

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR**

MARIA JULIANA RODRIGUES DE LIMA

**ASPECTOS DESTACADOS DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

**FLORIANÓPOLIS
JULHO 2009**

Maria Juliana Rodrigues de Lima

**Aspectos Destacados da Publicidade no Código de Defesa do
Consumidor**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis

Julho 2009

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Aspectos Destacados da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor”, elaborada pela acadêmica Maria Juliana Rodrigues de Lima e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 30 de julho de 2009.

Profa. Msc. Leilane Mendonça Zavarisi da Rosa

Prof. Felipe Alberto Valenzuela Fuentes

Dr. Everaldo Luís Restanho

Dedico esta monografia aos meus pais, que não pouparam esforços para que os sonhos se tornassem realidade.

AGRADECIMENTOS

À Professora Leilane Mendonça Zavarazi da Rosa,
pela inestimável orientação na elaboração do presente trabalho.

A banca examinadora, por ter aceitado o convite
de participar da minha apresentação e pelas contribuições.

Aos amigos , pelo inestimável auxílio durante esta caminhada.

A todos aqueles que, de alguma forma
me permitiram chegar até aqui.

Aos meus pais, por tudo

A Deus, acima de tudo.

RESUMO

A presente monografia, requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, destaca alguns aspectos relevantes da publicidade na legislação consumerista brasileira, com especial atenção ao estudo da publicidade ilícita, em suas modalidades enganosa e abusiva, principalmente, a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). O estudo realizado faz uma análise da importância da publicidade na atual conjuntura do mercado de consumo, a forma de controle adotada pelo ordenamento jurídico nacional para o tema, bem como os princípios orientadores da defesa do consumidor quanto a este aspecto, tratando dos caracterizadores dessas formas ilícitas de publicidade a partir dos preceitos existentes no referido Código. Estuda-se também os responsáveis e as formas de responsabilização a que estão sujeitos aqueles que incorrerem na prática da publicidade patológica.

Palavras-chaves: relação de consumo, publicidade, publicidade ilícita, responsabilidade solidária

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1- AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A PUBLICIDADE	
1.1 Caracterização das Relações de Consumo.....	10
1.2A Importância da Publicidade nas Relações de Consumo	14
1.3 Conceito e diferenciação de Publicidade e Propaganda	15
1.4 O direito e a Publicidade	17
2 - OS PRINCÍPIOS REGULADORES E A PUBLICIDADE ILÍCITA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	
2.1 Princípio da Identificação da Publicidade	22
2.2 Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade	23
2.3 Princípio da transparência da fundamentação da publicidade	24
2.4 Princípio da veracidade da publicidade	25
2.5 Princípio da não abusividade	26
2.6 A Publicidade Ilícita no CDC	27
3 - A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DE PUBLICIDADE ILÍCITA	
3.1 Responsabilidade Civil	33
3.2 A Responsabilidade Civil em Decorrência de Publicidade Ilícita	38
3.3 Considerações sobre a forma de Responsabilidade Civil adotada pelo CDC quanto à Publicidade Ilícita	39
3.4 Solidariedade	44
3.5 A responsabilidade Civil das Agências Publicitárias e de Celebidades envolvidas em Publicidade Ilícita	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Com o aumento da capacidade produtiva do ser humano proporcionado pela Revolução Industrial, aumentou também a oferta, o que fez com que se modificasse o processo de distribuição dos bens produzidos, intensificando vertiginosamente as relações de consumo em todo o mundo. Junto a elas expandiu-se também a maneira de propagar os produtos e serviços que são objetos destas relações, a qual se tornou igualmente uma nova forma de comunicação social – a publicidade.

A publicidade, que no princípio tinha o objetivo apenas de informar o público acerca dos produtos e serviços disponíveis no mercado, alcança hoje o status de importante método de convencimento e fomento ao consumo, e por isso que seu acelerado desenvolvimento, aliado à capacidade que ela possui de influenciar o consumidor, fez com que fossem criadas variadas formas de regulamentação da atividade publicitária.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, ou Lei n.º 8.078, de 11 de junho de 1990, regula a matéria da publicidade no Capítulo III que trata dos direitos básicos do consumidor e na Seção III do Capítulo V, dedicado exclusivamente à publicidade; além disso o sistema de controle da publicidade brasileiro conta ainda com a valiosa contribuição da auto-regulamentação existente sobre o tema.

Para a elaboração deste estudo, o método de abordagem foi o dedutivo, e o procedimento efetivou-se a partir da análise da legislação pertinente, em comparação com a produção doutrinária acerca do tema.

A presente monografia tem como objeto um estudo sobre alguns aspectos destacados da publicidade nas relações de consumo, dentre os quais a sua regulamentação feita pelos órgãos particulares e pelo Código por meio de seus princípios reguladores, bem como a caracterização da publicidade ilícita, ressaltando-se os aspectos da enganosidade e abusividade, e a possibilidade de responsabilização civil daqueles que nela estão envolvidos.

Com efeito, a escolha do tema deve-se ao fato da presença relevante da produção publicitária em nosso cotidiano, muitas vezes de formas ilícitas, dentre as

quais destacam-se a enganosa e abusiva, além da curiosidade em se investigar quais os responsabilizáveis em decorrência desses tipos de publicidade.

No primeiro capítulo, o que se espera é situar a publicidade dentro das relações de consumo, relatando a importância do convencimento nas atividades comerciais. Para isto, será apresentado um breve panorama dessas relações e dos sujeitos nelas envolvidos; na seqüência, far-se-á uma breve distinção entre publicidade e propaganda abordando as dificuldades que podem ocorrer em razão do uso indiscriminado desses termos, além de se analisar as diferentes formas de como têm sido executado o controle da publicidade no Brasil.

No segundo capítulo, expõem-se os princípios orientadores da publicidade, com o devido destaque para os da veracidade e da não abusividade, por servirem de norte para a caracterização dos desvios a que ela está sujeita. Faz-se ainda uma abordagem das diversas modalidades de publicidade ilícita, dedicando especial atenção à enganosa desde a publicidade comprovadamente falsa até o mero exagero nas mensagens publicitárias, e à abusiva que ofende valores caros à coletividade.

O terceiro e último capítulo inicia com uma abordagem das formas e pressupostos da responsabilidade civil no Código Civil, para que na seqüência se possa falar da responsabilização solidária dos produtores ou participantes de publicidade ilícita prevista no Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária e no Código de Defesa do Consumidor.

CAPÍTULO 1 - AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A PUBLICIDADE

1.1 Caracterização das Relações de Consumo

Dentre as atividades desenvolvidas pelo homem o comércio sempre ocupou posição relevante. As relações de consumo originaram-se das transações de natureza comercial e do comércio propriamente dito e foram aprimorando-se simultaneamente à difusão do comércio e ao desenvolvimento das práticas comerciais, até atingirem a forma atual, sendo devidamente regulamentadas no Brasil a partir do ano de 1990, pela Lei 8.078.

Não se pode falar em relação de consumo sem que se traga à baila alguns esclarecimentos sobre relação jurídica *latu sensu*, que se trata de toda a relação da vida social disciplinada pelo Direito, geradora de efeitos jurídicos, ou, nas palavras de Newton de Lucca, “todo fenômeno da vida social capaz de produzir uma consequência disciplinada pelo Direito”.

Orlando Gomes (1999, p. 81-85) afirma que a relação jurídica pode ser encarada em dois aspectos

No primeiro, o vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito que obriga um deles, ou dois, a ter certo comportamento, ou, simplesmente, o poder direto de uma pessoa sobre determinada coisa. No segundo, é o quadro no qual se reúnem todos os efeitos atribuídos por lei a esse vínculo ou a esse poder. Ou seja, é o conjunto dos efeitos jurídicos que nascem de sua constituição, consistentes em direitos e deveres, com estes, entretanto, não se confundindo;
(...) a relação jurídica tem como pressuposto um fato que adquire significação jurídica se a lei tem como idôneo à produção de determinados efeitos, estatuídos ou tutelados. Assim todo evento, já um acontecimento natural, já ação humana, converte-se em fato jurídico, se em condições de exercer essa função.

O Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações jurídicas de consumo e Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2005, p. 71) estabelece que a relação jurídica pode ser considerada como de consumo “sempre que se puder identificar

num dos pólos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.”

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 25), os princípios, incluídos nas normas jurídicas de proteção ao consumidor, “incidem sempre que ocorrem, em qualquer área do direito, atos de consumo, assim entendidos o fornecimento de produtos, a prestação de serviços, os acidentes de consumo e outros suportes fáticos”.

Via de regra, as relações de consumo surgem por meio de um negócio jurídico realizado entre duas ou mais pessoas, observando-se alguns princípios contratuais básicos. Nelson Nery Junior (1995, p. 283) esclarece que a relação de consumo deve ser entendida como “a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor”

E ainda, nas palavras de Roberto Senise Lisboa (1997, p. 292-293):

Somente haverá relação jurídica de consumo se, de forma cumulativa:

- a) em um dos pólos da relação se encontrar sujeito de direito ou ente despersonalizado que venha a se enquadrar na situação jurídica de **fornecedor**;
- b) no outro pólo da relação se encontrar sujeito de direito que venha a se enquadrar na situação jurídica de **consumidor**,
- c) o *objeto mediato da relação jurídica for um **produto** ou um **serviço**.*

Portanto, para caracterizar-se precisamente a existência de uma relação de consumo, é fundamental a apresentação de dois conceitos, quais sejam: Consumidor e Fornecedor.

Um dos conceitos mais controversos no Direito atual, sem dúvida, é o do Consumidor, visto que é essa definição que “estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado e, por esta via, os limites da aplicabilidade do Direito Especial. Portanto, conceituar o Consumidor, é analisar o sujeito da Relação Jurídica de Consumo tutelada pelo Direito do Consumidor” (BENJAMIN, 1988, p. 69-79).

Em virtude da nebulosidade que existe em torno da correta conceituação de Consumidor, procurou o legislador brasileiro recusar as definições normais deste e estabelecer o referido conceito. “O Código de Defesa do Consumidor inova trazendo em seu artigo 2º uma definição mista, fluida e ampla de consumidor *strictu*

sensu e três definições de consumidores equiparados (parágrafo único do art. 2º, art. 17 e art. 29 do referido dispositivo)” (MARINS, 1993, p. 04)

Portanto, contempla o Código de Defesa do Consumidor quatro conceitos distintos de Consumidor, que inicia no *caput* do artigo 2º, passa por seu parágrafo único, segue até o artigo 17, finalizando com o artigo 29.

Á luz do artigo 2º da Lei n.º 8078/90, Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final; ao passo que no parágrafo único do artigo 2º, bem como nos artigos 17 e 29 trazem-se algumas equiparações à condição de consumidor.

Com efeito a definição dada no artigo 2º, é a de consumidor *strictu sensu*, o que para Helio Zaghetto Gama (2000, p. 30) significa que com este conceito busca-se afastar quaisquer exclusões. “Bastará que numa relação jurídica com o fornecedor, alguém pessoa (física ou jurídica) se posicione como “destinatário final” de um bem ou de um serviço, para que seja considerada consumidora”.

No que diz respeito aos consumidores equiparados, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2001, p. 208) explica que são “aquelas pessoas estranhas à relação de consumo, mas que sofreram prejuízo em razão dos defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou serviço”.

Ao tratar do Consumidor por Equiparação, a legislação consumerista passa a ser aplicável também a terceiros que não são consumidores, mas equiparados a tais para que possam ser amparados por suas disposições.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 59):

“Todavia, a legislação consumerista também é aplicável a terceiros que não são consumidores, em sentido jurídico, mas que foram equiparados a consumidores para efeitos de tutela legal por força das disposições contidas no parágrafo único do art. 2º, e nos arts. 17 e 29. Tais dispositivos funcionam como verdadeiras normas de extensão do campo de incidência originário do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que colocaram sob o manto protetivo deste os sujeitos nela descritos. Assim, estão igualmente amparados todos aqueles que, muito embora não se amoldem ao conceito jurídico de consumidor padrão, estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no mercado, podendo ser por elas atingidos ou prejudicados.”

Desta forma, as pessoas física e jurídica, além da coletividade de pessoas, são reconhecidas pelo CDC como consumidoras ao adquirirem ou

utilizarem produtos ou serviços como destinatárias finais, ou seja, ao retirarem o produto do mercado e encerrarem a cadeia que se estabelece desde a produção até o consumo.

O outro sujeito da Relação de Consumo é o Fornecedor, o qual, segundo o artigo 4º do CDC, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Em suma, é Fornecedor a outra figura que completa o outro pólo da Relação de Consumo, responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do Consumidor.

Inviável caracterizar uma relação de consumo sem tratar de dois elementos característicos da fragilidade do consumidor frente ao fornecedor e que o coloca em posição de desequilíbrio na relação de consumo: vulnerabilidade e hipossuficiência.

Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 279) esclarece que

a vulnerabilidade é inerente a todo consumidor; enquanto a hipossuficiência é relativa a um indivíduo considerado em si ou a certas categorias de indivíduos, como os idosos, as crianças, os doentes, os índios, etc.. A hipossuficiência leva em consideração a situação concreta do consumidor, seu grau de cultura, instrução, situação financeira e o meio em que vive. A vulnerabilidade é princípio intrínseco das relações de consumo, abrangendo todos os consumidores independentemente da situação em que figurem.

José Geraldo de Brito Filomeno (2001, p. 26) destaca que é exatamente pelo fato do consumidor ser vulnerável e, às vezes também hipossuficiente, que dentre os direitos básicos do consumidor está a facilitação de seu acesso aos instrumentos de defesa, notadamente no âmbito coletivo, com o estabelecimento da responsabilidade objetiva, aliada à inversão do ônus da prova.

Diante desses conceitos utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor é imprescindível que se tenha como entes formadores da relação de consumo as figuras do consumidor e do fornecedor em pólos distintos. Se identificadas as duas partes essenciais a uma relação de consumo figurando em pólos opostos, e verificada uma relação jurídica entre as partes, estará perfeitamente configurada uma relação de consumo.

Uma vez que o terceiro capítulo deste trabalho trata da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, verifica-se a extrema importância destas conceituações a fim de caracterizarem-se quais as pessoas físicas ou jurídicas poderão ser amparadas pelo CDC, inclusive pleiteando indenizações, quando vítimas de acidentes de consumo, ou quando tiverem sofrido qualquer tipo de dano inclusive moral, ao serem submetidos à publicidade ilícita.

1.2 A Importância da Publicidade nas Relações de Consumo

Entre os séculos XVIII e XX, tendo como estopim a revolução Industrial, houve um considerável aumento da capacidade produtiva do ser humano. A produção, que antes era artesanal e manual, passou a ser em série, culminando numa massificação, na produção em grandes quantidades. “Essa produção homogeneizada, “standartizada”, em série, possibilitou uma diminuição profunda dos custos e um aumento enorme da oferta, indo atingir, então, uma mais larga camada de pessoas”. (NUNES, 2001, p. 3).

Com o aumento da oferta, foi necessário que se modificasse também o processo de distribuição, tendo em vista que impôs-se um anonimato às relações de consumo: ao invés de ser o próprio fabricante quem distribuía seus produtos, a distribuição também foi massificada, e conforme realidade apontada por Paulo Valério dal Pai Moraes (1999, p. 246):

Com o advento da produção em massa para um mercado que já principiava a superar a fase de consumir apenas o essencial, viram-se os industriais forçados a encontrar meios rápidos de escoar o excesso de produção de máquinas cada vez mais aperfeiçoadas e velozes... Só a propaganda, com suas técnicas aprimoradas de persuasão, poderia induzir as grandes massas consumidoras a aceitar novos produtos, saídos das fábricas, mesmo que não correspondessem à satisfação de suas necessidades básicas: comer, vestir, morar, tratar da saúde.

Frente a esta nova realidade, em que ausente a intimidade entre fornecedor e consumidor, e na qual o consumidor tem acesso a apenas uma representação do produto, inegável a importância da publicidade – a responsável por moldar uma imagem do produto que corresponda exatamente à realidade, de maneira a não induzir o consumidor em erro.

Com efeito, num primeiro momento a publicidade tinha por escopo informar o público sobre os produtos e serviços disponíveis no mercado. Atualmente, porém, caracteriza-se como um método de convencimento e fomento ao consumo.

O direito do consumidor tem a importantíssima missão de proteger a parte mais vulnerável nas relações decorrentes do modelo econômico baseado na massificação, diante do que Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2001, p.231) afirma:

Na medida em que a publicidade influencia – quando não determina- o comportamento contratual do consumidor, nada mais razoável que passe o Direito a lhe dar conseqüências proporcionais à sua importância fática (econômica e cultural, mais que tudo). Ao certo, a publicidade é o principal meio de informação pré contratual, não tanto pelo ponto de vista da qualidade da informação, mas pelo número de pessoas a quem chega.

Não se pode, portanto, negar a importância da publicidade na sociedade de consumo – vez que é capaz de criar necessidades no consumidor, além de alterar seus padrões de consumo. Dessa forma, inconcebível permitir que seja ela utilizada sem controle. Por este motivo, o Código de Defesa do Consumidor torna a publicidade fonte de obrigações, impondo deveres ao consumidor que dela se utiliza. Em seu capítulo V, o qual é destinado às práticas comerciais, traz uma seção específica para dela tratar (seção III), quando estabelece os princípios que regem esta matéria, além de conceituar expressamente o que chama de publicidade enganosa ou abusiva.

1.3 Conceito e diferenciação de Publicidade e Propaganda

Embora o Código de Defesa do Consumidor traga uma regulamentação da publicidade, não a define, limita-se a referir-se às publicidades ilícitas.

Necessário, então, tecer algumas considerações acerca de seu significado, fazer sua diferenciação da propaganda, assim como explicitar seus princípios reguladores.

O termo publicidade tem suas origens primordiais no latim *publicus* (público), estando associado à idéia de tornar público, divulgar, vulgarizar. Sua utilização como hoje a conhecemos remonta a meados do nosso século, quando foi escolhido o termo publicidade em substituição à palavra propaganda, preterida por estar associada aos regimes nazi-fascistas que dela tanto se utilizaram.

Adalberto Pasqualotto (1997, p. 25) define Publicidade como “toda a comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos e serviços, com ou sem finalidade lucrativa”.

Por se tratar de um fenômeno dirigido a um conjunto indeterminado de pessoas, Valéria Furlan (1994, p. 99) a conceitua de uma maneira mais ampla:

Publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico

Além deste, outros conceitos são universalmente aceitos: “Publicidade é qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos e serviços, com utilização de informação e persuasão”(BENJAMIN 1994, p. 25-57) Ou ainda: “o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir um bem ou serviço”. (LOPES. 1992, p. 149-183)

Outra definição é proposta por Arystóbulo de Oliveira Freitas (1998, p. 20), para quem publicidade consiste em “toda e qualquer ação do fornecedor, destinada ao consumidor, com o fim de estimular a aquisição ou utilização de produtos ou serviços, visando promover uma determinada atividade econômica”.

Muitos outros conceitos poderiam ser apresentados, vez que diversos juristas preocuparam-se em definir publicidade; no entanto, desnecessária maior variedade para se inferir quais os elementos essenciais em qualquer publicidade:

difusão e informação. Sem difusão não há que se falar em publicidade, de vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade. Do mesmo modo, sem que traga um conteúdo mínimo de informação, não se deve falar em publicidade.

Outro ponto importante a ressaltar, refere-se ao fato de que, embora Walter Geneviva (1991, p. 74) e Luiz Antônio Rizatto Nunes (2005, p. 62) partilhem da opinião de que os vocábulos Publicidade e Propaganda podem ser utilizados como sinônimos, o ponto não é pacífico entre os estudiosos.

Sergio Cavallieri Filho (2008, p.114) explica que: “Publicidade tem objetivo comercial, próprio para anunciar produtos e serviços possíveis de negociação. Propaganda, por sua vez, visa um fim ideológico, próprio para a propagação de princípios, idéias, teorias, com objetivo religioso, político ou cívico.

Ada Pelegrini Grinover (2001, p. 270) trata de lembrar que o legislador foi dúbio ao promulgar o Código de Defesa do Consumidor, pois no artigo 30 faz referência a palavra publicidade e no artigo 56, XII fala em contrapropaganda, embora tenha o mesmo sentido. “a expressão é sem dúvida inadequada. Dever-se-ia falar em contrapublicidade e não contrapropaganda. O uso, contudo, impôs em detrimento da técnica.

Em resumo, a Lei da Propaganda (Lei n.º 4.680 de 18.06.1965) a define como “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços por parte de um anunciante identificado (art 5º), enquanto a Publicidade seria uma decorrência desta última, tendo em vista que embora tenha uma finalidade bem determinada, qual seja, o objetivo comercial, não deixa de ser também, como a propaganda, uma forma de divulgação de idéias.

Por conseguinte, no desenvolvimento deste trabalho será utilizada a expressão “publicidade” e não “propaganda”,

1.4 O direito e a Publicidade

Reconhecida a importância da publicidade na sociedade de consumo – vez que é capaz de criar necessidades no consumidor, além de alterar seus padrões de consumo, inconcebível permitir que seja utilizada aleatoriamente. Nítida, portanto,

a necessidade de um controle da atividade publicitária, que pode ser exercido de três maneiras: por meio do Sistema de Auto-Regulamentação, pelo Sistema de Controle Legal, ou pelo Sistema Misto.

O Sistema de Auto-Regulamentação ou Modelo Auto regulamentar surgiu como uma forma de proteção à concorrência e como resposta às reiteradas críticas à publicidade. Criado pelos próprios profissionais da área publicitária que reconheceram os perigos que a publicidade feita de maneira irresponsável representava perante os direitos dos consumidores.

Exercido no Brasil pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, o CONAR, que por meio de seu Conselho de Ética aprecia e julga privativamente as infrações aos dispositivos do Código Brasileiro de ética e Auto-Regulamentação Publicitária (CBAP). Em seu artigo 50 este código prevê quatro categorias de punições : advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de suspensão da veiculação e, por último, divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não-acatamento das medidas e providências preconizadas.

É oportuna a observação de Valéria Falcão (2001, p. 27) em relação à massa de consumidores sujeita a danos pela veiculação de publicidade ilícita. Segundo ela, “há uma desproporção entre as penas previstas no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e os danos causados pelos infratores.”

Apesar de críticas como a de Adalberto Pasqualotto (1997, p. 68) para quem “o problema é que as decisões do CONAR são de cumprimento espontâneo. Os estatutos da entidade não lhe outorgam nenhum poder coativo – e, de qualquer modo, esse poder sempre seria limitado, por se tratar de sociedade privada”, suas decisões e recomendações geralmente são acatadas.

Segundo Fábio Ulhôa Coelho (1994, p.237) "A auto-regulação publicitária é, no Brasil, a mais interessante experiência de disciplina de atividade econômica por iniciativa dos próprios agentes nela envolvidos."

Este sistema é, portanto, de grande importância para o meio publicitário, vez que propõe-se a aplicar punições ao agente econômico associado ao CONAR que descumprir regras do código de ética da categoria.

Em contrapartida, o Sistema de Controle Legal ou Modelo Estatal pressupõe que apenas o Estado possui a perícia técnica para regular e a

capacidade para observar analiticamente o mercado e que caberia exclusivamente a ele controlar a atividade publicitária.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (1994, p.51) "as vantagens do controle externo são o poder coercitivo do Estado, segundo o qual a inobservância das normas de ordem pública acarreta sanções de natureza jurídica e, ainda, a capacidade de analisar continuamente o mercado".

De fato, os meios adotados no sistema privado ou auto-regulamentar são insuficientes para coibir mensagens nocivas ao consumidor ou ao concorrente. Suas regras não têm poder coativo. Ademais, a regra de autodisciplina somente sujeita aqueles que aderem voluntariamente a tal forma de controle.

Maria Elizabete Vilaça Lopes (1992, p. 152-153) concorda que a ausência total de regulamentação "dá azo a práticas desordenadas em prejuízo da sadia competição entre anunciantes, agredindo os justos direitos dos consumidores".

Criticam-se neste modelo a lentidão e o formalismo da atuação oficial que dificultam o acompanhamento do ordenamento às rápidas alterações do mercado.

No Brasil adota-se o sistema misto de controle da publicidade considerado o modelo ideal. Através dele coexistem três esferas distintas de controle: a via administrativa, o autocontrole e a via judicial. Tal opção permite que os aspectos negativos de cada modelo sejam superados pela coexistência de outro controle.

Iain Ramsay (1992, p. 31) defende que este modelo "ilustra a forma moderna do direito, em que o público e o privado se confundem", apregoando que para a realização de um controle efetivo da publicidade, devem-se aliar responsabilidade empresarial, individual e coletiva, seguida de um sistema auto-regulamentar, e por último o controle por parte do Estado. Dessa forma, a atuação do Estado funciona como uma garantia da tutela dos direitos dos consumidores, que contariam com a regulamentação privada para coibir os abusos da publicidade.

Em sendo assim, a auto-regulamentação constituir-se-ia um instrumento a mais, não afastando a regulamentação estatal, porque compatíveis entre si.

O sistema misto nada mais é que a junção dos dois modelos apresentados, ou seja, é o sistema privado adicionado ao sistema legal. São sistemas independentes e não complementares um do outro. O sistema privado, embora às vezes beneficie o consumidor, tem como função defender interesses dos associados, ou seja, defender os anunciantes à vista de concorrentes desleais, p.

ex., enquanto o sistema legal visa a tutela direta do consumidor. Vale dizer que o anunciante que desrespeita uma norma legal relativamente à publicidade, sendo ele associado ao CONAR, responderá perante os dois sistemas.

Após esclarecidas as formas de controle da atividade publicitária como um todo, no próximo capítulo explicar-se-á de que maneira é tratada a publicidade ilícita pelo Código de Defesa do Consumidor e de que modo ele a regula;

CAPÍTULO 2 - OS PRINCÍPIOS REGULADORES E A PUBLICIDADE ILÍCITA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

José Cretella Júnior assevera que “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condiciona todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência”.(1988, p. 07)

Os princípios orientam a interpretação e principalmente a supressão de lacunas, além de contarem com um caráter jurídico-diretivo, através do qual se pode obter deles uma regra aplicável diretamente. São a base normativa sobre a qual se assentam as regras jurídicas positivadas. Podem ser explícitos (quando previstos em lei) ou implícitos (quando decorrentes da análise axiológica dos fundamentos da ordem jurídica, por indução).

Eles têm, portanto, a função básica de serem os padrões teleológicos do sistema, com base nos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras. São de extrema relevância para o ordenamento jurídico, e por conseguinte, para a Legislação consumerista, eis que são ao mesmo tempo caracterizadores de desvios de conduta e fontes sólidas de solução para antinomias e lacunas da lei.

Para Norberto Bobbio (1998, p.236), os princípios gerais são as “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. A Lei 8.078/90 tem por finalidade precípua a proteção dos consumidores, e para tanto conta com sistema próprio de princípios. Em sua interpretação, não deve o aplicador da lei invocar os referidos princípios somente quando houver lacuna. É ponto pacífico na doutrina que, no CDC, deve-se efetuar a exegese da norma de maneira sistemática, observando-se os princípios sempre que possível, independente da existência de lacunas ou incorreção na regra em tese.

Importante salientar que o Código de Defesa do Consumidor consagra como parâmetros superiores de defesa do consumidor os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé, da equidade, da harmonia do mercado de consumo, da informação e da repressão eficiente aos abusos, entre outros, previstos, em sua maioria no artigo 4º do referido diploma legal.

Com relação à publicidade, é imprescindível explicitar os princípios que lhe dizem respeito não apenas na legislação consumerista que regula a matéria, mas

em todas as normas incidentes sobre o tema. Assim, tendo em vista os bens jurídicos atingidos pela publicidade, identificam-se os seguintes princípios, visão de Cavalieri Filho: princípio da identificação, da vinculação contratual, da transparência, da veracidade e da não-abusividade da publicidade

2.1 Princípio da Identificação da Publicidade

Encontrado no art. 36 do CDC: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

A expressão "fácil e imediatamente" adotada pelo legislador leva ao entendimento de que o consumidor deverá saber, de imediato e no momento da exposição, sem esforço ou exigência de conhecimentos específicos, que se trata de uma publicidade.

Sendo assim, este princípio assegura ao consumidor o direito à imediata identificação de uma informação ou comunicação de caráter publicitário. Sua observação é extremamente necessária a fim de conscientizar o consumidor de que a mensagem destinada a ele foi patrocinada por um fornecedor, com o intuito de lhe vender algum produto ou serviço, pois, nas palavras de Adalberto Pasqualotto (1997, p. 84):

Já porque a mensagem é persuasiva, deve ser identificada desde logo, possibilitando ao destinatário que se previna e resista aos argumentos – ou ceda, se quiser. Em outras palavras, a lei admite o assédio honesto e declarado ao consumidor, rechaçando a clandestinidade .

Em resumo, o público deve ser colocado de sobreaviso sobre a natureza comercial da mensagem que será transmitida, afinal, como afirma Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2001, p.186), “publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor”.

Isso porque, para Thereza Arruda Alvim (1991, p.88):

a publicidade deve ter sua própria identidade, cuja detecção, se generalizada, ou seja, destinada ao público em geral, deve estar ao alcance de todos, não só dos mais esclarecidos, eis que, nessa hipótese, alcança ela, de crianças a velhos, analfabetos a universitários e de simplórios a intelectuais.

O princípio da identificação diz respeito à forma de inserção da mensagem publicitária a ser adotada pelo anunciante, ou seja, como ele deverá proceder ao propagar sua mensagem publicitária. A identificação da publicidade pelo consumidor é uma exigência do legislador que não aceitou a publicidade subliminar, que é veiculada de maneira a atingir tão-somente o inconsciente do destinatário, nem a publicidade clandestina ou simulada, a qual, por vezes, vem travestida de “informes econômicos”, “relatos científicos” ou, simplesmente, uma notícia jornalística aparentemente desinteressada, quando, na verdade, intencionavam a divulgação de produtos e serviços. (SANTOS. 2.000, p. 203)

2.2 Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade

Consagrado no art. 30 do CDC *in verbis*:

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 fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado

explicita que as informações e promessas suficientemente precisas contidas na peça publicitária obrigam o ofertante e são consideradas integrantes do contrato

Este artigo não está inserido na seção do Código que trata especialmente da publicidade e sim na parte relativa à oferta de produtos e serviços, visto que, conforme Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 115) “A publicidade, no regime contratual consumerista, desempenha papel equivalente ao da oferta no regime contratual cível, porque no CDC ela obriga o fornecedor e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

O princípio em questão trata, então, de dar caráter vinculante à informação e à publicidade, reconhecendo novamente a influência das mensagens publicitárias nas decisões dos consumidores. Ou seja, a fim de proteger as

expectativas criadas pela publicidade, reza que toda e qualquer manifestação de vontade do fornecedor para promover a venda de bens e serviços, obriga-o nos exatos termos da proposta.

Decorre dele ainda o direito que o consumidor tem de exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da mensagem publicitária como lhe foi oferecido.

Salienta-se, entretanto, que o CDC não proíbe o fato de a mensagem publicitária conter exageros considerados simples (aqueles que não permitem verificação objetiva), uma vez que a publicidade flagrantemente equivocada (de um carro a valor irrisório, por exemplo), não vinculará, pois não criará no consumidor uma expectativa justa de consumo. Da mesma forma que a publicidade para ser enganosa deve ser recebida como verdadeira pelo consumidor, a publicidade manifestamente equivocada só vinculará na medida em que seja recebida como real pelo destinatário. (CASADO, 2009)

2.3 Princípio da transparência da fundamentação da publicidade

Expresso no parágrafo único do art. 36 do CDC, *in verbis*:

O fornecedor, na publicidade de seu produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Este princípio exige do anunciante que ao fazer determinada afirmação, possua uma fundamentação adequada para as características anunciadas. Estabelece a necessidade de que, ao celebrarem o contrato, consumidor e fornecedor estejam cientes das obrigações que estão assumindo.

Para Fábio Ulhôa Coelho (1994, p. 257-258) esse princípio não foi adotado pelo legislador nacional no tocante à publicidade. Conforme o autor, a transparência deve ser aplicável apenas à disciplina das relações de consumo individuais e não à das relações coletivas, com isso, o fornecedor tem o dever de informar prévia, ampla e adequadamente acerca do seu fornecimento ao consumidor indivíduo; diante da coletividade dos consumidores, porém, inexistente esse dever.

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2001, p. 334) discorda de tal entendimento e afirma:

Na justificação do dever de fundamentação do anúncio está a constatação da impraticabilidade (e injustiça) em se esperar que o consumidor efetue milhares de testes com produtos ou serviços como forma de verificação da veracidade da informação publicitária a ele dirigida. Não deixa, pois, de ser muito mais eficiente exigir-se que o próprio anunciante execute os testes em relação a cada um de seus produtos e serviços anunciados.

A importância deste dispositivo reside na garantia da vulnerabilidade do consumidor, que não possui habilidade técnica para realizar os testes necessários a verificação da veracidade das informações divulgadas na mensagem publicitária. Estando, portanto, legalmente garantida esta veracidade, o consumidor possuirá subsídios para verificar se a negociação é ou não interessante para ele.

2.4 Princípio da veracidade da publicidade

Intimamente ligado ao conceito de Publicidade Enganosa – o qual será tratado a seguir – este é um dos mais importantes princípios da publicidade e está consagrado no parágrafo primeiro do art. 37 do CDC, *in verbis*:

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.

Visa basicamente a evitar que o consumidor seja induzido em erro em virtude da utilização de informações publicitárias falsas, tais informações sobre o produto ou serviço têm que ser necessariamente verdadeiras. Assim não se permite qualquer 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.

Tal afirmação é corroborada por Maria Elizabete Vilaça Lopes (1992, p.149-183) ao proclamar que:

O escopo moderno desse princípio tem a ver não só com a autenticidade da informação publicitária, mas também com a prova da veracidade (o fornecedor deve possuir os dados fáticos técnicos e científicos, que embasem a mensagem). Ela exige mais: de um lado, a exata correspondência entre o conteúdo da mensagem e as características do produto ou do serviço, e, de outro lado, a proibição de fórmulas que possam induzir em erro inclusive pela ambigüidade ou pelo exagero imperceptível pelo consumidor médio. Em respeito à veracidade, proíbe-se a publicidade enganosa.

2.5 Princípio da não abusividade

Inserido no §2º, do art. 37, do CDC, o qual define a publicidade abusiva:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza 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.

Consubstanciado neste dispositivo, o princípio da não abusividade ou da ordem pública pretende, assim como o princípio da veracidade, reprimir os desvios publicitários que causem algum prejuízo aos consumidores. Propõe-se a coibir a publicidade que de alguma forma agrida valores sociais e culturais que integram a sociedade de consumo.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 121): “todas as modalidades de publicidade abusiva elencadas no dispositivo supracitado importam em ofensa a valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais, e é isso que, como regra a caracteriza.”

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2001, p. 329-341) afirma que “em geral, a publicidade abusiva atinge valores tidos como importantes pela sociedade de consumo, não afetando diretamente a questão financeira, como ocorre com a publicidade enganosa”. Ele prossegue explicando que

é abusivo tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das Leis, não seja enganoso. Leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana. Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio à violência e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade, da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao idoso, da tutela energética da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural.

Com relação a este princípio é importante ressaltar, portanto, que ele existe justamente pelo fato de o artigo trazer um rol meramente exemplificativo do que seja publicidade abusiva. A locução “dentre outras” traz consigo a possibilidade que se considere abusiva toda a publicidade que contrarie, direta ou indiretamente, as normas e valores da Constituição Federal.

2.6 A Publicidade Ilícita no CDC

A publicidade que ofende aos referidos princípios, será considerada ilícita. Da mesma maneira, será ilícita a publicidade que infringir qualquer outra proibição legal específica.

O CDC regula especificamente a publicidade nos seus artigos 36 a 38, que compõem a Seção III do Capítulo V, que trata das práticas comerciais. Não poderia ser diferente, uma vez que, como dito anteriormente, dada a sua capacidade de convencimento e indução da sociedade de consumo, a publicidade constitui-se atualmente num dos componentes essenciais na atividade comercial.

O artigo 36 reprime a publicidade dissimulada em seu caput; o parágrafo único trata da transparência da fundamentação publicitária, ou seja, a obrigação que têm os fornecedores de comprovar os dados fornecidos na publicidade. O artigo 37 reprime as publicidades enganosa e abusiva; e o artigo 38 institui a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.

Como dito, o artigo 38 do CDC acolhe o princípio da inversão do ônus da prova, que se trata de uma forma de reconhecimento da vulnerabilidade do

consumidor que, por ser o mais fraco na relação de consumo, terá dificuldade em provar a ilicitude da mensagem ele recebida, divulgada pelo anunciante. Por este motivo o fornecedor possui a obrigação de manter em seu poder os dados que dão sustentação à mensagem (parágrafo único do art. 36), podendo assim cumprir o requisito do princípio em comento, para que possa, caso necessário, provar inocência em publicidade enganosa ou abusiva. No próximo capítulo retomar-se-á este conceito ao falar-se dos princípios fundamentais da responsabilidade civil adotados pelo CDC.

Aborda igualmente a publicidade o artigo 60, que regula a sanção administrativa da contrapublicidade (contrapropaganda). De maneira semelhante, não se exclui da apreciação da publicidade o Título III do Código, que trata da defesa do consumidor em juízo, sendo mister a avaliação dos instrumentos judiciais previstos pela legislação para a repressão à publicidade, haja vista a já citada importância que exerce na sociedade moderna.

Em sendo assim, identifica-se no ordenamento brasileiro a existência de quatro formas de publicidade ilícita: a publicidade dissimulada (que já foi especificada anteriormente), a enganosa, a abusiva e aquela objeto de proibição específica (exemplo nacional é a publicidade de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas prevista nas Leis 9.294, conhecida por Lei Murad, e Lei 10.167, conhecida por Lei Serra, que trouxe nova redação a alguns artigos da Lei Murad, especificamente sobre o tabaco), que não será especificada neste trabalho.

Como dito, as publicidades enganosa e abusiva são as formas por excelência de ilicitude na comunicação publicitária. A Lei 8.078/90 diz, no *caput* do seu artigo 37, que “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”. O citado artigo, em seu parágrafo primeiro, cuida respectivamente da publicidade enganosa e da abusiva, e no seu parágrafo terceiro trata da enganabilidade por omissão.

Conforme já comentado, o parágrafo 1º do artigo 37 do CDC consubstancia o Princípio da Veracidade da Informação, por meio do qual busca-se proteger a escolha livre e consciente por parte do consumidor.

Ao se analisar tal parágrafo, importante destacar a distinção entre **enganabilidade e falsidade**, uma vez que ele proíbe a publicidade “(...) inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor (...)”. Em geral, as mensagens publicitárias possuem

uma carga mínima de “falsidade”, a qual deve ser entendida como uma afirmação eloqüente, que no entanto não pode ser comprovada faticamente.

Portanto, conforme afirma Adalberto Pasqualotto (1997, p. 117), os conceitos de falsidade e enganabilidade não se confundem: “uma mensagem pode ser falsa e não ser enganosa, assim como pode ser verdadeira e porém enganosa”. Não é a simples veiculação de informações total ou parcialmente falsas que configura a ilicitude da publicidade: é necessário que os dados falsos tenham efetivo potencial de indução dos consumidores em erro.

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2001, p. 328) corrobora esta diferenciação:

Não se confunda publicidade falsa com publicidade enganosa. Aquela não passa de um tipo desta. De fato, uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que está, realmente dizendo.

Visível então que, para a configuração da enganabilidade da publicidade, é necessária a sua capacidade de induzir o consumidor em erro. Sérgio Cavalieri Filho (2008, p.117) define erro como sendo “a falsa representação da realidade. É o juízo falso, enganoso, equivocado, incorreto que se faz de alguém ou de alguma coisa”,

Importante ressaltar também que, para que a publicidade seja considerada enganosa, ela não precisa enganar o consumidor, vez que, ainda sob os ensinamentos de Cavalieri (2008, p.119):

O Código se satisfaz com o potencial de enganabilidade da publicidade. Em outras palavras, a enganabilidade é aferida *in abstracto*. O que importa é a capacidade de indução a erro de forma abstrata, difusa, indeterminada. A efetiva ocorrência do erro e o eventual prejuízo do consumidor serão mero exaurimento, com conseqüências próprias

Dessa forma, para se identificar a publicidade como enganosa, é fundamental a análise do conteúdo transmitido. Se o consumidor puder ser induzido em erro por tomar como verdadeira a informação falsa, caracterizar-se-á a publicidade enganosa. Se, por outro lado, for constatado que o dado falso não tem como convencer o consumidor, a publicidade será lícita, em que pese conter falsidades.(COELHO, 1993, p. 71).

Portanto, sempre que o anúncio for capaz de induzir em erro o consumidor ficará caracterizada a publicidade enganosa.

A publicidade pode ser enganosa por comissão ou omissão: é enganosa por comissão a publicidade em que o anunciante faz uma afirmação sobre o produto ou serviço anunciado capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Esta forma de enganabilidade manifesta-se através de uma afirmação inteira ou parcialmente falsa sobre o produto ou serviço, maculando a declaração de vontade do consumidor.

Sério Cavalieri Filho (2008, p. 118) explica que: “Na publicidade enganosa por comissão o fornecedor afirma algo que não corresponde à realidade do produto ou serviço, algo que não existe, capaz de induzir o consumidor em erro”. Aqui, portanto, a afirmação falsa gera expectativas inverídicas no consumidor, que, se soubesse da falsidade, não adquiriria o produto ou serviço. Há, com isso, violação da autonomia da vontade no direito de contratar.

Enfim, a publicidade é enganosa por comissão quando leva o consumidor a considerar verdadeira a informação falsa. Ressalte-se, contudo, que a doutrina isenta de responsabilidade por publicidade enganosa o anunciante quando o exagero se dá a título de fantasia, desde que o conteúdo fantasioso expresse, por si só, o absurdo ou a incongruência com a realidade.

Na publicidade enganosa por omissão o anunciante deixa de informar algo de extrema valia para o consumidor que, por essa razão, pode ser induzido em erro, ou seja, se não omitisse tal informação o consumidor, provavelmente, não adquiriria o produto ou serviço anunciado. Nesse caso o fornecedor deixa de dizer algo que é, retém uma informação importante e, com isto, engana o consumidor.

Nesta espécie de enganabilidade, são omitidos dados essenciais relativos ao produto ou serviço, capazes de determinar ou não a decisão de compra. Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2001, p. 294) afirma que “dado essencial é aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”, e prossegue afirmando que existem três grupos principais de dados associados à publicidade enganosa por omissão: “adequação (inexistência de vício de qualidade por inadequação), preço e segurança” citando como exemplos desse dados, os riscos, os defeitos, a dificuldade do serviço pós-venda para o produto, o custo elevado de peças de reposição etc.

O parágrafo 2º do art 37 trata da publicidade abusiva. O que se busca com este dispositivo, é a tutela não apenas do consumidor, mas principalmente de valores sociais indisponíveis à nação. Note-se que a utilização da expressão “dentre outras” transforma o elenco das publicidades abusivas em um rol exemplificativo, de modo a tornar mais efetivo o comando legal.

Não há, necessariamente, relação com o produto, serviço, ou um prejuízo econômico para o consumidor, mas sim uma violação de valores éticos que a sociedade deve preservar, podendo tal ato culminar com o induzimento do consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança.

Note-se, portanto, que as modalidades elencadas no dispositivo supracitado referem-se a ofensa a valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais. Nas palavras de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin :

pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das Leis, não seja enganoso. Leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana. Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio à violência e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade, da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao idoso, da tutela enérgica da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural (2001, p. 341)

No aludido dispositivo, o CDC prevê as seguintes hipóteses de publicidade abusiva, que servem de norte para a análise de outros casos:

Publicidade discriminatória: é aquela que faz uma distinção depreciativa entre indivíduos de diferentes origens, raças, sexos, preferências sexuais, condições sociais ou qualquer outra forma possível de discriminação, ou seja, a publicidade que, sob qualquer ângulo ou pretexto, admita a promoção de idéias preconceituosas.

Publicidade que incita à violência: permitir a veiculação de mensagens publicitárias de caráter incitador de violência é contribuir para o aumento dela. Não se admite publicidade que incite à violência, seja ela do homem contra seu semelhante, contra os animais, ou até contra bens.

Publicidade que explora medo ou superstição: trata-se da publicidade que utiliza como argumentos de persuasão medos e superstições populares. Para sua qualificação não se exige que a mensagem aterrorize realmente os consumidores, é necessário apenas que o anúncio faça uso desses recursos para que seja considerado ilegal.

Publicidade dirigida aos hipossuficientes: é a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência de certas categoria de consumidores, como as crianças, ingênuas demais para discernir o caráter incitador da mensagem publicitária.

Segundo Adalberto Pasqualotto (1997, p. 131), o público infantil é muito desejado pela publicidade, ou porque constitui um mercado atraente de consumo, ou porque é um meio para atingir os adultos. É em função disso, portanto, que Código dispensa atenção especial à publicidade endereçada a este público.

Publicidade desrespeitadora de valores ambientais: é a publicidade que estimula a agressão ao meio ambiente, a qual está diretamente ligada ao direito à vida e goza de ampla proteção constitucional. Por isso, qualquer atividade que ponha em risco o meio ambiente, ainda que meramente incitadora, desrespeita a Constituição e não pode ser admitida.

Publicidade que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde e segurança: aqui a preocupação com a saúde do consumidor traz à tona o controle de mensagens publicitárias relacionadas ao consumo de medicamentos, tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias.

Como visto, a publicidade é uma arma que tem o poder de influenciar pensamentos, valores, comportamentos e modificar condutas, devendo, desta forma, ser controlada quanto ao seu eventual caráter enganoso ou abusivo, sob pena de ameaça à sociedade e aos valores que alicerçam-na; tais valores devem ser respeitados pelos anunciantes a fim de que mantenha-se a estabilidade jurídico-social vigente, sob pena de responsabilidade, assunto que será tratado a seguir.

CAPÍTULO 3 - A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DE PUBLICIDADE ILÍCITA

3.1 Responsabilidade Civil

Antes de adentrar a seara da responsabilidade civil nas relações de consumo, importante tecer alguns comentários acerca da conceituação; bem como dos pressupostos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil.

Para Maria Helena Diniz (1998, p. 33), “o vocábulo responsabilidade é oriundo do verbo latino *respondere*, contendo a raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais, designando, desta forma, o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo”.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 23)

a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

Por certo, o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa seja ela física ou jurídica, deve arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio jurídico.

Todavia, segundo Maria Helena Diniz (1998, p. 33), a afirmação, de que o responsável é aquele que responde e que responsabilidade é o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse valor, é insuficiente para solucionar o problema e para conceituar a responsabilidade. O que interessa, para a autora, ao se referir à responsabilidade, é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente. A responsabilidade serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever.

Já para Silvio Rodrigues (2003, p. 06), o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado.

Enquanto que Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 24) afirma:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Conclui, ainda, o doutrinador dizendo que “é provável que toda conduta humana, violando dever jurídico originário e causando prejuízo a outro, seja fonte geradora de responsabilidade civil.”

Ressalte-se que ao se falar em responsabilidade civil, normalmente discorre-se acerca da diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual;¹ tal distinção, para fins de responsabilização em decorrência de publicidade ilícita, não é relevante.

Analisando-se o art. 186 do Código Civil, verifica-se que ele envolve algumas idéias que implicam a existência de pressupostos, ordinariamente necessários, para que a responsabilidade civil emergja, ou seja: ação ou omissão do agente; relação de causalidade ; dano e culpa.

Em sua obra, Silvio Rodrigues (2003, p. 19) ensina que: a indenização pode ser decorrente de fato comissivo ou omissivo do agente que infringe um dever contratual, legal ou social, sendo assim, a responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que devia tomar.

Já na lição de Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 48):

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o

¹Uma pessoa pode causar prejuízo à outra tanto por descumprir uma obrigação contratual como por praticar outra espécie de ato ilícito. Existe uma responsabilidade contratual, diversa da responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana.

Para Silvio de Salvo Venosa (Direito civil. 6. ed., vol. 4, São Paulo: Atlas, 2006, p. 18), a doutrina contemporânea aproxima essas duas modalidades de responsabilidade, pois a culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade. “Uma e outra fundam-se na culpa. Na culpa contratual, porém, examina-se o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana ou extranegocial, leva-se em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato.”

Nos dizeres de Silvio Rodrigues (2003, p. 9), citando Leon e Henri Mazeaud, no tocante à responsabilidade contratual existe, entre as partes, antes mesmo do surgimento da obrigação de indenizar, um vínculo jurídico derivado de uma convenção; enquanto que na responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar. “Numa e noutra mister se faz a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.”

seu semelhante, de sorte que a violação desse ‘dever geral de abstenção’ se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela ‘inatividade’, abstenção de alguma conduta devida.

Maria Helena Diniz (1998, p. 92) explica que denomina-se “nexo causal” , o vínculo entre o prejuízo sofrido e a ação. Para ela, o fato lesivo deverá advir de uma ação.

Entretanto, o dano não precisará resultar apenas do fato que o produziu. Basta verificar se o dano ocorreria mesmo se o fato não tivesse acontecido, não necessitando, para tanto, uma causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela conseqüência.

Ao conceituarnexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade, Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 42) esclarece tratar-se ele “do liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. [...]”

Desta forma, o nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito.

Estando o vínculo de causalidade suficientemente caracterizado, já se pode impor ao agente causador do dano a obrigação de indenizar o prejuízo experimentado por outrem.

Para Rui Stoco (2007, p. 934), “dentre os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o dano é o que suscita menos controvérsia. A primeira premissa é de que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano efetivo”.

Preconiza Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 29):

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dano prejudicar outrem (*neminem aledere*)

Como observou Rui Stoco (2007, p. 934 e 935): “O nosso Código Civil consagra o princípio de que não existe o dever de indenizar se não houver dano”. Portanto, “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. [...]”.

Dessa forma, infere-se que o dano só se configura mediante dolo, ou seja, quando causar lesão a qualquer bem jurídico, incluindo o dano moral.

A doutrina concorda que não é fácil estabelecer o conceito de culpa, embora não haja dificuldade de compreendê-la nas relações sociais e no caso concreto. Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não se pode afastar a noção de culpa do conceito de dever.

A respeito do conceito de culpa, observa Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 56) que:

A caracterização da culpa importa maior dificuldade. Tendo por essência o descumprimento de um dever de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível, a dificuldade da teoria da culpa está justamente na caracterização precisa da infração desse dever ou diligência, que nem sempre coincide com a violação da lei.

O Direito Civil consagra o princípio da culpa como basilar da responsabilidade extracontratual, abrindo, entretanto, exceções para a responsabilidade por risco, criando-se, assim, um sistema misto de responsabilidade.

A responsabilidade civil, conforme o seu fundamento pode ser subjetiva ou objetiva. A Teoria Subjetiva ou da Culpa trata da responsabilidade aquiliana, que em sua concepção clássica, está inserida no artigo 186 do Código Civil, e traz a culpa como fundamento para a responsabilização do agente, cabendo à vítima o ônus probatório. A Teoria Clássica, portanto, estabelece a comprovação da culpa para gerar a obrigação indenizatória. Aqui, a prova da culpa *lato sensu* (abrangendo o dolo) ou *stricto sensu* se constitui num pressuposto do dano indenizável.

A Teoria Objetiva ou do Risco tem fundamento no artigo 927 do Código civil e diz respeito à obrigação de reparação do dano independentemente da comprovação da culpa. Segundo esta teoria, basta haver o dano e o nexo de

causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Em alguns casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), noutros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).

Conforme explica Carlos Alberto Bittar(1990, p. 27), a teoria do risco foi introduzida na sociedade em função do exercício de atividades perigosas, isto é, “a pessoa que retire proveito dos riscos criados, deve arcar com as respectivas conseqüências - princípio do ubi emolumentum, ibi ius (ou ibi onus)”; sendo assim, por meio dessa concepção, há uma maior facilidade para a vítima conseguir sua reparação, bastando apenas provar o nexos causal entre o dano e a atividade.

Entende-se então que a responsabilidade baseada no risco é aquela em que se deve reparar o prejuízo que tenha sido causado ao exercer-se uma atividade no interesse do agente e sob seu controle. Neste tipo de responsabilidade, ao se passar do ponto de vista subjetivo para o objetivo, não se cogita do comportamento do agente causador do dano e sim da relação de causalidade entre o ato e o dano.

Importante salientar então a opinião de Jeovanna Viana Alves (2003, p. 22-34), para quem

a responsabilidade civil não pode assentar exclusivamente na culpa ou no risco, pois sempre existirão casos em que um destes critérios se revelará manifestamente insuficiente. A teoria do risco não vem substituir a teoria subjetiva, mas sim completá-la, pois, apesar dos progressos da responsabilidade objetiva, que vem ampliando seu campo de aplicação, seja através de novas disposições legais, seja em razão das decisões dos nossos tribunais, por mais numerosas que sejam, continuam a ser exceções abertas ao postulado tradicional da responsabilidade subjetiva.

Percebe-se então que é necessário buscar um equilíbrio entre as duas teorias, no qual, havendo ou não noção de culpabilidade, sejam fixadas as causas em que deverá ocorrer a reparação.

Frise-se ainda que o Código de Defesa do Consumidor aborda a responsabilidade civil de uma maneira peculiar, a qual será observada a seguir.

3.2 A Responsabilidade Civil em Decorrência de Publicidade Ilícita

A realização de publicidade enganosa ou abusiva dá margem a responsabilização civil, penal e administrativa do fornecedor. O presente trabalho não adentrará na seara da responsabilização penal. A responsabilidade civil será discutida a seguir; antes, porém, tecer-se-ão algumas considerações acerca da penalidade administrativa: a **Contrapropaganda**.

Regulamentada no art. 60 do Código de Defesa do Consumidor:

A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 36 e seus §§, sempre às expensas do infrator.

§ 1º - A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

a contrapropaganda consiste num dos mais peculiares instrumentos de repressão à publicidade enganosa e abusiva.

De acordo com o art. 56 do CDC, ela será imposta pela autoridade administrativa competente no âmbito da sua atribuição, sem prejuízo das penalidades de natureza civil e penal e das previstas em leis especiais.

Conforme já explicado no primeiro capítulo, a doutrina é controversa acerca desta denominação, preferindo que o legislador tivesse optado pelo termo “contrapublicidade”; no entanto, neste trabalho decidiu-se pelo uso da expressão legal, “contrapropaganda” a qual, segundo Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2001, p. 303), constitui-se no “terror de qualquer anunciante”, por ser a que mais expõe o fornecedor perante o consumidor, visto que o obriga a veicular anúncio corrigindo eventual enganiosidade ou abusividade presente em seu anúncio publicitário.

A meta deste tipo de publicidade é no mínimo amenizar os danos causados pelo anúncio enganoso, e para isso, Luiz Antônio Rizzato Nunes (2005, p. 502) explica que é necessário que a contrapropaganda seja implementada “de igual forma e com a mesma freqüência e dimensão que a publicidade enganosa, nos mesmos veículos, locais, espaços e horários”.

Em sendo assim, a imposição da contrapropaganda tem o objetivo de alertar os consumidores sobre o caráter abusivo presente na peça anteriormente divulgada, restaurando, assim, a realidade existente antes da veiculação da publicidade ilícita.

3.3 Considerações sobre a forma de Responsabilidade Civil adotada pelo CDC quanto à Publicidade Ilícita

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor traz expressa em seu artigo 60 uma forma de responsabilização administrativa decorrente da publicidade ilícita. A responsabilização civil para esta prática também estaria expressamente consignada no CDC caso o parágrafo quarto do artigo 37 não tivesse sido vetado.

Esta era a redação do texto vetado:

Art. 37

§4º: quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e da contrapropaganda, que pode ser imposta administrativamente ou judicialmente

O CDC traria ainda, no vetado artigo 45, previsão de indenização e multa proporcionais à gravidade da infração:

Art. 45

As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo.

Com efeito, o §4º do art. 37 e o art. 45, estabeleciam a indenização do consumidor quando sofresse danos em decorrência de publicidade enganosa ou abusiva; tais dispositivos foram vetados em bloco, segundo Pasqualotto (1997, p. 116), porque

havia a necessidade de se estabelecerem parâmetros legais precisos para a imposição de contrapropaganda, além da impropriedade (que estava no art. 60 do §2º) de ser atribuída ao Ministério de Estado a competência administrativa recursal da sanção que pudesse ser imposta por autoridade estadual ou municipal,

Paulo Jorge Scartezini Guimarães (2007, p. 150) também entende que os vetos não trouxeram qualquer impedimento para a indenização em decorrência dos danos causados pela publicidade ilícita, tendo em vista que o direito à indenização está assegurado nos princípios inseridos na Constituição e no Código Civil vigentes, além do art. 6º, VI, que cuida dos direitos básicos do consumidor:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Vetados aqueles artigos, a responsabilidade civil só é tratada expressamente pelo CDC em relação aos defeitos e aos vícios nos produtos e serviços, (Seções II e III do Capítulo IV do Título I); o que não afasta, porém, a aplicação desse instituto a todas as demais situações existentes, de forma que o fornecedor somente se isentará da responsabilidade se conseguir provar que “não incorreu em publicidade enganosa, através da demonstração da veracidade e correção do conteúdo veiculado ou mesmo demonstrando a impossibilidade de um consumidor médio ser levado a erro pela mensagem questionada”.(OLIVEIRA. 1991, p.165).

Após concluir-se cabível a responsabilização civil em decorrência de publicidade ilícita, e diante da inexistência de previsão legal expressa (literal) no CDC quanto ao regime da responsabilidade civil aplicável aos casos de lesões oriundas da veiculação de publicidade patológica, importante investigar qual a sistemática observada nesses casos: se a tradicional, que aplica a responsabilidade subjetiva (carecedora da comprovação da atuação culposa ou dolosa do agente provocador do dano) alicerçada, no ordenamento, na disposição do art. 186 do Código Civil Brasileiro, ou a responsabilidade objetiva, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, na qual há a obrigatoriedade da reparação do dano independentemente da comprovação da culpa.

Entre os seguidores da primeira corrente (responsabilidade subjetiva), os quais defendem que a lei exige o dolo do fornecedor anunciante para a configuração da publicidade patológica como ilícito civil, citam-se Walter Ceneviva (1991, p. 99), para quem “sem o dolo, na veiculação de uma idéia travestida de verdadeira, não há publicidade enganosa. A intenção do fornecedor é necessária para caracterizar o engano por omissão, nos termos do § 3º do art. 37 do CDC”; e Fábio Ulhôa Coelho (1991, p. 161) que assevera:

não há como abstrair, na caracterização da publicidade enganosa, do dolo intencionalmente voltado a despertar um erro no espírito do consumidor. Sem o dolo, sem a veiculação de uma idéia travestida de verdadeira, não há publicidade enganosa. E esta indispensabilidade do elemento intencional é pertinente também à configuração do engano por omissão, em que um dado essencial do produto ou serviço é subtraído do conjunto de informações transmitidas, consoante o definido pelo art. 37, §3º. A omissão deve ser dolosa para que seja ilícita a publicidade.

e defende também a possibilidade de o consumidor lesado fundamentar sua pretensão com fulcro no art. 186 do Código Civil, pois, ao prescrever a inversão do ônus da prova quanto à veracidade e correção do conteúdo veiculado, o art. 38 do CDC “atribuiu à responsabilidade civil do fornecedor pela publicidade enganosa a natureza de subjetiva com presunção de culpa”.

A corrente defensora da aplicação da responsabilidade objetiva a estes casos, explica que com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) estabeleceu-se regime específico quanto à responsabilidade civil por danos causados aos consumidores, e nas palavras de Elton Venturi (1998, p. 62):

“Em sede de tal microssistema, o legislador apontou para a objetivação da responsabilidade civil, voltando-se flagrantemente à orientação no sentido de se tornar efetiva a tutela dos direitos difusos e coletivos dos consumidores. Ao lado da expressa previsão do regime de responsabilidade civil de pleno direito às hipóteses dos chamados “acidentes de consumo” (CDC art. 18), bem como às hipóteses de lesão pelo “fato do produto ou do serviço” (CDC, art. 12), a Lei 8.078/90 estatuiu, como “direito básico do consumidor” a “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços” (art. 6º, IV), e a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, VI).

Obviamente a matéria ora analisada está indissociavelmente atrelada ao sistema das relações de consumo, devendo então ser regulada pelo conjunto normativo estabelecido pelo CDC, opinião esta corroborada por Nelson Nery Júnior (1994, p. 53-68), ao afirmar que:

O sistema da responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor modificou sobremodo o Direito Brasileiro no que pertine à matéria, conclamando a atenção do intérprete para que não sejam transportadas, indevidamente, as regras da responsabilidade subjetiva do Código Civil que, à evidência, não se aplicam às lides de consumo por completa incompatibilidade entre os dois sistemas diametralmente opostos.

Prossegue

“para a caracterização da publicidade como enganosa basta a verificação de sua potencialidade ao engodo, sendo desnecessária a pesquisa da vontade – dolo ou culpa – do fornecedor (anunciante agência ou veículo). O dolo, direto ou eventual, é exigido para a caracterização do crime de publicidade enganosa, mas não para a verificação dessa circunstância em seu âmbito civil em sentido amplo, com consequência *ipso facto* de ordem civil”.

Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2001, p. 193) “é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganosidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente”. Alberto do Amaral Junior (1991, p.202) partilha deste entendimento, pois segundo ele

para a configuração da publicidade enganosa não é necessária a culpa do anunciante, consistente tanto no propósito deliberado de enganar quanto na negligência por não ter o anunciante verificado a exatidão das alegações constantes da mensagem publicitária. Segundo a concepção adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, serão punidos da mesma forma o anunciante que, de boa fé foi responsável pela divulgação de publicidade enganosa e o que teve intenção de fazê-lo. As eventuais precauções que o anunciante tenha adotado em nada afetam a configuração do delito. A opção adotada se justifica pelo objetivo de proibir a veiculação de publicidade enganosa.

Valéria Furlan (1994, p. 116) defende a irrelevância da conduta do agente na veiculação de uma publicidade enganosa, alegando que além de o dispositivo do CDC não ser expresso na exigência da má-fé do fornecedor anunciante, a desnecessidade de comprovação do comportamento doloso ou culposo do anunciante está em plena consonância com o sistema da responsabilidade civil do CDC que consagrou a Teoria do Risco da Atividade.

Com efeito, nas palavras de Nelson Nery Junior (1994, p. 58), trata-se de matéria concernente a relação de consumo “todo e qualquer dano ocasionado ao consumidor, seja ele derivado do contrato ou extracontratual, de publicidade enganosa ou abusiva”, devendo, então, a previsão do art. 6º, VI do estatuto do consumidor ser entendida como a definidora do princípio geral em matéria de responsabilidade civil decorrente de qualquer lesão a consumidores, derogando, pois, a norma do art. 159 do CCB, inaplicável (em regra) às relações de consumo.

Em resumo, estando o regime jurídico da publicidade patológica inserido no microsistema das relações de consumo regido pelo CDC, não pode ser outra a interpretação do regime da responsabilidade civil aplicável aos danos causados pela publicidade ilícita, afastando-se, assim a incidência do Código Civil pelo princípio da especialidade. Desse modo, ao se falar de responsabilização civil em decorrência da publicidade patológica, resta desnecessária a prova da intenção, uma vez que o regime jurídico estabelecido pelo CDC não se encarrega, via de regra, desse tipo de investigação. (VENTURI. 1998, p. 63)

Não se pode olvidar, porém, que o Código de Defesa do Consumidor prevê alguns casos em que a responsabilidade pode ser subjetiva, os quais serão tratados no próximo tópico. Por hora, importante trazer à tona o fato de que além da adoção da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados, o CDC adota como princípios fundamentais da responsabilidade civil a inversão do ônus da prova em favor do consumidor e o da solidariedade entre os agentes causadores do dano.

Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p. 124) explica que :

“Permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na *dispensa* do ônus da prova de determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocaria demonstrar, à luz das disposições do processo civil *comum*; e se, de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato – apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor – não aconteceu.

Elton Venturi afirma que ao consignar em seus artigos 6º, VIII e 38 as hipóteses de inversão do ônus da prova, o CDC inseriu importante inovação no ordenamento jurídico pátrio, a fim de instrumentalizar a garantia constitucional da igualdade de todos perante a lei, prevista no caput do artigo 5º da Constituição Federal, pois visa igualar fornecedores e consumidores, ou pelo menos diminuir as distorções que presentes nas relações que os envolviam.(VENTURI. 1998, p. 65)

O autor prossegue explicando que:

“Tendo em vista o caráter de ordem pública e interesse social das normas constantes do Código de Defesa dos Consumidores (art. 1º), e em se discutindo a ocorrência ou não de publicidade patológica, nenhuma liberdade ou discricionariedade é conferida ao magistrado para que disponha sobre a distribuição do ônus da prova. "Ao revés, na hipótese do art. 38, CDC, a inversão é automática, sempre cabendo ao fornecedor o ônus de provar a veracidade ou não abusividade da publicidade a seu cargo.”

Sendo assim, cabe ressaltar que a inversão prevista no artigo 38 do CDC, o qual regula a comunicação publicitária, ocorre *ope legis*, (por força de lei), não dependendo da valoração do Magistrado.

3.4 Solidariedade:

O parágrafo único do artigo 7º do CDC especifica que:

Parágrafo único - Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Consubstanciado neste dispositivo encontra-se o princípio da solidariedade passiva. A aplicação concreta deste princípio ao assunto em questão reside no fato de que todos os agentes que de alguma forma contribuíram para a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, poderão ser responsabilizados solidariamente.

James M. Marins de Souza(1991, p. 35), defende que o parágrafo único do art. 7º do CDC faz referência estritamente à solidariedade entre os causadores dos danos pelo fato e por vício dos produtos e serviços, olvidando, com isso, das

demais hipóteses de lesão aos consumidores, como a decorrente da veiculação de publicidade patológica. Esta opinião não merece acolhida, vez que, esta hipótese também se trata de um direito básico do consumidor, e por este motivo também está amparada pelo princípio da solidariedade, que não se restringe aos danos suscetíveis de ocorrer à luz do que está previsto nas Seções I, II e III do Capítulo IV, do Título I do CC. (VENTURI, 1998, p. 63)

Com efeito, já foi esclarecido no primeiro capítulo deste trabalho que o controle da publicidade no Brasil é realizado de maneira mista, ou seja, para a regulação da matéria publicitária levam-se em consideração, além do disposto no Código de Defesa do Consumidor, as regulamentações do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária – CBAP, o qual dispõe, em seu artigo terceiro:

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

Assim, é conferida ao consumidor lesado pela publicidade ilícita a possibilidade de ingressar em Juízo contra todos (simultaneamente) ou cada um (isoladamente) dos participantes da cadeia de responsabilidade, quais sejam: fornecedor, anunciante, agência de publicidade, bem como as celebridades envolvidas na divulgação da mensagem danosa.

3.5 A responsabilidade Civil das Agências Publicitárias e de Celebidades envolvidas em Publicidade Ilícita

Com base no parágrafo único do artigo 7º, são passíveis de responsabilização todos aqueles que desempenharam alguma função ou de outra forma tiveram participação na mensagem publicitária enganosa.

Discorrendo sobre os civilmente responsáveis pela publicidade Carlos Alberto Bittar (1992, p. 129-131), já dizia que:

(...) sob esses parâmetros centrais, deve nortear-se a publicidade, para adequar-se ao regime legal em questão, sob pena de suportar seus autores as conseqüências 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 gestação e na comunicação da mensagem atentatória, podem vir a enredar-se nas malhas do regime repressivo de defesa do consumidor

Prossegue:

(...) incluem-se todos os que colaborem para o advento da mensagem ilícita, bem como sua posterior colocação ao público, eis que, a respeito, prospera o princípio da solidariedade, reconhecido universalmente para as hipóteses em que haja mais de um responsável civilmente.

Na parte final do seu trabalho conclui:

“anote-se que, no regime sancionatório da espécie, incluem-se todos os que colaborarem para o advento da mensagem ilícita, bem como de sua posterior colocação ao público, eis que, a respeito, prospera o princípio da solidariedade, reconhecido universalmente para as hipóteses em que haja mais de um responsável civilmente.

Paulo Jorge Scartezini Guimarães (2007, p. 155) afirma que alguns doutrinadores pátrios falam sobre a responsabilidade dos meios de comunicação e das agências de publicidade, sem, no entanto, aprofundarem-se muito no tema. Este autor defende que “a norma se dirige não só ao fornecedor, mas a todos aqueles que – juntamente com o fornecedor e que de qualquer forma têm um benefício – poderão causar danos aos consumidores.”

Assim, nas palavras de Aloísio Alencar Bolwerk (2009, p. 170):

estão sujeitos ao pólo passivo da responsabilização as celebridades, os fornecedores anunciantes, as agências de publicidade, os veículos de comunicação difusores da publicidade ilícita, os publicitários encarregados pela elaboração da campanha, bem como todos aqueles que de alguma maneira tiveram parte no processo de planejamento do anúncio enganoso.

O mesmo autor lembra ainda que O CBAP corrobora com este posicionamento ao situar a responsabilidade dos agentes participantes de mensagens publicitárias, conforme artigos 45 (a,b e e); 46 e 47.²

Inobstante ser majoritário o entendimento favorável à responsabilização das agências, há quem defenda a irresponsabilidade destas, a exemplo de Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 291-293), para quem a agência de publicidade “apenas realizaria a sua atividade sob a supervisão e aprovação do anunciante.”

Na mesma esteira: Claudia Lima Marques (1999, p. 351), para quem esta solução, “advém do próprio sistema do CDC que desconsidera os problemas da cadeia de produção e concentra-se no consumo e nos consumidores”.e Luiz Antônio Rizzato Nunes (1992, p. 160) segundo o qual “o “meio” não tem a obrigação de controlar o teor dos anúncios que veicula e que as agências apenas criam publicidade, que posteriormente é aprovada pelo anunciante.”

Este autor enumera exceções que geram desresponsabilização da agência, que ocorrem quando a enganabilidade não está objetivamente colocada no anúncio em si; e quando ela depende da ação real, concreta e posterior do fornecedor-anunciante, de maneira que a agência tenha participado como mera produtora de uma informação encomendada.

Enfim, como dito, a maior parte da doutrina partilha da opção pela responsabilização daqueles que de alguma maneira tiveram parte na confecção do anúncio enganoso. Uma vez que no art. 14, §4º, do CDC é prevista a possibilidade

² Art 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;

este Código recomenda aos Veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios.

Poderá o veículo:

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 Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR.

Art 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.

Art 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.

de responsabilização subjetiva de alguns profissionais, cabe investigar de que maneira serão responsabilizadas as Agências de Publicidade e as Celebidades.

Antes, porém, traz-se à tona o § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê uma exceção ao seu sistema de responsabilidade objetiva, ao estabelecer que : “A responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Cabe, portanto uma explicação doutrinária de quem é o profissional liberal.

Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 261) afirma que “*Profissional liberal*, como próprio nome indica, é aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, por conta própria, independentemente do grau de escolaridade.”

Para Roberto Senise Lisboa (1997, p.251) “Profissional liberal é a pessoa física que desempenha atividade remunerada em favor de outrem, sem manter perante aquele que o remunera qualquer vínculo de subordinação.”

Importante ainda averiguar o motivo de ter sido tal profissional excluído do sistema geral da responsabilidade objetiva, o qual, nas palavras de Cavalieri (2008, p. 261) reside na pessoalidade da prestação do serviço, vez que segundo ele “a atividade dos profissionais é exercida pessoalmente, a determinadas pessoas (clientes), *intuitu personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca (...) Sendo assim, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviço em massa.”

Uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta conceito de profissional liberal, torna-se dificultoso identificar tais pessoas; para tanto, necessário observar algumas características especiais exigidas pela doutrina, como trabalho intelectual ou técnico, em decorrência das quais o consumidor vem a contratar essas pessoas.

Assim sendo, se agências de publicidade e as celebridades enquadrarem-se no conceito de profissionais liberais, serão responsabilizadas subjetivamente; no entanto, entendimentos doutrinários dão conta que

na presente situação, as celebridades não poderiam ser conceituadas como profissionais liberais, pois, além de, em regra, não serem contratadas para participar das publicidades por causa de suas qualidades intelectuais ou técnicas – mas sim por qualidades externas, como a beleza, o prestígio, a

fama – não são contratadas pelos consumidores *intuito personae*, isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência(ref), mas sim impostas a estes pelos anunciantes. (GUIMARÃES. 2007, p. 205)

e ainda, nas palavras de Bolwerk (2009, p. 137):

Poder-se-ia argumentar que as celebridades são profissionais liberais e por isso seriam abraçadas pela teoria subjetiva que leva em consideração a apuração da culpa, nos termos do §4º do art. 14 do CDC. Mas e elas não cabe esse enquadramento. (...)

Isso não significa que as celebridades não exerçam prática profissional. De fato elas desempenham ações que as qualificam como profissionais e recebem, inclusive, amparo legal para atuarem na área de comunicação, artística, desportiva etc., mas as características das atividades que exercem não se situam na categoria do profissionalismo liberal, haja vista que profissional liberal é “aquele escolhido pelo consumidor *intuito personae*, isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência acreditados pelo cliente

Acredita-se então que não ocorre o referido enquadramento, não sendo possível, portanto, a responsabilização subjetiva das agências de publicidade e das celebridades em decorrência do disposto no § 4º do seu art. 14. Inobstante esta constatação, há opiniões defendendo a responsabilidade subjetiva delas, como a de Luiz Antônio Rizzato Nunes (2005, p. 481), que ao tratar da responsabilidade em decorrência de publicidade ilícita, apresenta alguns argumentos contrários à tese da objetivação da responsabilidade do veículo de comunicação, como por exemplo a falta de previsão legal da responsabilidade objetiva do veículo de comunicação pela divulgação de anúncio publicitário e a inexistência de censura. Para ele, o veículo de comunicação pode ser condenado pela divulgação culposa da publicidade enganosa e abusiva.

Roberto Senise Lisboa (1997, p. 262) afirma que “o veículo de comunicação deve ser responsabilizado subjetivamente pela divulgação da publicidade, toda vez que o conteúdo do anúncio aparente razoavelmente a existência de alguma enganiosidade ou abusividade.”

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (1991, p. 289) defende a responsabilização desses órgãos mediante a responsabilidade aquiliana prevista no

Código Civil e não a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, todavia, com a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Álvaro Rodrigues Júnior (2003, p. 309) partilha deste entendimento afirmando que

“incumbe ao apresentador do programa de rádio ou de televisão provar em juízo que não laborou em equívoco nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho da sua atividade. De modo que caberá a este profissional comprovar que não agiu com culpa ao anunciar uma publicidade enganosa ou abusiva.”

Todavia, Paulo Jorge Scartezini Guimarães (2007, p. 201-202) diverge daqueles que, apesar de afirmarem serem as agências e meios de comunicação responsáveis pelos danos causados aos consumidores, prevêm a análise da culpa, isso porque acredita que a responsabilidade civil das agências de publicidade, meios de comunicação e das celebridades deve ser vista com base nas normas de defesa do consumidor e assim, se existir a responsabilidade, esta é objetiva.

Ele afirma que “não podemos aceitar a idéia do acolhimento, nas relações de consumo, de uma responsabilidade subjetiva, pois fundada em um direito individual ela faria cair no vazio a regra do *neminem laedere*.”

Dessa forma, em tendo o Código de Defesa do Consumidor adotado como regra a responsabilidade objetiva, conclui-se que responsabilidade fundada na culpa só existirá quando o legislador tiver indicado expressamente a necessidade de análise do elemento subjetivo, como fez nos casos dos profissionais liberais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicidade está hoje inexoravelmente ligada ao mundo capitalista, sendo dele um componente estratégico, ao atuar como força estimuladora e orientadora da produção e do consumo. A atividade publicitária, no início meramente informativa, transmutou-se adquirindo com a expansão dos meios de comunicação em massa o seu caráter atual, predominantemente persuasivo, ganhando tal importância nas relações de consumo a ponto de não se poder dissociá-la da sociedade contemporânea.

As técnicas publicitárias de convencimento são largamente utilizadas, nem sempre com a denominação correta, no entanto. Os termos publicidade e propaganda geralmente são usados indistintamente, contudo, a finalidade comercial – elemento fundamental da publicidade a diferencia da propaganda, que é a divulgação de idéias, com escopo político, ideológico, filosófico, social ou religioso. Não são sinônimos então os termos propaganda e publicidade, em que pese serem confundidas até mesmo na denominação legal, o Código de Defesa do Consumidor regula apenas a primeira.

Além do controle estatal da publicidade, exercido pelo Código, a regulamentação da publicidade pode se dar por duas formas distintas: o sistema auto-regulamentar e o sistema misto. O primeiro sistema, que imperou até recentemente, deriva das medidas que os próprios anunciantes tomaram para prevenir-se da concorrência desleal derivada da ocorrência de publicidade enganosa; nesse sistema, por meio da criação de códigos de ética e boa conduta os próprios anunciantes e publicitários exercem o controle sobre os eventuais desvios da publicidade. Era o sistema aplicado no Brasil após a criação do CONAR, entidade privada que visa reprimir a publicidade ilícita. Sua ineficácia ficou demonstrada pelo seu corporativismo e pela inexistência de caráter coercitivo de suas regras, haja vista seu caráter privado.

O Brasil atualmente adota o sistema regulamentar misto, que combina os controles público e privado da publicidade. Nesse sistema, convivem paralelamente os códigos de ética e normas estatais, de modo a propiciar um controle mais efetivo da atividade publicitária.

A publicidade deve seguir os princípios consagrados pelo CDC, que regem a atividade publicitária nas relações de consumo, dentre os quais destacam-se o Princípio da Identificação da Publicidade, o da Vinculação Contratual, o da Transparência da Fundamentação e os princípios da Veracidade e da Não Abusividade, intimamente ligados às publicidades ilícita e abusiva, respectivamente.

Entre as espécies de publicidade ilícita, o CDC atribui especial atenção àquelas que infringem os princípios da veracidade e da não-abusividade, respectivamente a publicidade enganosa e abusiva. São ainda vedadas, a publicidade dissimulada, que é aquela que não pode ser identificada pelo consumidor, e, fora do CDC, a publicidade objeto de regulamentação específica, como é o caso da Lei n.º 9.294/96, que impôs restrições à veiculação de anúncios de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

A publicidade enganosa, prevista no artigo 37, §1º do CDC, é basicamente toda aquela capaz de induzir em erro o consumidor destinatário da mensagem, podendo ser tanto comissiva quanto por omissão. Publicidade abusiva, embora não a defina o Código, será considerada a que carregar idéia de abuso do direito de anunciar; ou aquela que se desviar de suas finalidades sociais e econômicas. Diversos tipos de publicidade abusiva estão previstos no parágrafo 2.º do artigo 37; entre eles, a destacar-se a especial proteção que o legislador concedeu às crianças, ao considerar abusiva toda a publicidade em que se aproveita de sua inexperiência ou deficiência de julgamento. Tanto na publicidade enganosa como na abusiva, sobre o anunciante recairá o ônus da prova, conforme estatui o art. 38 do CPC.

A repressão à publicidade patológica encontra no Código de Defesa do Consumidor seu maior instrumento de atuação, por prever sanções em três esferas distintas: penal, administrativa e civil. Não se falou neste trabalho acerca da responsabilização penal, no âmbito administrativo destaca-se a imposição da contrapropaganda (art. 56 do CDC) medida que consiste na veiculação de um anúncio informativo, às custas do responsável, avisando aos consumidores acerca da irregularidade de determinada publicidade, e que é um dos meios mais efetivos do controle da publicidade.

O CDC é silente quanto à responsabilidade civil em decorrência da publicidade ilícita, vez que os artigos 37 e 45, que dela tratariam, foram vetados.

Nada impede, porém a responsabilização civil nestes casos, uma vez que em seu artigo 6º o código prevê como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

A prática da publicidade ilícita origina a responsabilidade civil dos responsáveis, dentre os quais o anunciante, a agência de publicidade, o veículo de divulgação (art. 3º do CBAP), bem como solidariamente (art 7º do CDC) todos os agentes que de alguma forma contribuíram para a veiculação da mensagem danosa.

Há divergência acerca de qual a forma de responsabilização aplicável a estes casos, uma vez que ao prescrever a inversão do ônus da prova em seu art. 38 o CDC estaria atribuindo à responsabilidade civil do fornecedor pela publicidade enganosa a natureza subjetiva com presunção de culpa. Sem o dolo, não haveria publicidade enganosa.

Note-se que o objetivo do CDC é proteger os consumidores, prevenindo-os de danos, ou, não sendo isto possível, facilitando o efetivo ressarcimento dos prejuízos, motivo pelo qual adota o sistema de responsabilização objetiva, caso contrário fosse a responsabilidade fundada na culpa, poderia colocar a perder o objetivo precípua da norma.

Com efeito, o Código adota a responsabilidade subjetiva em caráter de exceção, quando o legislador tiver indicado expressamente a necessidade de análise do elemento culpa, como fez nos casos dos profissionais liberais. No entanto, os sujeitos destacados neste estudo – agências de publicidade e celebridades em especial, não se encaixam nessa definição, visto que na escolha dos profissionais liberais são relevantes os elementos confiança e competência acreditados pelo cliente. Ora, quem escolhe as agências e as celebridades que participarão dos anúncios não é o cliente.

Conclui-se, então, que quando houver a exposição do consumidor à publicidade ilícita, o dano decorrente dessa situação deverá ser responsabilizado de maneira objetiva, de acordo com o disposto no Código de defesa do Consumidor, sendo responsabilizáveis todos os participantes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jeovanna Viana. **Responsabilidade Civil dos Pais Pelos Actos dos Filhos Menores**. Editora Renovar, Biblioteca de Teses, 2003.

ALVIM, Thereza Arruda. *et al.* **Código do Consumidor Comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AMARAL, Alberto do. **A Proteção do Consumidor no Contrato de Venda**, tese de Doutorado junto ao Depto. De Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, 1991.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. “Conceito jurídico de consumidor”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo,, v. 628, fev. 1988.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT. Vol 9, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos.. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, obra coletiva, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. O Controle da publicidade: sancionamento e mensagens enganosas e abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n.º 22, São Paulo, RT, edição especial 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. UNB: Universidade de Brasília, 1998.

BOLWERK, Aloísio Alencar. **Celebridades e Publicidade: efeitos legais da responsabilidade civil**. 1.ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

CASADO, Marcio Mello. Princípios gerais da publicidade na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. **Busca Legis**. Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <[HTTP://www.ccj.ufsc.br](http://www.ccj.ufsc.br)> acesso em:

CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed., rev., aum. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Fábio Ulhôa e outros. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

COELHO, Fábio Ulhôa. A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n.º 08, pp. 69-78. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

COELHO, Fábio Ulhôa. **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Revista de Informações Legislativas**. Senado Federal, Brasília, - ano 25, nº 97, janeiro a março de 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1998.

FALCÃO, Valéria. **A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 2001.

FILOMENO, José Geraldo de Brito et al, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 7.ed Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FREITAS: Arystóbulo de Oliveira. A publicidade inserida nas relações de consumo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º1, 1998.

FURLAN, Valéria C. P. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. **Revista do Direito do Consumidor**, n.º 10, pp. 97-125. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

LOPES, Maria Elizabete Villaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT. Vol 1, 1992.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1993.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, 1999.

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

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, obra coletiva, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. **Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor**, *in* Direito do Consumidor n.º 3, 1994.

NUNES. Luiz Antonio Rizzato. A Publicidade e o direito do consumidor. **Justitia**, n. 160, São Paulo, Procuradoria Geral de Justiça, out.-dez. 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato: **Curso de Direito do Consumidor**. 2.ed.rev.,modif. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. Trad. Miriam de Almeida Souza. **Revista do Direito do Consumidor**, n.º 04, pp. 28-37. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

RODRIGUES JÚNIOR, Álvaro. A responsabilidade civil dos apresentadores de programas de rádio e televisão pela publicidade enganosa ou abusiva. **Revista do Direito do Consumidor**, n.º 46, PP. 305-310. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. – (Biblioteca de direito do consumidor; v. 14)

SOUZA, James M. Marins de. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: RT, 1991.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: RT, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 6. ed., vol. 4, São Paulo: Atlas, 2006.

VENTURI, Elton. Indenização por danos sofridos em decorrência de publicidade enganosa ou abusiva. **Consumidor. I. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio**, vol 181. pp. 47-65. Curitiba: Juruá, 1998.