XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

KEILA PACHECO FERREIRA

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

JOANA STELZER

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Joana Stelzer, Keila Pacheco Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-049-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Globalização. 3. Relações de consumo. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

O presente estudo consubstancia-se em obra que reúne uma coletânea de artigos de excelência acadêmica comprovada não apenas em razão de sua seleção pelo sistema double blind peer review, mas, também por sua apresentação no Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo ocorrido por ocasião do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), na cidade de Aracaju SE, entre os dias 3 a 6 de junho de 2015, reunindo pesquisadores e estudantes oriundos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Dentre os traços mais marcantes desse Grupo de Trabalho, teve-se a profundidade na discussão sobre o consumo e o consumismo, o fenômeno da globalização, o superendividamento e aspectos de responsabilidade que norteiam as relações de consumo. Os trabalhos promoveram uma crítica científica de cunho altamente reflexivo sobre o cenário contemporâneo, mediante uma interlocução comprometida por parte dos expositores que demonstraram possuir qualificação para argumentar sobre essas complexas questões contemporâneas.

A diversidade dos temas apresentados também trouxe um anseio generalizado pelas novas abordagens que as temáticas merecem e que não se resumem a uma ótica exclusivamente normativa. As discussões de alto nível entre os pesquisadores de diversas partes do País trouxeram imensa satisfação às Coordenadoras desse Grupo de Trabalho que puderam vivenciar tão enriquecedora experiência.

No intuito de revisitar os temas e autores, passa-se a fazer breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra.

Os autores Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, apresentam um estudo sobre o superendividamento e seus reflexos na sociedade contemporânea partindo da compreensão da modernidade líquida e dos novos pobres no artigo O Superendividamento como um problema de Direitos Fundamentais.

Partindo das patologias do consumo na sociedade moderna, e as diferentes implicações nas questões sociais, ambientais e econômicas as autoras Livia Gaigher Bosio Campello e

Mariana Ribeiro Santiago discorrem sobre as novas dinâmicas da locação de coisas, ressignificação da propriedade e efetivação do consumo solidário e sustentável.

Em Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira, os pesquisadores Everton Das Neves Gonçalves e Joana Stelzer ao tratar de diagnosticar o cenário contemporâneo da certificação do Comércio Justo, especialmente no âmbito brasileiro, demonstram que os princípios jurídicos, as regras de certificação e os códigos de conduta nada mais são do que estímulos normativos para uma mudança do comportamento de consumidor para agente de transformação social.

Analisando a aplicação dos sistema S1 e S2 de Daniel Kahneman no sistema consumista e evidenciando conceitos e origens do sistema consumista, os autores Jose Everton da Silva e Marcos Vinícius Viana da Silva buscam compreender qual dos dois sistemas é aplicado no momento da compra dos novos produtos.

Trazendo à tona e inserindo o conceito da obsolescência programada no contexto da sociedade de risco, os autores Sérgio Augustin e Daniel Bellandi realizam uma breve crítica ao pensamento econômico da era da modernidade e apontam que, se observadas a pleno o conceito de obsolescência programada, consumo, consumismo e crescimento econômico, encontraremos intrínsecas inúmeras possibilidades de atenuação da crise ambiental em nosso planeta.

Tratando em seu artigo de formas a potencializar a segurança do consumidor e ao mesmo tempo fomentar o mercado de incorporações imobiliárias, os pesquisadores Leandro de Assis Moreira e Franco Giovanni Mattedi Maziero apresentam a utilização conjunta dos dois instrumentos, ou seja, o patrimônio de afetação em sociedade de propósito específico para o desenvolvimento de cada empreendimento de incorporação imobiliária.

Já em O apelo midiático e a publicidade subliminar no atual contexto das relações de consumo: Implicações e Responsabilidades, a autora Alana Gemara Lopes Nunes Menezes traz à tona a problemática das práticas publicitárias enganosas, especialmente a técnica subliminar e o merchandising, sua tutela pelo Direito e as suas consequências para o consumidor brasileiro.

Sergio Leandro Carmo Dobarro e Andre Villaverde de Araujo, ao estudar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, demonstram

que o mesmo deve funcionar como arcabouço de concretização de direitos e imputação de saldo benéfico ao processo, protegendo de modo mais energético àqueles que findam encaixilhados como vítimas pontuais na sociedade consumerista.

Partindo da conceituação enquanto bem jurídico supraindividual e a ausência de efetividade no plano da concretude, os autores Ângelo Maciel Santos Reis e Felipe Carneiro Pedreira da Silva em A (in)eficácia dos tipos penais do Código de Defesa do Consumidor tratam acerca dos tipos penais presentes no referido código, demonstrando que a proteção aos direitos da coletividade se torna inadequada ou insuficiente sob a perspectiva do Direito Penal.

Ao apresentar o caso do superendividamento sob o enfoque da legislação brasileira e a importância da propositura de soluções eficazes para frear tal fato, os pesquisadores Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura e Manoel Alexandre Cavalcante Belo demonstram a necessidade emergencial de uma reforma no Código de Defesa do Consumidor, bem como, que o superendividamento é uma questão de ordem pública, e como tal deve ser tratado.

Em A incidência e aplicabilidade do recall nas relações de consumo brasileiras, Patricia Martinez Almeida e Vladmir Oliveira da Silveira tratam do tema citado concluindo que nas relações em que ocorre o presente instrumento ainda não são satisfatórias, tanto em relação à falta da necessária transparência nas informações, seja pela abrangência de sua incidência prática.

Relatando a atividade administrativa das audiências de conciliação no âmbito do PROCON-TO como uma tentativa de dar uma resposta do poder público satisfatória ao consumidor, as autoras Renata Rodrigues de Castro Rocha e Liliane de Moura Borges reconhecem o serviço que vem sendo prestado à sociedade pelo PROCON-TO e Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, concluindo que os Estados podem lançar mão desse tipo de mecanismo para tentar superar o obstáculo organizacional.

Abordando o dever de informação nos Contratos de Seguro-Saúde como desdobramento do Princípio da Boa-Fé Objetiva, os pesquisadores Evelise Veronese dos Santos e Roberto Wagner Marquesi expõe esse dever como de extrema importância, por isso as partes devem observar com rigor seu dever de informar, atingindo, com isso, a ideia da transparência contratual.

Discutindo sobre a crescente demanda do Direito Contratual relacionado ao Direito do Consumidor, Stefania Fraga Mendes e Roberto Alves de Oliveira Filho em seu artigo O

princípio da boa-fé como instrumento de equilíbrio e proteção nas relações de consumo no Brasil e na União Européia apresentam a aplicação do instrumento ora citado como um meio para a redução da desigualdade negocial entre consumidor e fornecedor.

Por fim, os autores Sérgio Augusto Pereira Lorentino e Leonardo Macedo Poli fazem uma análise da autonomia dos consumidores nos contratos dentro da contemporaneidade.

As discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores na área consumerista, fomentando e amadurecendo a pesquisa na área do Direito, visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros do CONPEDI.

É com muita satisfação que apresentamos esta obra. É garantida rica leitura e reflexão a todos.

Coordenadoras do Grupo de Trabalho

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr UNICURITIBA

Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira - UFU

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO PELA DIVULGAÇÃO DE MENSAGEM PUBLICITÁRIA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

CIVIL LIABILITY OF MESSAGE OF DISCLOSURE OF COMMUNICATIONS MEDIA ADVERTISING IN THE AREA OF CONSUMER AFFAIRS

Josinaldo Leal De Oliveira

Resumo

O presente escrito apresenta o tratamento jurídico da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo no que toca a figura dos meios de comunicação, analisando, inclusive, ainda que brevemente, os aspectos gerais sobre a responsabilidade civil aplicada no CDC, para em seguida analisar o núcleo desse trabalho que é a responsabilidade dos meios de comunicação pela divulgação de mensagem publicitária ilícita. Na medida em que deixaram de ser meros mensageiros de ofertas de produtos e serviços e ganharam destaque na relação de consumo em razão do poder atrativo que exercem sobre os consumidores, identifica-se que devem os meios de comunicação serem responsabilizados pelos danos causados aos consumidores, quando divulgam mensagens publicitárias ilícitas e, aqui, de logo, aponta-se que essa responsabilidade deve ser objetiva, conforme a sistemática adotada pelo CDC. Outro não pode ser o entendimento, uma vez que vigora no CDC como regra geral a responsabilidade objetiva. Para chegar-se a este raciocínio basta observar que o legislador constituinte elevou a condição de direito fundamental a proteção e defesa do consumidor, dada a sua reconhecida vulnerabilidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Meios de comunicação, Responsabilidade objetiva, Publicidade ilícita.

Abstract/Resumen/Résumé

This writing provides the legal treatment of liability under the consumer relations as regards the figure of the media, analyzing, even if only briefly, the general aspects of the liability applied to the CDC, to then analyze the core of this work is the responsibility of the media for the dissemination of illegal advertising message. To the extent that no longer mere messengers of product offerings and services and gained prominence in the consumption due to the attractive power they exert over consumers, identifies that the media should be held responsible for damage caused to consumers, when disclose unlawful advertisements, and here's logo, it is pointed out that this responsibility should be objective, according to the system adopted by the CDC. Other can not be understanding, as in force at the CDC as a general rule strict liability. To get to this reasoning sufficient to note that the constitutional legislator raised the right condition fundamental protection and consumer protection, given its recognized vulnerability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Media, Strict liability, Illegal advertising.

1. INTRODUÇÃO

A publicidade sempre se fez presente no mercado, funcionando como mola propulsora da economia, tendo relevante importância para o desenvolvimento. Contudo, alguns cuidados devem ser observados quando se está em uma sociedade de consumo em massa, ainda mais quando o consumidor direto das mensagens publicitárias é vulnerável.

As mensagens publicitárias são comumente divulgadas pelos meios de comunicação, na maioria das vezes contando com sua credibilidade e força de alcance junto aos consumidores. Diante dessas aparições, muitas vezes ilícitas, os profissionais da publicidade identificaram que o sucesso de seus anúncios não dependia apenas de suas criatividades, mas de outros fatores de fundamental importância para a concretização do objetivo maior que é induzir consumidores ao consumo, como a qualidade do produto, a força da marca e, principalmente, o veículo utilizado para a divulgação da mensagem publicitária.

Não há novidade alguma em dizer que os meios de comunicação possuem a capacidade de influenciar ou persuadir pessoas e que essa capacidade por vezes é mal utilizada. Neste particular, pode-se destacar a figura dos meios de comunicação, que têm presença cada vez mais marcante no dia a dia das pessoas, induzindo-as ao consumo, uma vez que não realizam uma mera divulgação.

Recentemente, tem-se visto nos meios de comunicação em massa como televisão, jornais, revistas rádios e *internet*, etc. uma série de mensagens publicitárias ilícitas. O fato é que muitos consumidores são atraídos pelos anúncios divulgados em meios de comunicação, em razão da credibilidade e confiança transmitida, até então, pela presença dos meios de comunicação, que garantem ser um excelente negócio.

Assim, o presente escrito tem como objetivo analisar o regime jurídico da responsabilidade civil dos meios de comunicação pela divulgação de publicidade e o seu vínculo com o regime de proteção de defesa do Consumidor no Brasil.

Logo, o presente trabalho navega em torno dos seguintes questionamentos: é possível responsabilizar os meios de comunicação que são contratados para divulgar determinados produtos ou serviços em mensagens publicitárias se o conteúdo dessas mensagens é abusivo ou simplesmente visa a enganar o consumidor? Sendo responsabilizados, aplica-se a esses entes o sistema de responsabilidade consagrado no Código de Defesa do Consumidor? e por fim, qual o entendimento jurisprudencial brasileiro sobre a responsabilidade dos meios de comunicação pela divulgação de publicidade no âmbito das relações de consumo?

Para responder essas indagações, faz-se necessário identificar se esses veículos de comunicação possuem a capacidade de influenciar os consumidores a adquirir determinados produtos ou serviços e alcança-los no mercado de consumo, em seguida analisar de forma interpretativa o sistema adotado pelo CDC para responsabilizar aqueles que causem danos aos consumidores.

2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem se apresentado como o segmento do direito civil que mais evidenciou transformações ao longo dos séculos. A partir de um contexto histórico visualiza-se que no passado distante a ideia prevista para a responsabilidade civil decorria da sua incidência sem análise de culpa, na essência da Lei das XII Tábuas, que pregava a pena do Talião.

A doutrina registra que essa concepção foi transformada pela *Lex Aquilia de Damo*, que passou a instituir a necessidade de verificação de culpa para instituir a responsabilidade civil, que passou a fixar diretrizes para uma responsabilidade extracontratual. Flávio Tartuce afirma que:

> A partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações privadas modernas, como o Código Civil Francês, de 1984. (TARTUCE, 2012, p.294).

Porém, tem-se por certo que a conotação de culpa no Direito Romano diverge daquela instituída com a *Lex Aquilia* e, principalmente, da conotação atual de culpa. O direito francês, com as disposições do Código Napoleônico deram impulso a novas variáveis sobre a responsabilidade civil, instituindo como elementos clássicos a conduta do agente, a culpa em sentido amplo, o nexo de causalidade e o dano.

Por certo, diversas disposições normativas nos mais diversos sistemas jurídicos dedicaram-se a regulação da responsabilidade civil, tanto no âmbito privado, quanto no âmbito público. No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 consagrou a regra da responsabilidade civil subjetiva, a exigir a perquirição da culpa do agente para a sua implementação.

Após o Código Civil de 1916, surgiu o advento do CDC, com uma nova roupagem para o sistema de responsabilidade civil, como será adiante abordado, consagrando um sistema independente de análise da culpa, como regra. No cenário seguinte, o Código Civil de 2002, implementou de forma essencial a era da responsabilidade objetiva, embora, para uma parte da doutrina ainda vigora a regra da responsabilidade subjetiva.

O Código Civil de 2002 manteve a postura de tratamento da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, com regramento normativo específico, sendo o conjunto de artigos 389 ao 391 para a primeira espécie e os artigos 186 e 927 para a segunda. No dizer de Raúl Aníbal Etcheverry (1997, p.792), “a responsabilidade extracontratual importa o reconhecimento do ordenamento a um princípio geral de direito: o dever de não gerar dano e em caso de ter gerado, a consequente obrigação de repara-lo” (Tradução nossa).

A partir da constatação da lesão de direitos com a verificação de um ato ilícito, poder-se-á conceber a responsabilidade civil e, portanto, o dever de indenizar, se presentes os elementos essenciais já apontados alhures. No dizer de Flávio Tartuce:

> O ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. (TARTUCE, 2012, p.309).

Pode-se afirmar que o ato ilício constituiu-se da ocorrência de lesões a direitos de outrem, com a efetividade de danos. Daí, surge a obrigação de indenizar. Vale ressaltar que o legislador no Código Civil de 2002 ainda concebeu que o ato ilícito pode também decorrer da configuração do abuso de direito, com previsão no artigo 187 da citada norma.

Cabe destacar, no âmbito da responsabilidade civil que a sua caracterização está sujeita a verificação dos elementos estruturantes ou dos pressupostos do dever de indenizar. Embora exista na doutrina divergências quanto aos elementos estruturantes, pode-se apontar que prevalece, de forma geral, o reconhecimento dos seguintes elementos: conduta ou ação humana; culpa; nexo de causalidade e dano.

A falta de um desses elementos, a depender da espécie de responsabilidade civil verificada, poderá elidir o dever de indenizar. Assim, cabe aqui pontuar, de forma genérica, esses elementos, no propósito de bem estruturar o trabalho.

A conduta humana a ensejar a responsabilidade civil deve ser aquela decorrente de conduta voluntária, caracterizando-se, essencialmente, pela voluntariedade. Flávio Tartuce aponta que:

> A conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno. (TATURCE, 2012, p.343).

No que toca a culpa, a partir de uma concepção ampla, tem-se o posicionamento de Maria Helena Diniz:

> A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as suas consequências. (DINIZ, 2008, p.41).

Porém, de forma geral, pode-se apontar que a culpa se configura na inobservância de um dever preexistente. Outro elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade. Esse elemento é essencial, pois promove o vinculo entre a conduta do agente e o resultado danoso. Com propriedade, Flávio Tartuce explica a essencialidade do nexo de causalidade aduzindo que:

> O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. [...] Como é um elemento imaterial ou espiritual, pode-se

> imaginar que o nexo de causalidade é um cano virtual, que liga os elementos da conduta e do dano. (TATURCE, 2012, p. 356).

Vale destacar que o nexo causal é efetivamente essencial a configuração da responsabilidade civil, sendo exigido, inclusive, para as modalidades de responsabilidade que a culpa é elemento dispensável, como ocorre na responsabilidade objetiva.

Como último elemento da responsabilidade civil tem-se o dano. Sem dano não há que se falar em responsabilidade civil. Nesse particular, vale registrar que Flávio Tartuce (2012, p.373) noticia em sua obra a existência de corrente doutrinária que dispensa o elemento dano. O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. O primeiro decorre da lesão ao patrimônio de um indivíduo, abarcando além das pessoas naturais, as pessoas jurídicas, ao passo em que o segundo decorre da ofensa ou lesão aos direitos da personalidade.

Evidenciado os aspectos gerais da responsabilidade civil, torna-se oportuno o enquadramento do tratamento concedido no sistema de proteção e defesa do consumidor, para o devido foco no tema do presente trabalho.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Torna-se necessário, desde já, um mapeamento do sistema da responsabilidade civil no âmbito do Direito do Consumidor, para em seguida se enfrentar a possibilidade da responsabilização dos meios de comunicação pela divulgação de publicidade ilícita que produza danos ao consumidor, salientando que estes danos poderão atingir consumidores individualmente considerados, bem como a própria coletividade.

É certo que a responsabilidade civil decorre de um inadimplemento obrigacional, ou como no dizer de Flávio Tartuce (2012, p.293) da “desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.”. Tradicionalmente a responsabilidade civil era apresentada por uma origem contratual ou extracontratual. Porém, o sistema de proteção e defesa do consumidor modificou essa realidade, no âmbito das relações de consumo.

O CDC introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova sistemática no tocante à responsabilidade civil. Até então, residia no antigo artigo 159 (atual artigo 186) do Código Civil a ideia geral da responsabilidade civil no nosso ordenamento, sendo facilmente possível identificar no referido dispositivo os elementos essenciais da responsabilidade. Nesse sentido, segue a redação do dispositivo citado:

> Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Pode-se verificar, da análise do artigo supratranscrito, que a responsabilidade civil, em regra, é composta por quatro pressupostos, quais sejam, ação ou omissão, culpa[1] ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima, nesse sentido vigora, inclusive, o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2003).

No entanto, o instituto da responsabilidade não foi modificado pelo legislador consumerista, apenas passou a ser aplicado de forma diversa, em razão da tutela outorgada. Pode-se dizer que a regra que vinha sendo utilizada no ordenamento jurídico civil foi alterada, o que levou Sérgio Cavalieri Filho (2003, p.39) a dizer que "não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo".

O legislador consumerista, com a edição do CDC, atribuiu como regra geral do microssistema das relações de consumo a responsabilidade objetiva, excepcionando a subjetiva. Nesse sentido pondera Sérgio Cavalieri Filho:

> [...] a responsabilidade estabelecida no CDC é objetiva, fundada no *dever e segurança* do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 39, *grifos do autor*).

Com a responsabilidade objetiva como regra do sistema consumerista, o fornecedor passa a responder, independentemente de culpa, perante o consumidor pelos vícios dos produtos ou serviços, bem como por danos decorrentes de acidentes de consumo. Essa nova ordem do

[1] Os Autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003) entendem que a culpa não é um elemento essencial, mas sim acidental, entendendo serem apenas três os pressupostos gerais da responsabilidade civil: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

sistema de responsabilização, em verdade, buscou satisfazer um dos princípios norteadores do CDC que é a proteção integral do consumidor.

A responsabilidade objetiva, inevitavelmente, mudou a postura dos fornecedores no mercado de consumo, gerando-lhes repercussões, inclusive, econômicas. Nesse sentido, tem-se a posição de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes:

> [...] a grande novidade positivada foi o estabelecimento da responsabilidade dos agentes econômicos baseada na ausência de culpa, inaugurando uma nova fase na ordem econômica do País, na medida em que os fornecedores de produtos ou serviços, necessariamente, terão de incluir nas suas previsões administrativas este novo elemento gerador de custos (BONATTO; MARAES, 2009, p. 115).

É inquestionável o avanço que essa nova diretriz da responsabilidade civil proporcionou ao ordenamento, visando estabelecer de forma efetiva a máxima da proteção e defesa do consumidor.

Entretanto, não se deve vincular esse avanço legislativo com a ideia de estar o consumidor super protegido, enquanto que o fornecedor tem seus deveres aumentados. No tocante ao aspecto processual, a doutrina costuma colocar que a responsabilidade objetiva não desonera o consumidor de seus deveres probatórios, bem como não alterou a regra de disposição probatória definida no Código de Processo Civil, uma vez que prevalece entendimento de que, ao consumidor, "cabe-lhe provar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço" (BONATTO; MARAES, 2009, p. 116).

O legislador regulou o sistema da responsabilidade civil do fornecedor a partir do artigo 12 do CDC, ao tratar da responsabilização pelo fato do produto e do serviço, visando "proteger os bens da vida, que não se constituem apenas de coisas materiais, mas também daquele conjunto de bens legados ao espírito, aos sentimentos, á inteligência, que complementam o patrimônio de uma personalidade" (CAMPOS, 1996, p. 168). Distinguiu assim, nitidamente, da responsabilidade por vício do produto e do serviço. Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, sinalizam que:

> [..] criou o legislador consumerista duas órbitas bastante definidas. A primeira delas, a partir do artigo 12 do CDC, procurando abranger as situações onde houvessem danos à incolumidade psíquica ou física do consumidor, bem como quando ocorressem prejuízos externos ao produto ou serviços utilizados. A Segunda corresponde aos prejuízos causados internamente, no próprio produto ou serviço viciado, indicando mais uma

> noção de prejuízo patrimonial, o que pode ser visto a partir do artigo 18 do CDC" (BONATTO; MARAES, 2009, p. 114).

Constata-se no *caput* do artigo 12 do CDC de forma explícita a intenção do legislador consumerista de impor a responsabilidade objetiva do fornecedor como regra nesse microssistema. Para Maria Luiza de Saboia Campos (1996, p.169), posicionando-se de forma contraria, o CDC conferiu proteção mais direta no artigo 12 do que aquela conferida nos artigos que tratam do vício do produto e do serviço e, diante desse fato, entende que o legislador não consagrou a responsabilidade objetiva nos arts. 18 e seguintes.

Malgrado tal posicionamento, percebe-se que no CDC vigora a responsabilidade objetiva como regra geral decorrente do princípio da proteção integral, estabelecido no artigo 6º, VI, devendo todos aqueles que de alguma forma causar danos ao consumidor responderem independentemente de culpa. Em verdade, uma das ressalvas a esta regra encontra-se disposta no artigo 14, § 4º do CDC, ao conferir, excepcionalmente, responsabilidade subjetiva no âmbito das relações de consumo aos profissionais liberais.

Ao lado da responsabilização por fato e vício do produto, bem como do serviço, tem-se, e de grande relevância, a responsabilização regulada no CDC em relação às práticas comerciais, principalmente àquelas relacionadas com a publicidade, passando o CDC a tratá-la a partir do artigo 30. Regula, ainda, em seu capítulo V, outros tipos de práticas comerciais, como a oferta, as práticas abusivas, a cobrança de dívidas e os bancos de dados, não sendo as últimas objeto de estudo no presente trabalho.

4. A RESPONSABILIDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO PELO CONTEÚDO DAS MENSAGENS PUBLICITÁRIAS

Relevante é o conceito de responsabilidade fornecido por Vitor Gonçalves (1997), ao ponderar que seguramente é um dos mais importantes para a Ciência do Direito, "uma vez que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito".

A princípio, pode parecer assustador querer responsabilizar os meios de comunicação pela mensagem publicitária de que ele divulgue e de logo surgiriam questionamentos no sentido de que o Direito estaria inviabilizando o desempenho da atividade desses entes em anúncios,

divulgações e lançamentos de produtos e serviços. Como será explicitado, a tese do presente trabalho não busca inviabilizar a participação dos meios de comunicação na divulgação de mensagens publicitárias, mas sim criar nesses entes um senso de responsabilidade, levando-se em conta o papel que exercem na sociedade.

Em verdade, nada de absurdo há, uma vez que o microssistema consumerista é regido pelo princípio da proteção integral, devendo todos aqueles que provocarem danos a consumidores responderem solidariamente, *ex vi* artigo 7º do CDC.

Relevante é o entendimento de Maria Luiza de Saboia Campos, ao analisar a necessidade de se incutir o senso de responsabilidade, afirmando que:

> [...] quanto mais consciente cada indivíduo for de que ele é diretamente responsável pelos seus atos, e indiretamente pela qualidade de vida da coletividade a que pertença, maior será a evolução social, cultural, econômica e jurídica que a civilização irá alcançar. [...] a responsabilidade civil oferece solução ao conflito entre o direito à confiança, à liberdade de expressão, à informação e o respeito aos direitos da personalidade; impõe ao causador de um dano material ou moral a obrigação de reparar o dano causado. (CAMPOS, 1996, p. 284)

Sabe-se, que o consumidor é figura vulnerável e frágil no mercado de consumo, ficando, muitas vezes, exposto a práticas desleais promovidas por fornecedores e publicitários que encontram nos meios de comunicação um efetivo instrumento capaz de influenciar o consumidor, em razão de sua credibilidade, poder e força econômica. Desta feita, não pode o Direito virar as costas para o consumidor não imputando responsabilidade aos meios de comunicação simplesmente por não haver expressa previsão legal.

Analisando a ausência de previsão expressa em relação à responsabilização dos meios de comunicação e dos demais agentes que participam das mensagens publicitárias, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p. 146) afirma que “no direito pátrio não existe norma expressa sobre o assunto, porém tal fato não significa que eventuais coparticipantes da criação e veiculação da publicidade não sejam por ela civilmente responsáveis”.

A relevância do papel que os meios de comunicação exercem sobre o consumidor por meio das mensagens publicitárias é tamanha que o próprio Código de Auto-Regulamentação Publicitária dedicou-lhe atenção especial ao dispor no seu artigo 3º, nos seguintes termos:

> Art. 3º - Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor.

inúmeras situações existem em que os meios de comunicação desvinculam-se de preceitos éticos e preocupam-se tão somente com o retorno financeiro que irá obter ao divulgarem publicidades sem qualquer tipo de análise previa ou verificação, expondo os consumidores a mensagens publicitárias ilícitas, provocando, por vezes, danos a diversos consumidores.

O artigo 15 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária prevê que todos aqueles que estiverem envolvidos na atividade publicitária devem desempenhá-la conforme os padrões éticos de conduta constantes naquele regulamento. Nesse particular, oportuna a transcrição do referido dispositivo:

> Art. 15 - Os padrões éticos de conduta estabelecidos neste Código devem ser respeitados por quantos estão envolvidos na atividade publicitária, sejam Anunciantes, Agências de Publicidade, Veículos de Divulgação, sejam Publicitários, Jornalistas e outros Profissionais de Comunicação participantes do processo publicitário.

Os meios de comunicação ao divulgarem a mensagem publicitária deve assumir os riscos inerentes ao desenvolvimento de qualquer atividade, de tal sorte que deve recair também sobre ele a responsabilização no caso de publicidade ilícita. Por certo, os meios de comunicação não podem violar o dever de informação que lhe é imposto em razão de sua inserção como integrante da cadeia de consumo, devendo agir com boa-fé e lealdade perante o consumidor.

No que se refere à responsabilização dos meios de comunicação que divulgam publicidade, a doutrina nacional não se debruçou com afinco sobre o tema, mas, ainda assim, encontram-se posições que solidificam o cabimento da sua responsabilização. Nesse sentido discorreu Carlos Alberto Bittar:

> [...] sob esses parâmetros centrais, deve nortear-se a publicidade, para adequar-se ao regime legal em questão, sob pena de suportar seus infratores as consequências descritas, envolvendo-se, no circuito de repressão, criadores, agências e anunciantes, ou todos solidariamente, conforme o caso, consoante os princípios e as regras que governam a teoria da responsabilidade civil. Vale dizer, desde que conscientemente participem da veiculação, todos os que atuam na gestão e na comunicação da mensagem atentatória podem vir a enredar-se nas malhas do regime repressivo de defesa do consumidor (BITTAR, *apud* GUIMARÃES, 2001, p. 161).

O aspecto relevante sobre a responsabilidade dos meios de comunicação está na forma como irão responder diante de um dano causado ao consumidor ou à coletividade – perfeitamente possível tratando-se de publicidade –, uma vez que em regra questionar-se-ia sobre a sua relação ao dano. Diante dos atributos que possuem os meios de comunicação, como já demonstrado, presume-se a cooptação dos consumidores em razão da divulgação de publicidade nesses mecanismos de comunicação, cabendo-lhes demonstrar que não faltará com os deveres de informação, lealdade, veracidade e, principalmente, boa-fé.

4.1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Verificada a possibilidade e necessidade de responsabilização dos meios de comunicação pela divulgação de publicidades ilícitas por ocasionarem danos aos consumidores, passa-se a analisar de que forma incidirá essa responsabilidade, uma vez que os meios de comunicação passaram a integrar a cadeia de consumo, certamente sobre eles incidirá as disposições do CDC.

Cabe apontar que até o ano de 2009, a responsabilização dos meios de comunicação no Brasil decorria de uma concepção subjetiva, em razão dos termos da Lei de Imprensa, que instituía como pressuposto para o reconhecimento de uma responsabilização a materialização de uma conduta culposa ou dolosa do agente.

Uma calorosa parte da doutrina entendia que em razão da Lei de Imprensa ser uma norma de caráter especial, teria o condão de afastar a regra da objetivação prevista no CDC e, posteriormente no próprio Código Civil de 2002. O fato é que no ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa é incompatível com a atual ordem constitucional, razão pela qual, por si só, foi retirado do sistema jurídico os eventuais óbices ao reconhecimento da responsabilidade objetiva dos meios de comunicação.

Por certo, não é tarefa difícil identificar que os meios de comunicação devem responder objetivamente pelos danos causados ao consumidor em razão da divulgação de mensagem publicitária ilícita. Chega-se a essa posição a partir de uma hermenêutica principiológica e legal das normas do CDC e da CRFB/88.

A CRFB/88 atribuiu à proteção ao consumidor o *status* de direito fundamental, conforme disposição do artigo 5º, XXXII, tendo como uma de suas formas de expressão a edição do CDC, seguindo determinação trazida no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Apesar da Lei 8.078/90, ser uma legislação de fácil assimilação e não demandar maiores reflexões para a sua perfeita interpretação e aplicação, ainda existem uma série de equívocos por parte da doutrina e dos aplicadores do Direito que não exploram a real dimensão daquele diploma.

Afirma Rizzatto Nunes (2004, p. 69) que "a Lei 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, ela é prevalente sobre todas as demais normas anteriores ainda que especiais que com ela colidirem". Portanto, por ser de ordem pública e de cumprimento obrigatório observa-se que todos os seus princípios também o são, principalmente, o da proteção integral consagrado no artigo 6º do referido diploma.

Por outro lado, o CDC regulou de forma clara o seu sistema de responsabilização, promovendo como regra geral a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de culpa, exteriorizando assim os princípios que o norteia. Há que se verificar que o legislador consumerista mencionou, excepcionalmente, a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais e sociedades coligadas, apenas e tão somente nestas hipóteses.

De tal sorte, em hipótese alguma poderá haver uma interpretação extensiva para prejudicar o consumidor – uma vez que o instituto da responsabilidade objetiva surgiu no microssistema consumerista para consagrar a proteção dos consumidores –, ainda mais por não haver regulação diversa sobre a responsabilidade objetiva e nem tão pouco ter sido a intenção do legislador ampliar a possibilidade de aplicação da responsabilidade subjetiva, pois se assim fosse teria previsto expressamente como o fez no artigo 14, §4º do CDC. Cabe destacar que o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva dos meios de comunicação decorre da devida hermenêutica principiológica do CDC, com interpretação sistemática.

O CDC instituiu como regra do sistema consumerista a responsabilidade objetiva e solidária. Desta forma, quando interpretamos conjuntamente os artigos 7º, parágrafo único com o § 1º do artigo 25, visualizamos a referida regra. Neste particular, relevante a transcrição dos dispositivos em comento:

> Art. 7° - Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.
> Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.
> Art. 25 - É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.
> § 1° Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Enfrentando o tema da responsabilidade atinente a publicidade, sob a perspectiva objetiva, aponta Rizzatto Nunes:

> Seguindo a regra geral da Lei 8.078/90, para a averiguação da abusividade do anúncio não há necessidade de exame do dolo ou da culpa do anunciante. Para que fique caracterizada a infração, basta que o anúncio em si comporte abusividade ou que na sua relação real com o produto ou serviço anunciado possa causar dano. Não há que fazer a pergunta a respeito de dolo ou culpa, porque, mesmo que esses elementos não se verifiquem, ainda assim o anúncio será tido como abusivo. A responsabilidade do anunciante, de sua agência e do veículo é objetiva, e como tal será considerada. (RIZZATO, 2004, p.73).

Vale aqui dizer que o legislador consumerista concebeu a teoria do risco da atividade para responsabilizar todos aqueles que participam da publicidade enganosa ou abusiva, quer seja na sua criação, quer seja na sua divulgação.

É nítido o dever do fornecedor desenvolver suas atividades em consonância com os ditames da boa fé objetiva, com respeito a informação e a transparência no âmbito das mensagens publicitárias. Todavia, quando o fornecedor viola esse dever, deve ser responsabilizado pelos danos causados aos consumidores. Ocorre que, em razão da funcionalidade que deve nortear toda e qualquer relação jurídica, os meios de comunicação não podem veicular mensagens publicitárias ilícitas, pois possuem o dever social e ético de respeito à dignidade dos consumidores. A divulgação de mensagens publicitárias ilícitas implica na responsabilização do veículo de comunicação que a propagou, tais como rádios, emissoras de televisão, revistas, jornais e etc., por inobservar o dever de verificação preventiva da mensagem que pretende divulgar.

Frise-se, de logo, que não se estar a suscitar um cerceamento a livre expressão. O sistema preventivo de proteção e defesa do consumidor exige condutas imperativas no sentido de evitar que danos ocorram, até porque está se tratando de mensagens comerciais e não informativas jornalísticas.

Diante dessas considerações, sendo a proteção ao consumidor preceito de interesse social e de cumprimento obrigatório, não é possível admitir interpretação das normas do CDC de forma a mitigar os princípios orientadores, como o da proteção integral, reparação efetiva de danos patrimoniais e morais, inclusive, os difusos e coletivos e a facilitação da defesa dos seus direitos.

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, ao posicionar-se pelo cabimento da responsabilidade objetiva fora daqueles casos em que há expressa disposição legal[2], afirma que:

> [...] com base na história da responsabilidade civil, não podemos sustentar que a responsabilidade objetiva só existe quando a lei expressamente não exija o elemento culpa; dever-se-á, a nosso ver, interpretar de forma sistemática, tentando buscar dentro daquele sistema jurídico a teoria acolhida pela norma (GUIMARÃES, 2001, p. 192).

Efetiva-se, desta forma, a responsabilidade objetiva como sendo a aplicada aos meios de comunicação no âmbito de atuação do CDC. Aqui cabe ilustrar, por exemplo, que no âmbito do direito argentino, a preocupação com a veracidade da mensagem publicitária e a responsabilidade dos meios de comunicação não é diferente. Entende-se, no direito argentino, que os meios de comunicação possuem o dever de verificação da idoneidade da mensagem publicitária que será divulgada, tendo em visto o poder de influenciar os consumidores inerente as mensagens publicitárias.

Enfrentando com propriedade o tema, nos ensina Roberto Alfredo Muguillo:

> A doutrina e a jurisprudência nacionais indicam que a publicidade honesta exige que o órgão publicitário – o meio de comunicação – seja responsável pelos anúncios que difunde, e para lograr essa finalidade deve atuar sem limitações (mesmo contratual), dado que se encontra em jogo seu maior dever de prudência e pleno conhecimento das coisas (artigo 902, Código Civil), pois sua atividade influi na mentalidade do público em general. Por isso, há a essência do contrato de publicidade e natural direito do meio de comunicação de

[2] Sérgio Cavalieri Filho (2003) tem entendimento diverso, entendendo somente caber responsabilidade objetiva se houver expressa disposição na lei.

> eliminar os meios, agressivos ou injuriantes avisos, ou mensagens publicitárias que podem entrar em conflito com o princípio do *alterun non laedere*. (Tradução nossa) (MUGUILLO, 2005, p.323).

Na estrutura do direito privado argentino, em especial na aplicação conjunta dos artigos 902 e 953 do Código Civil argentino, é possível extrair o dever de segurança que os meios de comunicação devem observar quando divulgam mensagens publicitárias, assim como a sua responsabilização pela inobservância dessa diretriz. Oportuna a transcrição dos referidos dispositivos:

> Art. 902 - Quanto maior for o dever de agir com prudência e pleno conhecimento das coisas, maior será a obrigação que resulte das consequências possíveis dos eventos.
> Art. 953 - O objeto dos atos jurídicos deve ser coisas que estão no comércio, ou que por um motivo especial não seja proibido que fosse objeto de algum ato jurídico, ou eventos que não seja impossível, ilegal, contrário à moral ou proibido por lei, ou que se opõem à liberdade de ações ou consciência, ou prejudicar os direitos de terceiros. Os atos jurídicos que não estejam em conformidade com esta disposição são objetos vazios. (Tradução nossa)

Roberto Alfredo Muguillo adverte que:

> O meio de comunicação que levar adiante a publicação ou emissão de mensagens publicitárias cujo conteúdo for atentatório a princípios como o contido no artigo 953 do Código Civil e violar aquele princípio do *alterun non laedere*, ou não cumprir com esse maior dever de prudência e pleno conhecimento das coisas que impõe o artigo 902 do Código Civil, estará sujeito a responder pelos danos materiais e morais que houverem ocasionado a qualquer terceiro. (Tradução nossa) (MUGUILLO, 2005, p.324).

Trabalhando com a ideia da responsabilidade civil objetiva, tem-se, ainda, o posicionamento de Ramón Daniel Pizarro (1999, p.391), que atribui o amparo da tese ao fundamento posto no artigo 1.113 do Código Civil argentino.

Como se evidencia, é possível encontrar no direito argentino lastro para amparara a tese da responsabilização dos meios de comunicação pela divulgação de mensagens publicitárias ilícitas, de forma a perceber a contribuição do referido sistema jurídico a devida efetivação da proteção ao consumidor.

Contudo, deve-se analisar os pressupostos inerentes à responsabilidade objetiva.

4.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Cumpre enfrentar, de logo, a definição de ato ilícito. Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 22), diz que "atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento". Há que se verificar que o conceito de ato ilícito é determinante para a responsabilidade civil. Para a responsabilização objetiva dos meios de comunicação deve-se constatar se houve conduta comissiva ou omissiva, dano e nexo causal.

Discorrendo sobre o tema, Sergio Cavalieri Filho (2003, p.32) conceitua ato ilícito como sendo "o conjunto de pressupostos da responsabilidade ou da obrigação de indenizar", para em seguida apresentar discussão que ocorre na doutrina a respeito da vinculação da *culpa* a ideia de ato ilícito. Para o autor não haveria em se falar que na "responsabilidade objetiva por não estar presente a figura da *culpa*, existiria responsabilização por ato lícito, uma vez que essas hipóteses são excepcionalíssimas e previstas no Código Civil".

No tocante a ação ou omissão do agente, ambas expressões representam grande importância para o estudo da responsabilidade, uma vez que o ato ilícito terá origem justamente em um comportamento humano. Para Sergio Cavalieri Filho (2003, p. 42) a melhor expressão a ser utilizada é "conduta" que seria gênero de que são espécies a ação e a omissão, conceituando-a, ainda, como sendo "o comportamento humano voluntário que exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências judiciais".

Verifica-se que o ato ilícito irá ocorrer em razão de conduta comissiva ou omissiva, sendo a primeira expressa por uma conduta positiva, ou seja, um agir, danificar, lesionar, ferir, enquanto que a conduta omissiva se expressa de forma negativa, ou seja, deixar de agir, deixar de informar ou simplesmente deixar de fazer uma conduta que era devida.

Sobre o tema, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p. 162) afirma que "a publicidade (forma de informação) ilícita pode ocorrer por ação (publicidade falsa, enganosa e abusiva) ou por omissão (publicidade enganosa, *merchandising*, subliminar e redacional)". Afirma ainda o autor que:

> [...] a conduta comissiva terá lugar quando nos anúncios se disser algo ou, mesmo sem o uso da palavra, mostra-se ou demonstra-se algo falso, que possa induzir o consumidor em erro ou que viole a ordem pública, os princípios morais, éticos etc. [...] (GUIMARÃES, 2001, p. 162-163).

Verifica-se que, se os meios de comunicação têm o dever de prestar informações[3] verdadeiras e corretas e não o faz, ou seja, presta-lhe de forma falsa ou errada, deverão ser responsabilizados. É nesse sentido que Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p. 165), citando Agostinho Alvim afirma que "sendo um dever jurídico, a informação – a título oneroso ou gratuito – não poderia ser falsa".

Sérgio Cavalieri Filho ao tratar da conduta como pressuposto da responsabilidade salienta que a omissão pura e simples não reproduz maiores efeitos na esfera jurídica. Contudo, traz posicionamento relevante no sentido de que:

> [...] a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo [...] (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 43 *grifos do autor*).

Há que se verificar, portanto, que os meios de comunicação ao desenvolverem conduta comissiva ou omissiva que produza efeitos negativos no consumidor, deverão responder civilmente. Enfrentando o tema da conduta omissiva Paulo Jorge Scartezzini Guimarães assevera que:

> [...] todos aqueles que participam de uma publicidade têm a obrigação legal de prestar a informação de forma completa, impedindo o induzimento do consumidor a erro por essa ausência de dados. (GUIMARÃES, 2001, p. 167).

Como sendo talvez o pressuposto mais relevante da responsabilidade civil temos o elemento dano, haja vista que somente haverá possibilidade de indenização se for possível verificar a sua ocorrência. Tanto assim, que Sérgio Cavalieri Filho (2003, p. 88) afirma que "pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano[4]".

---

[3] Relevante é a ponderação de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p. 165-166), ao afirmar que "essas informações são dadas dentro de uma intenção negocial, deve a pessoa que a fornece, e que tem um interesse próprio, agir de forma a não causar dano ao destinatário da informação. È esse comportamento sincero, verdadeiro, que se espera do informante".

[4] Esse dano pode ser patrimonial ou moral. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 45/62) em relação ao dano patrimonial verificam que "se traduz em lesão aos bens e direitos

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 40), conceituam o dano "ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator". Afirmam, ainda, os referidos autores que o dano somente será indenizável se conjugarem requisitos mínimos, quais sejam, "a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica" e que o dano seja "certo e efetivo".

Constata-se que o dano pode ser tanto de natureza patrimonial quanto extrapatrimonial, podendo haver repercussão na esfera individual ou coletiva. Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p. 168), citando Adalberto Pasqualotto afirma que "os danos materiais estarão geralmente ligados à publicidade enganosa, enquanto os morais, às publicidades abusivas".

Ao se analisar o dano, deve-se de imediato verificar quem poderá sofrê-lo. Na hipótese levantada no presente trabalho é claramente identificável que os meios de comunicação poderão dar ensejo a realização de um dano transindividual.[5] O estudo desse dano tem se tornado cada vez mais relevante para o mundo jurídico, dada a importância dos bens que são afetados. Enfrentando o tema dos interesses difusos, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães apresenta posição de Celso Antônio Bandeira de Mello que se refere a esses interesses como sendo:

> [...] valores cuja titularidade transcende a esfera meramente individual das pessoas. São direitos que pertencem a todos, reunidos em comunhão social. Não se concentram em um titular único simplesmente porque inerem a todos e a cada um de nós, enquanto membros participantes da coletividade (...) Em todas as formações sociais, com maior ou menor intensidade, a presença desses interesses tem sido marcante: o direito à saúde, o direito à habitação, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a uma qualidade superior de vida, o direito à conservação da natureza, *o direito à publicidade comercial honesta* [...] (MELLO *apud* GUIMARÃES, 2001, p. 169, *grifos nosso*).

---

economicamente apreciáveis do seu titular, enquanto que o dano moral seria aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente".

[5] Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p.168) apresenta posição de Kazuo Watanabe que inclui como transindividuais o difuso e o coletivo, asseverando que o individual homogêneo é essencialmente individual, sendo coletivo apenas na forma em que são tutelados.

No tocante ao dano moral, deve-se observar que o ordenamento jurídico pátrio traz previsão expressa quanto ao seu cabimento na esfera dos direitos transindividuais. Outra não é a dicção do artigo 6º, VI do CDC ao prevê que é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos morais coletivos e difusos. Percebe-se que esse comando nada mais é que o desdobramento do disposto no artigo 5º, V da CRFB/88. Sobre o tema Paulo Jorge Scartezzini Guimarães comenta que:

> [...] a publicidade ilícita é típico exemplo de que pode ocorrer um dano transindividual, tanto moral como material, visto que a simples divulgação da mensagem publicitária (publicidade enganosa, abusiva e a que viola os princípios trazidos no artigo 36) pode atingir um grupo determinável de pessoas, como, por exemplo, aqueles que assistiram a anúncio divulgado por emissora de TV aberta [...] (GUIMARÃES, 2001, p. 170).

No que se refere à publicidade, a sua simples divulgação é capaz de produzir efeitos jurídicos perante o consumidor, podendo nas hipóteses de mensagem ilícita causar dano material e moral, devendo os meios de comunicação que dela participam, por divulgarem, responderem pela reparação. Sobre o tema Maria Luiza de Saboia Campos identifica que:

> [...] o dano se concretiza no momento em que se verifica a veiculação da publicidade enganosa ou abusiva, a qual atinge o consumidor, podendo, potencialmente, induzi-lo em erro já estando eivada pela ilicitude que faz ser reprovável e ensejadora de responsabilidade civil e sujeita às sanções jurídicas prevista no CDC [...] (CAMPOS, 1996, p. 260).

Maria Luiza de Saboia Campos (1996, p. 260-261) observa, ainda, que não é necessário que o consumidor sofra qualquer dano material, pois, no mínimo, com a veiculação de uma publicidade ilícita, haverá um dano moral coletivo ou difuso[6].

Ainda em relação ao dano, há que se verificar qual é a forma possível de identificar o valor da indenização que deveria arcar os meios de comunicação, uma vez que não há, e nem poderia existir, critério de fixação legal quanto ao dano moral, individual ou coletivo. Neste sentido prevalece o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho:

> [...] após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa

[6] Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p. 169) apresenta o conceito de dano moral coletivo de Bittar Filho, para quem esse dano é "a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores éticos coletivos". Afirma, ainda, o autor que a coletividade tem honra, tanto objetiva como subjetiva, e dignidade.

> possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido [...] (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 109).

Buscando encontrar uma diretriz para a determinação do *quantum* a ser fixado para a indenização por dano moral resultante da prática de publicidade ilícita, Maria Luiza de Saboia Campos acredita que seria possível obter essa determinação com:

> [...] a aplicação de critérios e parâmetros existentes na realidade econômica e na expectativa de lucro projetada no plano estratégico da própria campanha publicitária que carrega em si a ilicitude, a enganosidade ao a abusividade [...] (CAMPOS, 1996, p. 261).

Como se tem observado, o fator que vai determinar o valor a ser indenizado deverá surgir de um juízo de valor do magistrado que ao apreciar o caso concreto, deverá, necessariamente, ponderar pela razoabilidade e pela proporcionalidade.

Evidentemente, além de causar danos coletivos e difusos os meios de comunicação que divulgarem publicidade enganosa e abusiva serão responsabilizados por danos patrimoniais individuais. No entanto, nesta hipótese deverá o consumidor comprovar o seu dano, uma vez que está afastada aí a presunção existente no tocante ao dano moral.

Figurando como terceiro pressuposto da responsabilidade civil, tem-se a relação de causalidade ou simplesmente nexo causal. Para Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 33), trata-se da "relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado".

Em relação ao nexo de causalidade, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho destacam-no como sendo o mais complexo dos elementos da responsabilidade civil, trazendo tradicional posicionamento de Miguel Maria de Serpa Lopes:

> [...] Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. È uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço [...] (LOPES, *apud* GAGLIANO, PAMPLONA FILHO 2003, p. 95).

O nexo causal é elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil em todas as suas modalidades, uma vez que a sua ausência rompe o dever de indenizar. Nesse sentido, tem-se o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho ao verificar que:

> [...] não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. È preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que existia entre ambos uma necessária relação de causa e efeito [...] (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 65).

Inúmeras são as teorias que buscam delimitar a ideia de nexo de causalidade[7]. No entanto, a que vem sendo utilizada pela doutrina dominante em matéria de relação causal é a teoria da causa adequada. Sobre essa teoria, que vem sendo utilizada tanto no campo penal como no civil, Maria Luiza de Saboia Campos:

> [...] sustenta que não se devem levar em conta todas as condições *sine qua non*, mas somente aquelas que por sua existência tornaram objetivamente possível a realização do prejuízo. Essa teoria defende a ideia de adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de um resultado, atendendo ao que normalmente acontece segundo indicado pela experiência diária, no curso ordinário dos acontecimentos [...] (CAMPOS, 1996, p. 149).

Analisando a referida teoria Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p. 179) citando Antunes Varela afirma que "ocorrendo ato ilícito, ele será em princípio causa do evento, salvo se for de todo, indiferente na ordem natural das coisas para a produção do dano". Desta ordem, é que se pode perceber que existe uma presunção *iuris tantum* de nexo causal, impondo ao ofensor o ônus da prova em contrário[8]. Raciocínio esse totalmente possível em se tratando de direito do consumidor.

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p. 149) enfrenta a questão do poder de influência que o veículo de comunicação exerce sobre o consumidor, analisando o grau de credibilidade que determinadas fontes de informação possuem no público. Nesse sentido, o referido autor cita posição de Marcos Cobra ao afirmar que "diversos estudos indicam que uma fonte de alta credibilidade é mais persuasiva do que uma fonte de baixa credibilidade" (COBRA *apud* GUIMARÃES, 2001, p. 149).

Por essa razão, pode-se perceber que o veículo de comunicação ao lado dos ganhos que obtém com a publicidade, possui um conceito forte, respeito e aceitação do público, que por vezes corroboram a decisão do consumidor. Somente por essa razão já seria possível a responsabilização dos meios de comunicação.

---

[7] Maria Luiza de Saboia Campos (1996), apresenta uma classificação de teorias que enfrentam o nexo de causalidade: teoria da causa próxima, teoria da causa eficiente e da causa preponderante, teoria da causa adequada e a teoria da ação humana.

[8] Analisando a sistemática adotada no *commow law*, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães verifica a procedência deste raciocínio, uma vez que não precisa o autor da demanda provar de forma absoluta o nexo causal, o que em muitas situações seria impossível.

Por outro lado, não pode os veículos de comunicação querer afastar sua responsabilidade alegando que recebem dos anunciantes ou diretamente das agências o anúncio, não detendo sobre ele qualquer participação. Ora, mero engano. Cumpre-se verificar que os meios de comunicação não são obrigados a divulgarem mensagens publicitárias que entendam ilícitas e se assim fazem devem responder solidariamente com os demais agentes.

Ainda nesta vertente, em razão do comando disposto no artigo 36, parágrafo único, do CDC, que obriga os fornecedores a manterem todos os dados referente à publicidade (fáticos, técnicos e científicos), podem e devem os meios de comunicação averiguarem a procedência da mensagem antes de expô-la ao público. Tanto assim, que o Código de Ética Publicitária em seu artigo 45, *alínea c*, "recomenda aos veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle de anúncios". Há que se perceber que o veículo de comunicação ao divulgar anúncios publicitários também estará sendo inserido na cadeia de consumo, devendo, portanto, coadunar-se com os princípios que regem a sistemática consumerista.

Encontra-se, ainda, na Lei 9.294/96 (que regula a publicidade dos produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas) previsão expressa no tocante a responsabilidade dos meios de comunicação. Nesse sentido dispõe o artigo 9º, § 3º da referida lei: "Consideram-se infratores, para efeitos deste artigo, os responsáveis pelo produto, pela peça publicitária e pelo veículo de comunicação utilizado".

Verifica-se que outro não pode ser o entendimento dado para a responsabilização dos meios de comunicação que não o cabimento da responsabilidade objetiva. Paulo Jorge Scartezzini Guimarães se refere a este entendimento fazendo menção a teoria de proteção, que é conhecida no sistema americano como *duty of protectio*. "Para esta teoria bastaria, para a obrigação de indenizar, a demonstração da prévia obrigação do ofensor em proteger a vítima contra o evento causado pelo seu ato" (GUIMARÃES, 2001, p. 182).

4.3 HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Feitas essas colocações e após se ter verificado que os meios de comunicação respondem objetivamente de acordo com a sistemática consagrada no CDC, deve-se ressaltar que poderão os meios de comunicação terem afastada sua responsabilidade em alguns casos.

Evidentemente que a responsabilidade dos meios de comunicação não é absoluta, pois como demonstrado devem concorrer os pressupostos da conduta para viabilizar a indenização decorrente dos danos experimentados pelo consumidor, até mesmo porque não vigora na sistemática consumerista a ideia do risco integral, mas sim do risco da atividade.

Pode-se destacar a existência de quatro hipóteses de exoneração da responsabilidade dos meios de comunicação, quais sejam, não-divulgação da publicidade; inexistência de publicidade enganosa ou abusiva; inexistência de dano e inexistência de nexo causal.

Os meios de comunicação não serão responsabilizados se comprovarem que não divulgaram a publicidade enganosa ou abusiva, ou seja, que a mensagem publicitária foi divulgada por ente diverso daquele que se imputa a responsabilidade. Seria a hipótese de divulgação de uma mensagem pela rádio "X", quando se imputava a responsabilidade a emissora de televisão "Y". De maneira lógica, não divulgando a mensagem publicitária, sobre ele, ente integrante do meio de comunicação, não deve ser imputada responsabilidade por eventuais danos.

A outra hipótese de exclusão da responsabilidade é bastante clara, basta a constatação da inexistência do vício do produto ou do serviço, ou seja, que a publicidade não é enganosa ou abusiva, uma vez que não se enquadra nas disposições do artigo 37 do CDC. Entretanto, há que se verificar que não é apenas a publicidade enganosa ou abusiva que provocam danos aos consumidores, mas sim toda e qualquer publicidade ilícita *lato sensu*, ou seja, aquela que viola qualquer um dos princípios norteadores do CDC. Nesse particular, grande atenção deve ser dada aos elementos determinantes da enganosidade e da abusividade da mensagem publicitária.

Tem-se, ainda, a inexistência do dano como sendo causa de exclusão da responsabilidade dos meios de comunicação, haja vista que o dano é elemento indispensável na sistemática da responsabilização, pois sem dano não há que se falar em indenização. No entanto, tal causa somente poderá ser alegada nas hipóteses em que não houver uma presunção absoluta da

ocorrência do dano, como ocorre no caso de dano material individual decorrente da mensagem publicitária ilícita.

Na mesma quadra, tem-se a inexistência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta (comissiva ou omissiva) do meio de comunicação como causa de exclusão. Trata-se da mais evidente de todas as causas de exclusão, uma vez que rompido ou inexistente o vínculo entre o dano e conduta, desaparece o dever de responder pelo dano alegado.

Outra hipótese de exclusão da responsabilidade que pode ser suscitada e verificada é a do conhecimento da ilicitude pelo consumidor. Analisando essa causa de exclusão Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001, p.198) entende que "levando em consideração que a boa-fé deve estar presente em toda relação e se aplica a ambas as partes, poderá provar o réu ter tido o consumidor conhecimento da ilicitude da publicidade ou não ter sido influenciado pelo demandado". Dessa forma, devidamente comprovada a não cooptação do consumidor ou que não sofrera nenhum tipo de influência do meio de comunicação, não há que se falar em responsabilização deste.

Por fim, não caberá a responsabilidade dos meios de comunicação na hipótese de defeito específico na informação do produto ou serviço, ou seja, quando essa informação estiver diretamente relacionada com a natureza do produto, sendo somente possível, em condições normais, a constatação pelo fabricante ou produtor. Nesse sentido Paulo Jorge Scartezzini Guimarães posiciona-se:

> Tendo em vista que somente alguns fornecedores têm conhecimento sobre os riscos e defeitos não solucionados, o legislador limitou ao fabricante, ao produtor, ao construtor e às pessoas direta e efetivamente ligadas aos produtos (importador) a obrigação de indenizar a vítima [...]. (GUIMARÃES, 2001, p. 202)

Realizada essas considerações, consolida-se a hipótese de responsabilidade objetiva dos meios de comunicação lastreada no CDC, de forma que estariam os entes integrantes dos meios de comunicação isento de responsabilização quando se enquadrassem nas circunstâncias aqui descritas a título de excludente da responsabilidade.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O propósito do presente tópico reside na necessidade de demonstrar o caminho adotado pela jurisprudência brasileira no tocante ao tema da responsabilidade dos meios de comunicação

pela divulgação de mensagem publicitária ilícita. É possível encontrar com facilidade diversos julgados afastando a responsabilidade dos entes que integram os meios de comunicação, com fundamento em premissas, que ao que parece são equivocadas.

Como demonstrado alhures, imputar a responsabilidade civil aos meios de comunicação pela divulgação de mensagem publicitária ilícita não é nada metajurídico. Muito pelo contrário, o sistema jurídico consumerista disponibiliza instrumentos viáveis para a efetiva tutela do consumidor, impondo o reconhecimento da responsabilidade de todos os entes que participam da mensagem publicitária.

De logo, cumpre apontar que existem julgados reconhecendo a viabilidade da tese aqui sustentada. Tanto assim, que os tribunais já vêm se deparando com demandas dessa natureza e impondo a responsabilidade desses agentes. Cumpre noticiar o *leading case* do ordenamento jurídico brasileiro citado por Paulo Jorge Scartezzini Guimarães nos autos da Ação Civil 595.083353, da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Desembargador Araken de Assis, em que foi julgado procedente pedido de indenização em ação proposta por adquirente de título de capitalização vendido com incentivo de sorteio (Tele Sena) contra emissora televisiva que veiculou a respectiva mensagem publicitária (ASSIS, 2001, p. 150).

Em pesquisa realizada no sitio do referido tribunal, identificamos a Ementa de julgamento nos seguintes termos:

> Processo: AC 595083353 RS Relator(a): Araken de Assis. Julgamento: 03/08/199 Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível
> Ementa
> CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO VEÍCULO (TVSBT). ADMISSIBILIDADE.
> 1. O veículo responderá, em princípio, pela publicidade enganosa, por ele veiculada, via televisiva (TVSBT), a teor dos artigos 18, 23, 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor).
> 2. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 595083353, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 03/08/1995)
> Resumo Estruturado
> CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO VEICULO (TVSBT). ADMISSIBILIDADE.

Cabe aqui destacar, ainda, julgado que reconhece a responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de consumo, inclusive, daqueles que divulgam a mensagem publicitária. Por certo, do julgado colacionado abaixo é possível extrair fundamentos relevantes a tese da responsabilização dos meios de comunicação. Senão vejamos:

> RECURSO ESPECIAL Nº 997.993 - MG (2007/0247635-6)
> RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
> RECORRENTE: ROBSON GERÔNIMO MACIEL
> RECORRIDO: MÍDIA UM PUBLICIDADE PROPAGANDA E MARKETING LTDA
> RECORRIDO: TV JUIZ DE FORA LTDA
> RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM SITES DE CLASSIFICADOS NA INTERNET. DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM FORNECEDOR. SITE DE CONTEÚDO QUE HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE CONSUMO.
> 1. No caso, o nome do autor foi anunciado em sites de classificados na internet, relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante -ipanorama.com - é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal O Click, que se hospedava no site da primeira ré e foi o disseminador do anúncio. Este último (O Click) responsabilizava-se contratualmente pela "produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, webmail e outros serviços de divulgação".
> 2. Com efeito, cuida-se de relação de consumo por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de computadores, organizados para fornecer serviços em cadeia para os usuários, mediante a hospedagem do site "O click" no site "ipanorama.com".
> [...]
> 4. No caso em apreço, o site O click permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposo, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se chancelar o linchamento moral e público de terceiros.
> 5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site ipanorama.com, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa in eligendo.

Todavia, torna-se relevante apontar, em verdade, que a maioria dos julgados apontam para a inexistência de responsabilidade dos meios de comunicação, sendo relevante colacionar algumas ementas de julgamentos extraídas dos sítios dos respectivos tribunais.

No julgado abaixo, entendeu-se pela não responsabilização em razão de suposta aplicabilidade dos artigos 3º e 38º do CDC.

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VA-LORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AQUISI-ÇÃO DE CASA PRÓPRIA. PROPAGANDA ENGANOSA VEICULADA PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. RES-PONSABILIDADE CIVIL. CULPABILIDADE. EMISSORAS DE TELEVISÃO. SOLIDARIEDADE INEXISTENTE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA. HI-POSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA. RECURSO PARCIAL-MENTE PROVIDO.
> *"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). O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Artigo 3º, CDC)"* (STJ, REsp n. 604.172/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 27-3-2007).
> Apelação Cível n. 2010.040486-9, de Joaçaba
> Relator: Des. Fernando Carioni

Como já exposto alhures, em tópico especifico da responsabilização dos meios de comunicação, resta evidenciado que não foi a intenção do legislador consumerista, quando da disposição dos referidos dispositivos legais (arts. 3º e 38), afastar a responsabilidade dos meios de comunicação ou simplesmente deixá-los alheios a sistemática protetiva do consumidor.

O artigo 3º do CDC contempla um comando aberto, capaz de enquadrar todo e qualquer sujeito ou agente que integre a cadeia de consumo, desenvolvendo atividade com habitualidade e caráter profissional. Desta forma, os meios de comunicação também podem ser enquadrados como fornecedores.

Por outro lado, o artigo 38 do CDC contempla uma regra de distribuição de ônus probatório no campo da publicidade, de forma que não impõe o afastamento da responsabilidade dos meios de comunicação, tendo em vista que a regra do sistema é pela responsabilidade solidária, exigindo do operador do direito uma interpretação sistemática da norma.

Nesse particular, tem sido o posicionamento adotado pelo STJ. Porém, cabe apontar que decorre de posicionamento antigo do STJ, que precisa urgentemente ser renovado, de forma a viabilizar uma nova discussão do tema, desta feita sob um enfoque protetivo constitucional do consumidor.

Cumpri aqui trazer mais uma ementa do STJ:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.228 - RS (2009/0188460-8)
> RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
> RECORRENTE: RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA
> RECORRIDO: PAULO ROBERTO MERG JARDIM
> INTERES: MEGAINVEST EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA
>
> EMENTA
> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARA PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. "PUBLICIDADE DE PALCO". CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N. 98-STJ. CDC, ARTS. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ARTIGO 267, VI.
> I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do artigo 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada "publicidade de palco".
> II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir corresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio.

O que se observa dos ementários colacionados acima é que a aplicabilidade do direito do consumidor no âmbito dos tribunais precisa implementar a essência protetiva e tutelar da norma de consumo. Nas pesquisas realizadas é possível constatar que os julgados em si sobre o tema proposto para o presente trabalho decorrem de entendimentos fincados na década passada e, certamente, o entendimento dos tribunais brasileiros e, em especial, do STJ

precisam ser oxigenados, para uma nova e expressiva realidade: tutela efetiva do consumidor.

6. CONCLUSÃO

Pode-se concluir, então, que as normas e princípios dispostos no CDC possuem aplicação obrigatória, não podendo o interprete da lei dar-lhe destinação diversa daquela pretendida pelo legislador consumerista, que consagrou a ideia de proteção efetiva e integral do consumidor.

A partir do momento em que identifica-se como regra geral do CDC a responsabilidade objetiva de todos os agentes que causem danos aos consumidores, tendo o legislador apenas, excepcionalmente, previsto a responsabilidade subjetiva nas hipóteses dos artigos 14, § 4º e 28, § 4º, não poderá ser aplicada fora dessas possibilidades a responsabilidade calcada na culpa, pois assim, se estaria dando interpretação prejudicial ao consumidor.

Não se pode olvidar que o microssistema consumerista busca conceder uma tutela protetiva para o consumidor, visando garantir a efetiva prevenção e reparação de danos, buscando protege-los das publicidades ilícitas, bem como facilitando a defesa de seus direitos. De tal sorte que não se pode conceder outro sentido a voz do legislador consumerista a não ser garantir a máxima e integral proteção dos vulneráveis nas relações de consumo. Assim, deverão os meios de comunicação ser responsabilizados objetivamente pelos danos causados aos consumidores em decorrência de mensagens publicitárias enganosas e abusivas.

Há que destacar que o presente trabalho não visa inviabilizar a participação dos meios de comunicação na divulgação de anúncios publicitários, muito pelo contrário, o que se busca aqui é criar nesses entes um senso de responsabilidade para com o público, sendo essa a sua maior utilidade.

Os meios de comunicação não devem jamais esquecer a sua função social, pois enquanto estiverem apenas preocupados com os valores cobrados pelos segundos e minutos das suas programações, certamente estarão prestando um desserviço ao público. Certamente, todo o potencial de aplicação do CDC ainda não foi explorado, devendo seus interpretes e aplicadores estarem atentos para essência desse diploma, passando a utiliza-lo como verdadeiro instrumento de cidadania.

7. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Consumidor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor:** principiologia, conceitos, contratos atuais. 5ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. **Publicidade**: responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7º volume: responsabilidade civil. 22 ed. Ver. Atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o projeto de lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** Responsabilidade Civil. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **Responsabilidade civil por quebra da promessa**. Brasília, DF: Livraria e editora Brasília Jurídica, 1997.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

MUGUILLO, Roberto Alfredo. **Publicidad**. Buenos Aires - AR: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad civil de los medios massivos de comunicación.** Daños por noticias inexactas o agraviantes. 2ª ed. actualizasa y ampliada. Buenos Aires - AR: Editorial Hammurabi SRL, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2**: direito das obrigações e responsabilidade civil; 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** Vol. IV. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.