo de comunicação sobre a publicidade enganosa e abusiva, pois isto seria transferir a ele a responsabilidade que é do anunciante e que, caberia ao poder público, através dos órgãos de defesa dos consumidores, verificar o correto cumprimento da lei. Este ônus não é dele, veículo de comunicação, segundo esta corrente, até porque, isto seria estabelecer uma conduta repressiva, um tipo de censura que é constitucionalmente reprimida.

Após analisar as três correntes, conclui-se que o anunciante tem sim, responsabilidade objetiva pelo que se propõe a levar ao consumidor, o que já era pacífico entre os doutrinadores e à agência e ao veículo de comunicação deve-se estender esta responsabilidade subjetivamente considerada, uma vez que ambos fazem parte da cadeia de consumo, lucram com esta veiculação e são prestadores de serviço como outro qualquer, portanto, submetem-se ao CDC e devem ser responsabilizados se não fornecem o serviço com a qualidade que a lei exige.

Quando o CDC diz que o serviço deve ser bem prestado, que o consumidor tem direito a ter informação clara e precisa sobre os produtos e serviços que adquire, ele não fez qualquer exceção. Os serviços de transmissão de publicidade não foram excepcionados e tanto as agências quanto os veículos de comunicação às leis consumeristas se submetem por serem prestadores de serviço de comunicação.

Como já foi demonstrado no decorrer do trabalho, há relação de consumo entre os veículos de comunicação e o anunciante, de acordo com a Teoria Finalista Mitigada ou Aprofundada que é amplamente adotada pelo STJ. Segundo esta teoria, a pessoa jurídica ou física que utiliza o produto ou serviço como insumo será considerada consumidora se

apresentar um dos quatro tipos de vulnerabilidade previstas, seja ela técnica, jurídica, fática ou informacional. No caso do anunciante, seja ele pessoa física ou jurídica, fazer publicidade de seus produtos ou serviços não faz parte de sua *expertise*, sendo ele vulnerável tecnicamente, podendo, portanto, ser considerado consumidor, estabelecendo-se aí, uma relação de consumo. Em havendo uma relação de consumo entre anunciante e veículo de comunicação, como já demonstrado, a coletividade exposta à publicidade veiculada equipara-se a consumidor, mesmo que não tenha qualquer vínculo contratual com o veículo de comunicação. Sendo consumidor por equiparação, à coletividade cabem todos os direitos que o código estabelece ao consumidor *standar*, não há como diferenciar. A coletividade, ou seja, o consumidor em potencial que pode ser atingido pela publicidade enganosa tem direito de ser reparado civilmente, tanto pelo anunciante, como pela agência e pelo veículo de comunicação, estabelecendo entre eles uma responsabilidade solidária, que é a maneira mais ampla de defender o consumidor. Segundo a célebre e conhecida frase de Rui Barbosa, “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. 2ª ed. Coimbra Editora, Vol. I, 2000. ISBN 972-32-0989-6

ALMEIDA, Susana. **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**. Vol II, N.4. Bonijuris/ J.M. Editora, 2012. ISSN: 2237-1168.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (2013). **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, ISBN: 978-85-203-4679-2.

BENJAMIM, Antonio Herman Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**, Revista de Direito do Consumidor, 9, p.26.

BITTAR, Carlos Alberto, **O Controle da publicidade: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas**, **Revista de Direito do Consumidor**, nº 4, editora Revista dos Tribunais, SP – Brasil, 1992.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 – Ementário da Legislação Consumerista de Minas Gerais.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CONAR, Conselho de Autorregulamentação Publicitária [Consult. 26 de Novemb. 2015]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>.

CONSUMIDOR, Escola Nacional de Defesa do. **Manual de Direito do Consumidor** (2008) – Brasília. 156 p. ISBN: 978-85-89196-08-6

CARVALHO, Jorge Moraes. **Manual de Direito do Consumo**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., ISBN: 978-972-40-5377-6

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN: 978-85-224—5853-0

_____. **Programa de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN: 978-85-224—9078-3

CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Edições Almedina, S.A.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN: 978-85-203-4702-7.

FROTA, Mário. **Por um Código de Consumo para Portugal**. Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo. Vol III, N.11. Bonijuris, 2011. ISSN: 2237-1168.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência, doutrina, questões**, Decreto 2181/97, 6 ed. Ver.ampl. e atual. pelas leis 11.989/2009 e 12.039/2009. – Niteroi, 2010. ISBN: 978-85-7626-398-2.

_____. **Direito do Consumidor – Código Comentado e Jurisprudência**. 10º ed. rev.ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

GAMA, Hélio Zagueto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN: 978.85.309.240-2.

GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade – Comunicação Persuasiva**. Porto Alegre: Sulina, 2008. ISBN: 978-85-205-0348-5.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al]. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. ISBN: 978.85.218.0412-3.

MONTEIRO, António Pinto. **Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor**. In. LEITÃO, Luis Menezes (org.) **Estudos do Instituto do Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 37-55.

LEITÃO, Adelaide Menezes. **A Publicidade no Anteprojecto do Código de Defesa do Consumidor**. In. LEITÃO, Luis Menezes (org.) **Estudos do Instituto do Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 135 - 146.

LOUREIRO, João M., **A Publicidade e o direito do autor – um cenário terceiro mundista em Portugal**, Boa, 21, Julho/Agosto, 2002.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor: (Lei 8078/90): conceitos e noções básicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios – 4 ed**. São Paulo: Saraiva, 2009 a. ISBN: 978-85-02-07277-0

_____. **Curso de Direito do Consumidor - 10ª ed rev. e atual**. São Paulo: Saraiva, 2015 b. ISBN: 978-85-02-61770-4.

OLIVEIRA, Elsa Dias. **Práticas Comerciais Proibidas**. In. LEITÃO, Luis Menezes (org.) **Estudos do Instituto do Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 147 - 173.

PORTUGAL. Constituição (2005). **Constituição da República Portuguesa**. De acordo com a Lei Constitucional nº 1/2005, de 12 de agosto. 17ª Ed. Quid Juris. Sociedade Editora. ISBN: 978-972-724-612-0.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais**

do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN: 978-85-309-2836-0.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. **Delitos Publicitários.** Curitiba: Juruá, 2007. ISBN: 978.85.362-1493-1.