

**IESP – INSTITUTO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DA PARAIBA
DIRETORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

AURINO ANTONIO PEREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS
DECORRENTE DA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE
ABUSIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**João Pessoa
2009**

AURINO ANTONIO PEREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS
DECORRENTE DA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE
ABUSIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
do Instituto de Educação Superior da Paraíba –
IESP como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Ms. Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito

Área: Direito do Consumidor

**João Pessoa
2009**

Dados de acordo com: AACR2, CDU e Cutter
Biblioteca Central – IESP Faculdades – PB

P436r Pereira, Aurino Antonio

A responsabilidade civil por danos morais decorrente da veiculação de publicidade abusiva à luz do código de defesa do consumidor / Aurino Antonio Pereira. – João Pessoa, PB: [s.n], 2009.

57 f.

Monografia (Graduação) – Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP) - Curso de Direito, 2009.

1. Direito do Consumidor 2. Responsabilidade Civil 3. Danos Morais 4. Código de Defesa do Consumidor I. Título.

CDU 34:366

AURINO ANTONIO PEREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS
DECORRENTE DA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE
ABUSIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba –
IESP como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Resultado: _____

João Pessoa, ____ de ____ de 2009

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Titular Ms. Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito
Orientadora

Prof. Titular _____
Membro da Banca

Prof. Titular _____
Membro da Banca

João Pessoa
2009

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
1.1 OBJETIVOS.....	13
1.2 METODOLOGIA.....	13
2 A responsabilidade Civil – Uma visão geral.....	14
2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	16
2.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.....	18
2.3 Ato Ilegal.....	19
2.4 Culpa e a responsabilidade civil.....	20
2.5 Culpa Comum ou Concorrente.....	21
2.6 O CDC e a Responsabilidade Civil.....	22
3. A publicidade – Aspectos gerais.....	29
3.1 A Sociedade Consumerista e a Publicidade.....	30
3.2 Publicidade abusiva.....	32
3.3 A mensagem publicitária.....	33
3.4 Como o consumidor identifica a publicidade.....	36
3.5 A aplicação do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação publicitária.....	37
3.6 O consumidor e o anunciante.....	38
3.7 A responsabilidade do anunciante pela reparação do dano causado.....	40
4. Solidariedade passiva em face dos danos morais à luz do CDC.....	43
4.1 Dano Moral pela veiculação da publicidade abusiva.....	48
5. CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

RESUMO

A sociedade em que vivemos é marcada pela existência de vários meios de comunicação. É por intermédio deles que ficamos sabendo da existência de produtos ou serviços que possa vir a satisfazer as nossas necessidades. A publicidade está presente no cotidiano das pessoas, e por isso, é possível a ocorrência de erros ou mesmo abusos morais ou patrimoniais quando da divulgação, ou seja, alguém deve ser responsabilizado pelo fato danoso ao consumidor. Por isso, o presente trabalho teve como objetivo fundamental verificar de quem é a responsabilidade civil quando acontece uma veiculação de publicidade abusiva e, conseqüentemente, ocasiona de forma específica danos morais, fazendo-se necessário esclarecer de quem o consumidor quando de forma individual ou coletiva deve responsabilizar juridicamente.

Palavras chaves: Responsabilidade; Publicidade Abusiva; Danos Morais.

Abstract

The society we live in is marked by the existence of various media. It is through them that we know of the existence of products or services that may meet our needs. The advertising is in the daily lives of people, so it is possible the occurrence of errors or abuses moral property or when the disclosure, or someone should be held responsible for the fact harmful to the consumer. Therefore, this study aimed to verify who it is fundamental to civil liability if a delivery of advertising is unfair and, consequently, a specific cause of damage, making it necessary to clarify to whom the consumer when an individual or collective should be legally responsible.

Key words: Responsibility; Abusive publicity; moral damages.

Dedico primeiramente a Deus, pois foi ele quem me ajudou e me guiou em todo este trabalho. Dedico em especial, a minha querida mãe (EM MEMÓRIA) que me incentivou e esteve sempre ao meu lado, bem como ao meu pai. Assim também faço, a minha esposa e meus dois filhos, que me acompanharam por todo esse longo percurso. Muito obrigado.

AGRADECIMENTO

Agradeço a minha família, em especial, aos meus pais e irmãos, a minha esposa (Shirlene) e seus familiares que tanto me ajudaram nos momentos difíceis e aos meus filhos, Vitor e Vitória. Também agradeço, aos meus grandes amigos da conhecida “bancada”, José Homero, Mouglan, Diego, Djair, Ione, Sílvia e Girlane. Agradeço ainda, a minha querida professora orientadora Luciana Brito, que teve a paciência e a sabedoria para me guiar durante este trabalho. Sou muito grato a todos e em especial, a minha querida mãe com saudades e peço que Deus continue derramando suas bênçãos sobre todos nós.

“Se agires contra a justiça e eu te deixo agir, então a injustiça é minha”

(Mahatma Gandhi)

Capítulo I

1 INTRODUÇÃO

Ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira obteve uma conquista de grande importância, a de ser considerado consumidor, no sentido lato da palavra. Realmente, os mentores constituintes observaram uma grande mudança no comportamento da população brasileira. Em um determinado momento os produtos eram produzidos de forma manual e com o desenvolvimento industrial, tornaram-se mais aperfeiçoados, exigindo uma especialização da mão de obra e, conseqüentemente, do consumidor uma maior atenção na hora da compra.

Contudo, a sociedade ficava a mercê de anúncios publicitários veiculados sem proteção alguma. E era necessário nascer uma norma que regresse a relação jurídica entre o anunciante, empresa contratante e o consumidor. Nasceu assim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). A escolha desse tema deu-se na intenção de mostrar os direitos inerentes da responsabilidade civil pelo dano decorrente de veiculação de publicidade abusiva produzida pela agência publicitária ou pela empresa contratante.

O trabalho informará aos consumidores a quem caberá a responsabilidade civil quando ocorrer dano moral de forma individual ou coletivo, pela publicidade abusiva, ou seja, deverá identificar o nexo causal produzido pela abusividade da publicidade e o dano decorrente quando da veiculação publicitária, bem como, possibilitar ao consumidor o caminho e a ferramenta processual para ingressar em juízo deduzindo pretensão indenizatória pelos danos havidos, contra qualquer um ou contra todos (simultaneamente) os sujeitos integrantes da "cadeia de responsabilidade", fornecedor/anunciante, agência de publicidade ou veículo de divulgação.

Faz-se necessário saber que a solidariedade passiva formada por todos os agentes que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a veiculação de publicidade abusiva, constitui aspecto dos mais relevantes em matéria de responsabilidade civil. A regra da solidariedade é expressa pelo parágrafo único do art. 7º do CDC, segundo o qual "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". Desta forma, o trabalho visa identificar quem realmente de fato e de direito será o responsável quando ocorrer algum dano na ocorrência de veiculação da publicidade abusiva.

Partindo da idéia que em reparar os danos materiais e morais provocados pela lesão de direito individual ou difuso, torna-se hoje inderrogável garantia constitucional (art. 5º, incisos V e X), e trazendo a atenção para o direito básico do consumidor em conseguir efetiva reparação dos danos sofridos (art. 6º, inc. VI do CDC), obtém o princípio da restituição integral, do qual não mais se admite formas de limitação da responsabilidade civil. É pela conseqüência deste princípio, a cumulação entre os danos suportados pelo consumidor hoje também é indiscutível. As dúvidas que antes tinham lugar na seara doutrinária e jurisprudenciais sobre o assunto foram dissolvidas pela mencionada disposição do CDC, tendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 37, expressado que "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Com referência a valores de quantias a serem pagas pelos agentes causadores de danos a direitos coletivos, como essencialmente caracterizam-se os produzidos pela publicidade apelativa, a imposição de valor pecuniário ao sujeito ativo visa desestimulá-lo, inibi-lo de praticar novamente o ato danoso (veiculação de publicidade enganosa ou abusiva). Como já salientado, a veiculação da publicidade pode produzir danos individuais ou metaindividuais ou coletivos (significa dizer que a amplitude dos seus efeitos não se limita a esfera de um único indivíduo representa interesses de uma coletividade inominada de sujeitos de direitos, que sofrem juntos estes efeitos).

De acordo com que está regido o artigo 38 do CDC, "o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina". Porém, há no CDC uma proteção ao consumidor que diante de uma relação consumerista é a parte mais fraca, diz respeito a inversão do ônus da prova estampada pelo CDC (art. 6º, VIII e art. 38 do CDC), ou seja, revelam importante aprimoramento inserido no ordenamento jurídico pátrio no sentido de fornecer instrumento para garantia constitucional da igualdade de todos perante a lei, no que tange o caput do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que se proporciona colocar em posição de igualdade fornecedores e consumidores ou ao menos diminuir as distorções que tradicionalmente se apresentavam nas relações que os envolviam.

Tomando por base de que o Código de Defesa do Consumidor possui caráter de ordem pública e interesse social 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 contrário, 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 que ora patrocinou.

Assim sendo, tendo o Código de Defesa do Consumidor adotado à responsabilidade objetiva para os danos oriundos das relações de consumo, com fundamento no risco integral da atividade, não seriam admissíveis excludentes da obrigação de indenizar. Entretanto, há expressa mitigação do regime citado, quando se prevê (art. 12, § 3º) como causas de exclusão da responsabilidade, a prova da não colocação do produto no mercado, da inexistência do defeito ou da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Tratando-se com referência especificamente da responsabilidade civil objetiva por danos da publicidade abusiva, não se vislumbra qualquer espécie de excludente da responsabilidade que pudesse ser suscitado. Uma vez veiculada tal publicidade, competiria ao fornecedor/anunciante defender-se, comprovando unicamente a inexistência das patologias indicadas.

É de essencial importância falar a respeito da publicidade abusiva, da forma regradada pelo Código de Defesa do Consumidor. É uma grande novidade, mesmo quando se analisam as leis de proteção ao consumidor em países mais desenvolvidos. O conceito carrega a idéia de exploração ou opressão do consumidor. Mas não se limita a tal. Novos horizontes se abrem, como por exemplo, a tutela de valores outros que sejam caros à sociedade de consumo, como o meio ambiente.

Para o direito, não há dúvida alguma, tem-se agilidade e facilidade ao dipor com a publicidade abusiva. É possível acontecer, pelo menos no plano teórico, o delinear de limites mais ou menos objetivos e precisos. O artigo 37, § 2º, elenca, em lista exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva. Em todas elas observa-se ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, à segurança e à sensibilidade do consumidor. Devemos ter em mente, que as várias formas de publicidade abusiva, ao contrário da publicidade enganosa, não agredem o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico.

Portanto, repita-se, que a abusividade no CDC, foi estudada pelo legislador como conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido na construção do caso concreto. Leva-se em consideração, 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.

1.1 OBJETIVOS

Na tentativa de oferecer conhecimentos básicos para que o consumidor identifique quando houver veiculação de publicidade abusiva e ocasione dano moral, a quem caberá ser responsabilizado, ou seja, de forma solidária ou subsidiária.

1.1.1 Objetivo Geral

Analisar a responsabilidade civil pelos danos morais causados ao consumidor pela veiculação da publicidade abusiva. Neste trabalho foram formulados objetivos em termos gerais e específicos.

1.1.2 Objetivos Específicos

- a) Discorrer acerca da responsabilidade civil – Uma visão geral;
- b) Discorrer sobre Publicidade – Aspectos gerais;
- c) Explicar sobre a responsabilidade solidária passiva pela indenização dos danos morais na veiculação da publicidade abusiva;
- d) Discorrer sobre danos morais pela veiculação da publicidade abusiva.

1.2 METODOLOGIA

A pesquisa contemplará uma revisão da literatura especializada, onde serão utilizados livros, revistas, sites e outros periódicos para obter uma maior compreensão do tema e proporcionar um rendimento satisfatório no que diz respeito à obtenção para alcançar os objetivos do trabalho, bem como uma análise documental, onde será feita uma apreciação do Código de Defesa do Consumidor e parte do Código Civil.

Capítulo II

2. Responsabilidade civil – Uma visão geral

Em princípio, toda atividade que ocasiona um prejuízo gera responsabilidade ou necessidade de indenizar. Existirão, por vezes, excludentes, que impedem a indenização. O termo responsabilidade é empregado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com o efeito de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, desde que ilícita e danosa, pode acarretar o dever de indenizar. Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

É evidente que esse é um desiderato ideal que a complexidade da vida contemporânea coloca sempre em xeque. Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético etc, somente merecendo a reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais. O atual Código Civil, embora mantendo a mesma estrutura do diploma anterior, trata da responsabilidade civil com mais profundidade nos arts. 927 ss. A definição de ato ilícito é fornecida pelo art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (Código Civil; 2002).

Vê-se, portanto, que foi acrescentada a possibilidade de ressarcimento pelo dano exclusivamente moral, como fora apontado pela Constituição de 1988, algo de há muito reclamado pela sociedade e pela doutrina e sistematicamente repellido até então pelos tribunais. O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores etc.

No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um

ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor. Caso não seja identificado o agente que responde pelo dano, a vítima ficará irressarcida. O ideal, porém, que se busca no ordenamento, é no sentido de que todos os danos sejam reparados. O Direito Penal apenas considera a responsabilidade direta, isto é, do causador do dano ou da ofensa, do transgressor da norma.

O Direito Penal pune somente perante a culpa ou o dolo. No Direito Penal, a noção de punição de terceiro não participante da conduta é, em princípio, completamente afastada no direito moderno, embora doutrinas modernas já acenem com revisão desse conceito principalmente em crimes ecológicos: a pena não pode transpor a pessoa do agente, no entanto surgem novos princípios na penalística moderna. Há condutas que transgridem a norma penal e a norma civil concomitantemente, de molde que o agente sofrerá um duplice processo, pois no sistema brasileiro as jurisdições são diversas. No Direito Civil, terceiros somente podem ser chamados a indenizar quando a lei expressamente o permitir e assim apontar. De forma ampla, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos.

Notavelmente, esses dispositivos e essa matéria, verifica-se que neles estão presentes os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e, finalmente, culpa. Analisando especificamente a culpa, lembra-se a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar. Surge, destarte, a noção de culpa presumida, sob o prisma do dever genérico de não prejudicar. Esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva. A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da teoria do risco, com vários matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano.

“A moral convencional quer salvaguardar a liberdade de agir dos homens e só responsabilizá-los quando se configurar uma conduta culpável. No entanto, uma sociedade civil cada vez mais reivindicante reclama mecanismos normativos capazes de assegurar o ressarcimento dos danos, se necessário fosse, mediante sacrifício do pressuposto da culpa” (ZELMO DENARI, 2005, p.178).

Trata-se da denominada teoria do risco criado e do risco benefício. O sujeito que obtém vantagens ou benefícios, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona. Levando-se em conta o rumo que tomou a responsabilidade objetiva, a teoria da responsabilidade civil deixa de ser apoiada unicamente no ato ilícito, mas leva em conta com mais proeminência o ato causador do dano. Busca-se destarte evitar um dano injusto, sem que necessariamente tenha como o principal o ato ilícito. Em síntese, cuida-se da responsabilidade sem culpa em inúmeras situações nas quais sua comprovação inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável.

Nesse aspecto, há importante inovação no Código Civil, presente no parágrafo único do art. 927. Por esse dispositivo, a responsabilidade objetiva aplica-se, além dos casos descritos em lei, também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

2.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade contratual funda-se da inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta-se, portanto, de ilícito contratual, da falta do adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecida pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.

Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção de culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. Será possível estipular cláusula para reduzir ou excluir a indenização, desde que não contrarie a ordem pública e os bons costumes.

Se o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também o será. A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista é imprescindível a preexistência de uma obrigação.

Na responsabilidade extracontratual, ocorre quando do inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual. A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexistia qualquer relação jurídica. O lesante terá o dever de reparar o dano que causou à vítima com o descumprimento de preceito legal

ou a violação de dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade. O ônus da prova caberá a vítima, devendo provar a culpa do agente.

“A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana é a resultante de violação legal, ou seja, da lesão de um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado” (MARIA HELENA DINIZ, 2005, p. 56).

A maior questão nessa matéria é saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral. Enfatizado que nem sempre resta muito clara a existência de um contrato ou de um negócio, porque tanto a responsabilidade contratual como extracontratual com frequência se interpenetram e ontologicamente não são distintas: quem transgredir um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ser obrigado a ressarcir o dano.

O dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual. A doutrina contemporânea, sob certos aspectos, aproxima as duas modalidades, pois a culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade, uma e outra se fundam na culpa.

Na culpa contratual, porém, deve-se examinar o descumprimento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa extracontratual, leva-se em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato. Luiz Roldão de Freitas Gomes (2000; p. 33) anota que a jurisprudência introduziu na distinção, alargando a compreensão da culpa contratual: “quando um contratante comete uma falta dolosa na execução do contrato, pode-se considerar que ela faz desaparecer o contrato: aplicam-se as regras delituais”.

Há tendência de ser estendida a responsabilidade contratual a terceiros atingidos por um negócio jurídico originário. Essa extensão possui evidentes reflexos no montante e nos limites da indenização, geralmente balizados pelo contrato.

Por vezes, a existência de um contrato ou de um negócio unilateral não aflora de forma clara. Há situações dúbias nas quais a existência de uma obrigação negocial é questionada, como, por exemplo, no transporte gratuito ou no atendimento de urgência que um médico faz a um pedestre acidentado em via pública.

Essa dúvida, porém, não é óbice para o dever de indenizar. O mesmo se pode dizer da responsabilização que surge de um contrato nulo. O fato de existirem princípios próprios dos contratos e da responsabilidade fora deles não altera essa afirmação. Assim, é possível afirmar que existe um paradigma abstrato para o dever de indenizar.

Todas essas assertivas, porém, não impede que se identifiquem claramente, na maioria dos casos concretos, a responsabilidade derivada de um contrato, de um inadimplemento ou mora, e aquela derivada de um dever de conduta, de uma transgressão de comportamento. Há, sem dúvida, como na maioria dos fenômenos jurídicos, uma zona limítrofe ou cinzenta na qual a existência de um contrato não fica muito clara, como, por exemplo, no transporte gratuito e em algumas situações de responsabilidade médica. O fundamental é ficar assente que o instituto da responsabilidade em geral compreende todas as regras com base nas quais, o autor de um dano fica obrigado a indenizar.

2.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

A responsabilidade objetiva, conhecida também como a teoria do risco, no contexto da responsabilidade civil, leva-se em conta a potencialidade de ocasionar danos, a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo. Tem-se em atenção o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados.

A legislação do consumidor é exemplo mais nítido da responsabilidade objetiva. Podemos dizer que o CDC insere uma nova área de responsabilidade no direito nacional, a responsabilidade nas relações de consumo. Pode-se afirmar que o próprio direito contratual encontra um divisor de águas no Código de Defesa do Consumidor. Após a edição dessa lei, a interpretação dos contratos, não importando se dentro ou fora do âmbito consumerista, sofre verdadeira revolução no direito brasileiro.

A noção de vulnerabilidade no contrato assume uma posição de destaque nos exames dos contratos em geral. Muitos dos novos princípios contratuais e de responsabilidade inseridos no Código Civil de 2002, já figuravam como princípios expressos ou implícitos no CDC. A teoria da responsabilidade objetiva bem demonstra o avanço da responsabilidade civil nos séculos XIX e XX. Foram repensados e reestruturados muitos dogmas, a partir da idéia de que só havia responsabilidade com culpa.

Na responsabilidade objetiva, há, em princípio, pulverização do dever de indenizar por um número amplo de pessoas. A doutrina também se refere à teoria do risco integral, modalidade extremada que justifica o dever de indenizar até mesmo quando não existe nexos causal. O dever de indenizar estará presente tão somente perante o dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. O que se leva em conta na responsabilidade objetiva é o dano em detrimento do dolo ou da culpa.

Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexo causal, afastando-se a prova da culpa.

Já na responsabilidade subjetiva, a idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve o elemento culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva.

O termo culpa (*lato sensu*) aqui empregado abrange a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. Com o desenvolvimento industrial aliado aos inventos tecnológicos, bem como o crescimento da população culminaram no surgimento da produção em massa, em grande escala.

Com isso, novas situações surgiram e não podiam mais ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. Sistemas jurídicos de outros países sustentaram uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chama teoria do risco, a exemplo da Itália, Bélgica e, principalmente, na França.

A lei brasileira, por sua vez, acabou adotando também a responsabilidade objetiva em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros, além é claro, do Código de Defesa do Consumidor. Para caracterização da responsabilidade civil, quatro são os elementos essenciais: ação ou omissão culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.

2.3 Ato Ilegal

Atos ilegais são os que advêm direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Essa apreciação prende-se à imputabilidade, porque a voluntariedade desaparece ou torna-se ineficaz quando o agente é juridicamente irresponsável.

A imputabilidade cede importância ao ressarcimento, pois o vigente código já permite uma responsabilidade mitigada dos incapazes. O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. Traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.

Na responsabilidade subjetiva, o cerne do exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai basear-se justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito. Na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa. No sistema da responsabilidade subjetiva, o elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta do agente.

2.4 Culpa e a responsabilidade civil

A doutrina concorda que não é fácil instituir o conceito de culpa, embora não haja problema 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 podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever. O mestre da tradicional responsabilidade civil, José de Aguiar Dias, após comentar a dificuldade de conceituá-la, não consegue fugir de definição prolixa:

“A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, 2004, p.136).

Quando é mencionada culpabilidade no campo civil, a noção abrange o dolo e a culpa. Esses dois aspectos, estruturalmente, não têm nada em comum. De fato, há uma longa distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Em sede de indenização, porém, as conseqüências são idênticas. O art. 186 do CC elegeu a culpa como o centro da responsabilidade subjetiva que norteia a responsabilidade civil no direito brasileiro, com a nova perspectiva já enfatizada, descrita no art. 927, parágrafo único do CC.

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo, mas também os atos ou condutas evadidas de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito. Essa distinção entre dolo e culpa ficou conhecida no Direito Romano, e assim foi mantida no Código francês e em muitos outros diplomas, como delito e quase-delitos.

Tal distinção, modernamente, já não possui maior importância no campo da responsabilidade. Para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois, como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o

montante da indenização, embora o presente Código apresente dispositivo nesse sentido, a indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo.

No entanto, forma-se mais recentemente entendimento jurisprudencial, mormente em sede do dano moral, no sentido de que a indenização pecuniária não tem apenas cunho de reparação do prejuízo, mas tem também caráter punitivo ou sancionatório, pedagógico, preventivo e repressor.

A indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros. Sem dúvida, essa posição, no direito de origem romano-germânica, é fortemente influenciada pelo direito anglo-saxão, no qual essa função é muito clara. Nesse caso, inelutavelmente, o juiz deixa-se levar pela intensidade da culpa para fixar a retribuição pecuniária.

2.5 Culpa Comum ou Concorrente

Aspecto que é de fundamental importância na fixação da indenização é a culpa comum ou concorrente. Que nada mais é do que a compensação de culpas. No Direito Penal, não existe compensação de culpas. Cada agente responde pessoalmente por sua conduta e por sua participação na conduta delituosa. A posição na responsabilidade civil, contratual é diversa. Constatado que ambos partícipes agiram com culpa, ocorre a compensação. Cuida-se, portanto, de responsabilizar de culpa à vítima, que também concorre para o evento. Assim, se o grau de culpa é idêntico, a responsabilidade se compensa.

Por isso, prefere-se denominar concorrência de responsabilidade ou de causas. Pode ocorrer que a intensidade de culpa de um supere a do outro. Nesse caso, a indenização deve ser proporcional. Assim, nada impede que um agente responda por 2/3 e outro por 1/3 da indenização em discussão. O atual Código Civil traz dispositivo expresso a respeito, consagrando a jurisprudência, no art. 945: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

2.6 O Código de Defesa do Consumidor e a Responsabilidade Civil

Entre muitos fornecedores existe uma idéia muito equivocada de que aqueles (fornecedores) que não têm contato direto com o consumidor, não teriam que responder nos termos do previsto na Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. É até certo ponto complexa e, às vezes, problemática, esta realidade de haver na cadeia de fornecimento uma empresa fornecedora real e outra que é fornecedora aparente do produto ou serviço. Ou seja, uma empresa é aquela que tem o contato direto com o consumidor para vender-lhe o produto e serviço (fornecedora aparente), enquanto outra é a real fornecedora, mas não se identifica para o consumidor nesta condição.

Esta técnica é denominada de sistemas expertos, fórmula pela quais duas ou mais empresas combinam meios e esforços no processo de prover o mercado de consumo, sendo que o consumidor nem sempre tem conhecimento de quais fornecedores integram a cadeia de fornecimento.

Nesta conjuntura, então, ainda subsiste em parte do meio empresarial a crença de que, aquela empresa que permanece oculta para o consumidor não responderia nos termos do CDC, tendo sua responsabilidade civil resumida ao que esteja previsto nos termos estabelecidos nos contratos feitos entre as empresas (fornecedora real e fornecedora aparente), sendo a relação jurídica regulada pelas disposições do Código Civil (e, eventualmente, o Código Comercial). Há um profundo engano nesta concepção.

A legislação não ignora a realidade dos fatos que permeiam os vários tipos de relações negociais como parcerias, cessões de utilização de marcas, franchisings, terceirizações e outras espécies de negócios. Há pessoas físicas ou jurídicas que possuem apenas a marca que outras empresas utilizam para fabricar o produto ou denominar o serviço que será comercializado, inclusive por um terceiro fornecedor.

Do mesmo modo, existem aquelas empresas que utilizam componentes de várias fábricas em seus produtos e serviços e têm o atendimento do consumidor feito por empresas de fora de seu grupo. Em um Estado democrático-liberal, dentro dos limites legais, existe liberdade para os fornecedores se valerem de inúmeras técnicas empresariais para ganhar mercado, diminuir custos, aumentar lucros e serem competitivos no fornecimento de seus produtos ou serviços.

Entretanto, nesta complexidade de relações isto não os exime de serem alcançados pelo regramento imposto no CDC, norma de ordem pública e interesse social, que prevê

expressamente a responsabilidade solidária de participantes da cadeia de fornecimento (ostensivos ou não) quando dela resultar dano ao consumidor.

Este princípio é materializado por inúmeros dispositivos do código, como, por exemplo: a) o parágrafo único, do art. 7.º, que diz tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo; b) o parágrafo 1.º, do art. 25, que prevê havendo mais de um responsável pela causa do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores; c) e, em outras disposições espalhadas pelo código, tais como, o artigo 13 que estabelece a responsabilidade solidária do comerciante quando não conservar adequadamente o produto ou não identificar o fabricante, ou o art. 25, parágrafo 2.º, que estabelece a responsabilidade solidária do fabricante, do construtor, do importador e do incorporador quando o dano for causado por componente ou peça integrada/incorporada ao produto ou serviço.

Acrescente-se que a aplicação do princípio da responsabilidade civil solidária ganha maior importância ainda, nos casos em que os fornecedores constroem verdadeiras teias de artifícios para criar uma cortina de fumaça destinada a evitar que eles sejam identificados e atingidos pelo dever de reparar as lesões aos consumidores.

Independente de que o façam propositadamente ou somente tentem se aproveitar desta condição do consumidor desconhecer sua participação na cadeia de fornecimento, a responsabilização deve vir inexorável, inclusive até eventual desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando necessária (art. 28 do CDC). Nas considerações derradeiras, é interessante refletir sobre o fato de que os dispositivos que foram citados neste texto apontam sempre para a responsabilização apenas daquele que tenha sido o causador do dano.

Contudo, cabe questionar: será que essa noção estrita e delimitada de imputar responsabilidade apenas ao causador do dano é suficiente para dar o devido amparo que o consumidor merece? Acrescente-se, ainda, que muitas vezes é bastante difícil para o consumidor e até para o Julgador, identificar qual dentre aqueles que atuaram na cadeia de fornecimento, foi exatamente o responsável pela causa do problema.

Mas isso, não altera duas conseqüências elementares: a) primeiro não evita a existência da lesão ao consumidor; b) segundo, não altera as vantagens que os fornecedores obtêm com a relação de consumo, o que não é justo.

Deste modo, cremos não bastar responsabilizar apenas aquele causador do dano, mas sim, dever-se expandir essa responsabilização, para solidarizar todos aqueles que interagem e possuem algum domínio para auferir proveito do mau fornecimento. Essa é uma

medida de justiça, ainda mais que, toda reparação, é indiretamente paga com os recursos advindos dos preços cobrados dos próprios consumidores.

Assim, a responsabilização solidária de todos os integrantes da cadeia que colaboraram para o fornecimento danoso, é princípio a ser acatado quando da aplicação do CDC, até porque, os fornecedores têm inúmeras formas negociais de se acertarem entre si.

Deste modo, ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo. Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados.

A legislação do consumidor é exemplo mais recente de responsabilidade objetiva no ordenamento, introduzindo uma nova área de responsabilidade no direito brasileiro. A teoria da responsabilidade objetiva bem demonstra o avanço da responsabilidade civil nos séculos XIX e XX. Foram repensados e reestruturados muitos dogmas, a partir da noção de que só havia responsabilidade com culpa.

Nada obstante, no âmbito da responsabilidade sem culpa aumenta significativamente em vários segmentos dos fatos sociais. Tanto assim é que culmina com amplitude permitida pelo acima transcrito art. 927, parágrafo único, do atual Código Civil. Esta teoria é justificada tanto sob o prisma do risco como sob o do dano. Não se indenizará unicamente porque há um risco, mas porque há um dano e, neste último aspecto, em muitas ocasiões dispensa-se o exame do risco.

Pode-se garantir que há um direito anterior e um direito posterior à lei do consumidor no ordenamento brasileiro. O CDC delineou o que a doutrina consagrou como um microssistema jurídico que se faz presente em praticamente todas as atividades negociais. Os direitos do consumidor fazem parte da categoria que se pode denominar novos direitos, surgidos todos no curso do século XX, frutos das transformações sociais e tecnológicas, e que colocaram em berlinda o aspecto de abrangência dos grandes Códigos.

De fato, o século passado viu surgir vários segmentos jurídicos que exigem especialização, como os direitos de energia, do petróleo, das telecomunicações, dos esportes, das agências reguladoras e tantos outros que continuam a nascer. A sociedade de consumo, o mundo globalizado colocou o direito do consumidor como um dos principais matizes desses novos segmentos, em todas as nações ocidentais.

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado com lastro nos termos do art. 5º, inciso XXXII; art. 170, inciso V, da Constituição de 1988, bem como no art. 48 de suas

disposições transitórias. Segundo a nova ordem constitucional, a defesa do consumidor é um dos ditames básicos da ordem econômica. Trata-se de codificação moderna, na qual muitos de seus princípios são inovadores, mesmo se comparados com a ordem internacional. Os direitos do consumidor surgem como forma de proteção do indivíduo perante o desenvolvimento que as sociedades de consumo atingiram. A vulnerabilidade do consumidor é sua própria essência.

O largo espectro de aplicação dessa lei se nota já na conceituação de consumidor e fornecedor. A aplicação do CDC se espraia e se sobrepõe por praticamente todos os campos sociais. Poucos ficarão fora de sua abrangência. O CDC deve ser entendido então como uma sobre estrutura jurídica, uma legislação que pertence ao chamado direito social.

Toda a legislação do direito privado, e também em parte do direito público, deve ser harmonizada com os princípios consumeristas sempre que estivermos perante uma relação de consumo, ou seja, relação de consumo seria “a relação jurídica contratual ou extracontratual, que tem numa ponta o fornecedor de produtos e serviços e na outra o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor tendo por objeto a circulação de produtos e serviços” (Cavaliere Filho, 2004: p. 468).

Até a promulgação do CDC, não havia proteção eficiente ao consumidor. Estava este subordinado aos princípios ortodoxos da responsabilidade civil e se submetia à ditadura do capitalismo selvagem. O legislador pátrio preferiu definições objetivas desses dois partícipes da relação de consumo, fugindo dos conceitos imprecisos da legislação estrangeira, principalmente dos países europeus. Segundo o art. 2º, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Nota-se, nessa definição, que tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica são consideradas consumidores, quando destinatários finais, posição inovadora Sá admitida posteriormente, com restrições, por algumas legislações. Não somente as pessoas jurídicas devem ser incluídas nesse conceito, mas também as entidades com personificação anômala, que muitos preferem denominar entes despersonalizados, como o condomínio, a massa falida e o espólio.

Será atingido pela proteção de consumo não apenas o típico consumidor final, mas também o que utiliza o produto ou serviço como destinatário final. Assim, por exemplo, produto adquirido por alguém e emprestado ou cedido a terceiro, este também recebe a proteção da lei do consumidor. Em princípio, não poderiam ser considerados consumidores os intermediários, que, mesmo tendo adquirido produtos, não o fazem como consumidores ou usuários finais, mas pra revendê-los.

Desse modo, estariam esses revendedores obstados de reclamarem pelo fato dos produtos e dos serviços na forma prevista pelo Código. Arruda Alvim (2000; p.26) entende, no entanto, que o art. 17 soluciona essa aparente injustiça ao equacionar que, para os efeitos de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. Em se tratando de vício do produto, no entanto, não há dispositivo que autoriza o intermediário, que não seja destinatário final, a agir com base no CDC, diferentemente do que ocorre com danos decorrentes de fato do produto.

Outrora ao advento da lei de defesa do consumidor, a responsabilidade do fabricante, produtor (também importador e construtor) ou comerciante era regida pelo art. 186 do CC. Impunha-se ao consumidor a obrigação de provar a culpa subjetiva do demandado. Não bastasse isso, o comprador de produtos ficava sujeito ao exíguo prazo dos vícios redibitórios, de 15 dias a contar da tradição para as coisas móveis.

Ainda, seguindo as regras ordinárias de processo, a vítima deveria mover a ação contra o fabricante no local de sua sede, na maioria das vezes em local distante de seu domicílio. Muitas vezes, a responsabilidade por um produto defeituoso era diluída ou não identificável: quem deveria ser acionado? O fabricante nacional ou estrangeiro, o importador, o comerciante? Todas essas questões colocavam o consumidor em posição de extrema inferioridade, como verdadeiro títere do poder econômico.

Também, havia certa obrigação de ser criado instrumento processual que protegesse uma classe inteira de consumidores lesados ou prejudicados por determinado produto ou serviço. Nesse desiderato, a Constituição Federal de 1988 criou a base do atual direito do consumidor. O CDC foi concebido dentro dessa filosofia. Seu caráter é interdisciplinar, daí por que se diz que criou um microsistema jurídico.

Nele, há normas de direito civil, direito comercial, direito administrativo, direito processual, direito penal. Seus princípios abarcam o direito privado e o direito público, formando um terceiro gênero que a doutrina denomina direito social.

“No sistema de defesa do consumidor, a responsabilidade do fabricante, independe de culpa, surge expressa no art. 12: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (CDC, Lei 8.078/90).

O fornecedor apenas se dispensar do dever de reparar pelo fato do produto ou do serviço se provar, em síntese, ausência de nexo causal ou culpa exclusiva da vítima. Pode ocorrer que terceiros, à revelia do fabricante, tenham colocado o produto no mercado. Em sede de relações de consumo também não se admite na doutrina, como regra geral e segundo corrente majoritária, a culpa concorrente do consumidor. Sustenta-se que não há culpa, em princípio, não pode haver concorrência dela. Sempre que um produto é lançado no mercado há um risco por infortúnios que o fabricante leva na conta dos riscos do negócio.

O fato exclusivo de terceiro, por outro lado, impede que se conclua pela existência de nexo causal. Se houver culpa concorrente, persiste, em princípio, sua obrigação. Muitos entendem que, na prática, é muito difícil que se reconheça culpa concorrente da vítima, tendo em vista o dever de segurança que é inerente a todo produto posto no mercado. Em síntese, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro desvia a óptica da problemática para a inexistência de defeito e, portanto, para a ausência de nexo causal.

“Por sua vez, a responsabilidade do fornecedor de serviço é descrita no art. 14 do CDC: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (CDC, Lei 8.078/90).

Assim como em relação ao produto, o serviço defeituoso deve ser examinado no momento em que é prestado. O serviço é defeituoso quando não fornece segurança para o consumidor. Os defeitos de serviços podem decorrer de concepção ou de execução indevidas. Técnicas mais modernas que são utilizadas posteriormente, não tornam defeituoso o serviço anteriormente prestado (art. 14, § 2º). A técnica razoável do serviço é a atual, ou seja, a utilizada no momento da prestação.

No tocante aos profissionais liberais, o CDC houve por bem manter sua responsabilidade dependente da verificação de culpa (art. 14, § 4º). No entanto, em que pese a responsabilidade ser nesse caso subjetiva, a relação existente com esses profissionais não deixa de ser considerada de consumo, aplicando-se os princípios gerais, como informação, boa-fé, inversão de ônus da prova.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça extraída do site www.stj.gov.br – acessado em 25/04/2009:

“Recurso Especial Nº 1.021.987 - RN (2008/0002443-8)
Relator : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES
Recorrente : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA
Advogados : LEONARDO PERES DA ROCHA E SILVA E OUTRO(S)
JOSÉ ALEXANDRE BUAIZ NETO E OUTRO(S)

REGINALDO MEDEIROS GOMES E OUTRO(S)
ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA E OUTRO(S)
Recorrido : LIDIANE DE SOUZA SANTANA
Advogado : LUIZ VALÉRIO DUTRA TERCEIRO E OUTRO(S)

Ementa

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL.
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL
DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM.
ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE
ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA
PELA EMPRESA NACIONAL.

1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ.
2. Se empresa brasileira aufere diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta.
3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Ministro Relator.

Brasília, 07 de outubro de 2008. (data de julgamento)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

Documento: 3956404 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 09/02/2009"

Contudo, a responsabilidade na relação de consumo habita na concepção objetiva, existindo dever de indenizar quando houver relação de causa e efeito. Os danos oriundos de relações de consumo são por esta teoria indenizáveis e aqueles relacionados a vícios de informação ou de mensagem publicitária são indenizáveis, segundo o Direito Consumerista, pelo dever de garantia. O que caracteriza a responsabilidade objetiva é que, na constituição da obrigação de reparar dano causado, não se leva em conta o comportamento culposos ou doloso do agente. Toda ênfase do sistema na responsabilização é dado ao nexo de causalidade existente entre o ato e o dano produzido, não interessando se esse ato é culposos ou doloso.

Capítulo III

3. A publicidade - Aspectos gerais

A globalização, o aumento do consumo e, por conseguinte, a crescente disputa de mercado (imprescindível para a expansão e desenvolvimento dos bens, que estimula, inclusive a queda nos preços dos produtos), fazem com que as empresas busquem os mais diversos meios de se espalhar e de se fazer destacar frente ao mercado consumidor. No Brasil há empresas com as mais variadas orientações sociais e lucrativas investindo cada vez mais na publicidade, que por sua vez utiliza todos os meios de comunicação em massa para se fazer propagar.

O consumo e a publicidade sempre andaram de mãos dadas, contando com a presença do marketing a incrementar as forças de produção e os serviços disponíveis ao público consumidor. É pertinente observar que o uso das expressões propaganda, publicidade e comunicação é feito de forma indiscriminada. Isso porque o termo propaganda, na linguagem do meio publicitário, quer significar a atividade da comunicação voltada a vendas. No entanto, academicamente, a doutrina costuma diferenciar publicidade de propaganda, indicando que publicidade é sempre de natureza comercial e propaganda é a técnica que visa a obter adesão a um sistema ideológico, político, social, econômico ou religioso.

No presente estudo preferiu-se adotar a expressão publicidade, preponderando o enfoque acadêmico da matéria e a sintonia com as denominações contidas no CDC, e utilizando-se o termo comunicação em situações específicas, nas quais a publicidade assume maior abrangência.

Além da CF, foi publicada a Lei 8078 de 11 de Setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de tutelar os interesses deste. Por parte do setor publicitário, surgiu o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBAP), que é o instrumento básico que disciplina a conduta ética do setor.

Os efeitos da publicidade têm sido analisados pelos prismas do positivo e do negativo. Os defensores que assumem o primeiro ponto de vista acreditam que a publicidade estimula o consumo e contribui positivamente para o aumento da produção. Os que compartilham a segunda visão consideram que a publicidade acarreta um enorme desperdício de recursos materiais.

O certo é que a eliminação da publicidade implicaria a eliminação do próprio capitalismo. Além do mais, as empresas, preocupadas com os prejuízos e desvantagens que um mau conceito junto ao consumidor pode gerar, estruturaram seus departamentos de atendimento ao consumidor, com a finalidade de eliminar a defasagem que existe entre o que a empresa imagina ser a satisfação de seu cliente e o que realmente ela é.

“O fim primordial da sociedade, deve ser a função social - Art. 31: A oferta e a apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades e origem, entre outros dados bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (GINO GIACOMINI FILHO, 2003, p.42).

Sem dúvida alguma, a oferta, bem como o produto com referência a sua embalagem deve ser informada ou mesmo apresentada para o consumidor de forma direta e objetiva, não podendo gerar qualquer incerteza e muito menos riscos a saúde e segurança. A publicidade de forma ilegal caracteriza-se pelos anúncios que estão de alguma maneira contrária as leis e diplomas legais vigentes no país, nas esferas federal, estadual ou municipal. A utilização do apelo sexual, fora dos limites éticos ou morais enquadra-se também como propaganda injusta. Uma vez caracterizada a publicidade ilícita, esta trará conseqüências à empresa anunciante, bem como da empresa publicitária criadora da mensagem.

3.1 A Sociedade Consumerista e a Publicidade

A publicidade está na sociedade de consumo como ideologia e como negócio, sendo sua necessidade justificada em parte pela relativa diminuição dos preços dos produtos. Ela forma-se a partir de muitos atributos e pelas conotações de valores do negócio publicitário. O aumento significativo do mercado de consumo, devido boa parte à publicidade, gera uma massificação do consumo e o conseqüente aumento da produção e produtividade, implicando custos unitários menores.

“A publicidade é a forma de comunicação identificada e persuasiva empreendida, de forma paga, através dos meios de comunicação em massa”. Fábio Ulhoa Coelho (Direito Comercial, vol. 1, 2007, p.23).

Ressaltam que não se enquadram no conceito de publicidade todos os tipos de mensagens persuasivas, pois há também as de sem conteúdo mercantil, destinadas a públicos não consumidores, como as mensagens políticas, as de ofertas empregatícias, as campanhas públicas de saúde. Essas o autor as define como propaganda. Mas essa distinção não será feita neste artigo. Neste entendimento, pode-se dizer que publicidade seria a ação econômica que

visa a motivar o consumo de produtos e serviços, por meio da veiculação de mensagens persuasivas por diversos meios.

O Decreto 57.690 de 1990 define publicidade como “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos e serviços por parte de um anunciante identificado”. Há três direitos relacionados à licitude da informação: o direito de persuadir, negar tal direito seria tirar o direito de comunicar; o direito a resistir à persuasão, que obriga o persuasor a estudar melhor seus próprios argumentos; o direito de todo homem a ajudar o próximo em suas empresas, sejam individuais ou coletivas. O objetivo da publicidade é a mudança de comportamento dos consumidores em relação ao consumo, é criar clima favorável à venda e à preferência pelo produto ou pelos serviços.

A publicidade é um misto de técnicas e arte. Os meios de comunicação em massa (mcm) são usados sistematicamente pela publicidade, uma vez que os sustenta comercialmente. São os chamados carro-chefe do setor. Os mcm (meios de comunicação de massa) atingem a todos indiscriminadamente, e mesmo que seja bem intencionada, a publicidade atinge fins desejados e indesejados.

“A publicidade é uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender produtos ou serviços. A publicidade serve para realizar as tarefas de comunicação de massa com economia, velocidade e volume maiores que os obtidos através de quaisquer outros meios” (ARMANDO SANT’ANNA, 2000, P.76).

O rádio, o jornal, a revista, a televisão, e os demais meios de comunicação social devem zelar para que a publicidade veiculada esteja em consonância com os valores éticos dos seus respectivos públicos, não ofendendo os costumes, as religiões, a lei ou a ordem pública. Um dos princípios da disciplina jurídica da publicidade é o da ‘identificabilidade’, pelo qual a mensagem não pode ocultar o seu caráter publicitário.

O art. 6 do CDC dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, e em seu inciso III diz que o cabe ao consumidor ter “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”.

O artigo 36 dispõe que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”. A publicidade costuma conter sempre algo de fantasioso nas suas mensagens, e visa à mobilização de emoções dos espectadores. Além disso, a publicidade, tem a responsabilidade de cobrar dos clientes laudos sobre os produtos que anuncia, testes de qualidade, relatórios de organismos independentes sobre a sua eficiência etc.

Muito além de informativa, a publicidade mostra-se como um fator de entretenimento e lazer, principalmente pelo seu caráter divertido de muitos de seus anúncios. Outro dilema da publicidade é conciliar a responsabilidade social e a conduta fiel junto ao cliente, buscando obter, ao mesmo tempo, lucros com suas atividades num mercado de altíssima competitividade.

3.2 Publicidade abusiva

A publicidade abusiva, da forma regradada no CDC é uma novidade, mesmo quando se analisam as leis de proteção ao consumidor em países mais desenvolvidos. O conceito carrega a idéia de exploração ou opressão do consumidor, evidente, que não se limitando a tal. Novos horizontes se abrem, como, por exemplo, a tutela de valores outros que sejam caros preciosos à sociedade de consumo, como o meio ambiente.

O direito, não há dúvida, tem muito mais agilidade e facilidade ao lidar com a publicidade enganosa do que com a abusiva. É possível, pelos menos no plano teórico, traçar limites mais ou menos objetivos e precisos para a publicidade enganosa. Já com a publicidade abusiva, até o presente momento, tal tarefa tem sido injusta.

O art. 37, § 2º do CDC, elenca, em lista exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva. Em todas elas observa-se ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação, à segurança e à sensibilidade do consumidor. Observa-se que as diversas modalidades de publicidade abusiva, ao contrário da enganosa, não atacam o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico.

O direito, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Em matéria publicitária, pode-se dizer que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso. Quem pode negar que uma mensagem publicitária ofensiva ao meio ambiente permeia um potencial de dano para o consumidor? Quem pode contestar que um anúncio, mesmo que enganoso, mas que abuse da deficiência de experiência de uma criança ou de um idoso também constitui um desvio das regras básicas do mercado de consumo?

A liberdade da atividade publicitária não pode, de fato, colidir com certos imperativos de ordem superior que se sobrepõem às intenções promocionais das empresas. O direito, então, cria, com o intuito de proteger o consumidor na sua dupla face existencial, mecanismos de controle pra tais desvios publicitários.

No CDC, a abusividade foi tratada pelo legislador como conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido na construção do caso concreto. Levam-se em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida. 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 da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural.

Para melhor compreensão, cito alguns exemplos de ocorrência de publicidade abusiva: a) anúncio de uma conhecida marca de roupas, que mostrava um paciente com AIDS no exato momento de sua morte; b) uma determinada marca de leite longa vida, no qual figurava uma criança de cor negra como diabinho e uma de cor branca como anjinho. Tal publicidade foi tida como abusiva; c) a marca de roupas Benetton que coloca criança loira como anjo e criança negra com chifre e com tridente; d) publicidade de carro que induz as crianças a terem vergonha do carro de seus pais e por último, recentemente, o motel Excalibur, que fica vizinho ao IESP, veiculou uma publicidade em outdoor com uma mulher seminua em um dos quartos do motel. Tal publicidade, foi provocada juridicamente junto ao Ministério Público, por uma Vereadora da capital e o Promotor mandou colocar na figura da mulher uma tarja preta para cobrir os seios, ficando parecido com espécie de “bustier”.

3.3 A mensagem publicitária

A publicidade não pode conter textos, falas, gestos e imagens que sejam ofensivos ao consumidor, infringindo os padrões de decência e probidade. A honestidade da publicidade é essencial para o funcionamento harmônico e saudável do mercado de consumo, sendo vedada qualquer mensagem que abuse da confiança do consumidor ou explore sua falta de experiência. A veracidade da mensagem publicitária é também ponto relevante à proteção do consumidor, devendo a argumentação de vendas, base da peça publicitária que pode ter sido criada a partir de um apelo racional, calcado na qualidade, preço, desempenho do produto ou do serviço, bem como um apelo emocional que explora o desejo, o sonho, o instinto sexual, estar embasada em erro quando ao conteúdo ou ao desempenho do objeto da campanha publicitária.

A publicidade não deve conter apresentação textual ou visual que, direta ou indiretamente, por implicação ou por omissão, ambigüidade ou exagero, possa enganar o

consumidor sobre o produto ou mesmo sobre as características dos produtos dos concorrentes. O art. 1º do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária estabelece que: “Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve ser ainda honesto e verdadeiro”. Firma-se, assim, o princípio da legalidade, isto é, de que o anúncio deve estar inserido harmonicamente nos ditames das leis e das formas secundárias de expressão do direito (costumes, ética e etc), além de salientar-se os princípios da honestidade e da veracidade a que a mensagem publicitária deve se adequar.

É proibido mentir, camuflar, omitir dados essenciais sobre produtos e serviços, e ofender a toda e qualquer pessoa ou coletividade por meio da veiculação de um anúncio publicitário, que cause ao consumidor dano moral pela ofensa ao seu padrão de decência e aos direitos de sua personalidade, como também, atinja seu patrimônio via indução a uma decisão de compra tomada sobre bases mentirosas. Somente o ato de veicular informações falsas e inexatas, passíveis de levar o consumidor a engano, por si já caracteriza a ilicitude da mensagem publicitária.

Iludir, dar sensação de satisfação momentânea e ilusória, induzir em erro quanto a fatos ou quanto a suas intenções de mistificar e ilusória, falar coisas contrárias à verdade, que se opõem à sinceridade e à realidade, levando o consumidor a decidir-se por algo sabendo que ele o teria recusado caso tivesse tido acesso às informações verdadeiras, bem como ferir sua dignidade, suas crenças, identidade cultural e racial, são ofensas que constituem responsabilidade ao anunciante, à agência de propaganda e ao veículo de comunicação, no tocante à reparação dos danos morais.

Não é necessário que o dano material se verifique individualmente, a veiculação da mensagem publicitária que propaga uma mentira ou ofende o consumidor, ou qualquer receptor da mensagem, fere os princípios básicos da decência, da honestidade e da veracidade a que deve se conformar essa espécie de prática comercial, e, de acordo com os mandamentos expressos tanto no CDC quanto no CARP, por sua inerente contrariedade ao direito, essas mensagens são puníveis no plano jurídico, primeiro pela lei e depois pela forma complementar e secundária de expressão do direito, que são os usos e costumes.

O universo composto pelas normas do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária obedece a uma sistemática que parte de conceitos genéricos e abstratos, e chega ao tratamento específico da regulamentação da publicidade de distintas categorias de produtos e serviços, relevando também aquilo que atinge os mais crédulos e ingênuos, dando especial enfoque às crianças e às disparidades de poder aquisitivo existentes entre aqueles que recebem a mesma mensagem. A publicidade deve conter informações

precisas, que possibilitem ao consumidor ter uma idéia verdadeira da realidade do produto ou do serviço, e tais informações devem ser fornecidas de maneira clara, honesta e decente, respeitando a dignidade e os valores éticos e morais preponderantes na sociedade, no contexto da linguagem publicitária, essencialmente simbólica, condensada, na qual a criatividade, a originalidade e o impacto transformam-se em importantes instrumentos de venda.

“Mechandising é o planejamento promocional do produto antes de ser lançado no mercado. É a planificação necessária para que se possa efetuar com rendimento ideal o marketing. Portanto, seria mechandising a preparação da mercadoria para torna-la adequada à necessidade do consumidor e ao seu caminhar pelos canais de distribuição comercial. É o estudo do produto em si” (ARMANDO SANT’ANNA, 2005, p 21).

A expressão comunicação parece ser aquela que melhor denota, na atualidade, as atribuições da publicidade e do marketing ou mesmo do mechandising, que em sua operacionalidade, estão quase que indistintamente entrelaçados. Aqueles que estão envolvidos com a criação, produção e veiculação de uma campanha publicitária, na maior parte das vezes, estão igualmente envolvidos com o negócio do fornecedor-anunciante como um todo, criando sua logomarca e logotipos, trabalhando no design de suas embalagens, interferindo nos rótulos dos produtos, orientado a oferta do produto junto ao ponto de venda, etc.

O caminho adotado pelo CDC, no que diz respeito à caracterização da publicidade ilícita, ensejadora da responsabilidade de reparar todo e qualquer dano causado ao consumidor, calcada nos princípios da veracidade, do dever de informar e da adequação da mensagem, preservados os direitos morais e patrimoniais do consumidor, mostra-se bastante pertinente às características da sociedade e da produção, distribuição, cultura e consumo em massa. As imagens, que compõem a obra publicitária, agregam valores, são formas, sons, texto, o áudio e o vídeo unificados, gerando idéias e conceitos que ingressam na mente do consumidor e ali deixam registrada a marca do seu produto. A publicidade, com certeza, não é onipotente, mas é poderosa. E, como qualquer elemento de comunicação pode ser utilizado para o bem ou para o mal, seu uso indiscriminado impõe a responsabilidade pela reparação de qualquer dano que cause ao consumidor.

3.4 Como o consumidor identifica a publicidade

O fato de o consumidor estar ciente de que a mensagem que está recebendo, o texto que está lendo na revista, outdoor ou mesmo no jornal, o filme a que está assistindo, etc, tem finalidade publicitária, isto é, tem por objetivo ressaltar as qualidades e vantagens de um produto ou serviço com o propósito de vendê-lo, desperta-lhe o espírito crítico, refletindo-se numa postura diversa, em sua escuta e na forma de assimilar a informação, daquela que assumiria se estivesse diante de um texto jornalístico, um romance ou um filme.

Enfocando a necessidade da identificação da publicidade como tal, alertando o consumidor sobre sua finalidade, observa-se que as campanhas testemunhais são tema que merece cuidadosa atenção. Testemunhais são aquelas mensagens publicitárias que se valem da notoriedade e da credibilidade de pessoas famosas, celebridades, autoridades em assuntos específicos, como médicos, dentistas, esportistas, para endossar a qualidade de um produto ou serviço. É uma técnica de criação publicitária usada estrategicamente; busca associar à imagem do produto todos os valores presentes na personalidade da celeridade.

O CARP disciplina a matéria das campanhas testemunhais, estabelecendo critérios para o uso adequado de modelos trajados com uniformes, fardas ou vestimentas características de uma profissão, pois deve-se evitar que o consumidor seja induzido a engano e que sejam infringidas as normas éticas das profissões regulamentadas ou não por lei. A identificação publicitária é orientada no sentido de que conste claramente reconhecível o anúncio e sua finalidade mercadológica como algo que não se confunde com matéria jornalística. O art.36 do CDC, ao introduzir os mandamentos normativos reguladores da publicidade, estabelece que: “A publicidade deve ser veiculada da tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

No âmbito dos usos e costumes, da ética ditada pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), o Código de Auto-Regulamentação Publicitária também se manifesta nesse sentido, quando trata da identificação publicitária: “Art. 28 – O anúncio deve ser claramente distinguido com tal, seja qual for a sua forma ou seu meio de comunicação”. Observa-se a profundidade com que o CARP se refere ao dever do veículo de comunicação de divulgar a mensagem publicitária de forma identificável e própria.

A mensagem abusiva é aquela que quer obter vantagem sobre as fraquezas e medos humanos, é a da empresa de assistência médica que se utiliza do medo da morte latente na pessoa humana como argumentação de vendas. A abusividade tem aspecto diverso, não é aquilo que é falso; é o que fere a ordem pública, atinge a sociedade, os valores

extrapatrimoniais, é o indecente, o indecoroso, o imoral, o que agride as crenças, é ofensivo, incita o medo e a violência.

A publicidade é destinada a criar impacto comercial, criar a imagem de marca, a representatividade do anunciante ou de seus produtos, de maneira a tornar a marca notória e aumentar as vendas. Sem esse objetivo mercadológico, com o intuito de lucro, a mensagem não pode ser considerada como publicitária e o fato danoso foge à incidência das normas que regem a publicidade especificamente mentirosa ou abusiva.

3.5 A aplicação do Código de Auto-Regulamentação Publicitária

A chamada autonomia negocial pressupõe definir o negócio como ato e como instrumento da autonomia privada, como auto-regulamento dos interesses do próprio agente, constituindo o denominado poder estatutário, também reconhecido pela teoria geral do direito como forma de sua expressão. Os usos e costumes, no formato do direito estatutário instituído pela auto-regulamentação dos setores produtivos da sociedade, são reconhecidos como formadores de um sistema aberto, inovador, se comparado às concepções dos extremados dogmas positivistas e imposições legais.

É pela absorção de valores advindos de fontes extralegislativas que se admite a largueza arejada de novos caminhos jurídicos que possibilitam aos particulares tornarem-se seus próprios legisladores no que diz respeito às matérias jurídicas que lhes são afetas, criando normas vinculativas e eficazes que não se restringem apenas àquela coletividade ou grupo que se auto-regulamentou, mas também é reconhecida pelo Estado como uma das maneiras pelas quais o direito se exterioriza no mundo fático.

Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses, seus valores e seu próprio negócio, como afirmam os redatores do Código de Auto-Regulamentação Publicitária ao justificarem sua iniciativa de instituir o poder estatutário do CONAR. Sendo assim, esses particulares mostram-se auto-suficientes, apresentando-se como seus melhores defensores. O CARP é forma secundária de expressão do direito, contendo técnica mais afinada e adequada à realidade do mercado publicitário do que a que se encontra no CDC, de caráter mais genérico. Mas, falta-lhe o caráter coercitivo e obrigatório da lei, apesar da notável eficácia encontrada no cumprimento dos pronunciamentos proferidos pelo Tribunal de Ética do CONAR.

É inegável o fato de que, na falta de legislação específica e sistematizada regulamentando a publicidade em consonância com as características próprias de setores de produtos e de serviços, vigem as regras contidas no Código de Auto-Regulamentação, que vêm compor o sistema jurídico brasileiro desempenhando função específica no campo da responsabilidade da publicidade perante o consumidor. Antes de se defender a criação de uma lei que tenha por fim regulamentar a publicidade segundo as características dos produtos e dos serviços, dando tratamento sistematizado conforme o meio de comunicação utilizado, se televisão, rádio e cinema ou se jornal, revista, folhetos cartazes e outdoors ou qualidade do público receptor da mensagem publicitária, criança, adolescente ou adulto, analfabeto ou letrado, pobre ou rico, é preciso que se reflita sobre a existência dessa lei especial vai realmente trazer transformações significativas, incrementando a eficácia das reparações dos danos causados pela publicidade abusiva.

3.6 O consumidor e o anunciante

As relações de consumo estão passando por um intenso processo de amadurecimento, embora muitas empresas ainda desconheçam ou mesmo desprezem suas responsabilidades perante a sociedade e o consumidor, e a maioria dos brasileiros se mostrem pouco conscientes de seus direitos como consumidores, retraindo-se no momento de reclamar as reparações que lhes são devidas. Entretanto, é preciso ter em mente que do tratamento dispensado pela empresa ao consumidor dependerá o retorno por parte deste em termos de fidelidade na aquisição de seus produtos ou serviços e da imagem positiva ou negativa que ele associará à sua marca.

O conflito entre a finalidade lucrativa da empresa e os direitos do consumidor, como valores antagônicos e que se chocam, não tem mais lugar na realidade de mercado da era pós-industrial. A empresa que adota uma estratégia mercadológica calcada em argumentações falsas, enganosa ou abusivas, além de lesar o patrimônio do consumidor, podendo gerar riscos à sua saúde ou segurança, acaba por colocar também em risco o seu próprio negócio, podendo desencadear um processo no qual seu produto ou serviço perderá a credibilidade. Uma vez desmascarada a falsidade ou abusividade da mensagem, ficando patente o uso ardil, de artimanha, ou mesmo a falta de cuidado em estabelecer uma relação honesta e transparente com aquele que nela depositou confiança e que, afinal, é quem justifica a existência da própria empresa, o consumidor.

Ofensas aos direitos do consumidor, como resultado de estratégias agressivas de marketing, encontram-se aos montes no mercado, nos mais diversos setores da economia. Ainda muitos empresários e executivos, mesmo cientes de sua responsabilidade por reparar dano causado ao consumidor, dos limites legais impostos ao exercício de sua livre expressão comercial e das penalidades aplicáveis às condutas tipificadas como crimes, apostam na impunidade e na previsão estatística de que será pouco provável serem condenados a indenizar e sofrerem as penalidades legais. Esses, que distorcem e atropelam as relações de consumo, desafiam a justiça, e em sua limitada visão, são incapazes de enxergar as profundas transformações por que passa a sociedade, que hoje prepara um futuro no qual não haverá espaço para que atuem.

Não obstante, trazendo uma onda de otimismo, um número não desprezível de empresas coloca-se em posição de vanguarda, vindo ditar um novo padrão de comportamento, mais correto e adequado às relações de consumo. São empresas que assumem uma posição de respeito aos direitos do consumidor e abrem diálogo com seu público, usuário de seus produtos, investindo em centros de atendimento ao consumidor e em pesquisas, na busca de melhor conhecer suas necessidades e expectativas e, assim, poder corresponder aos seus reclamos.

O objetivo do anunciante é conseguir que o consumidor adquira seu produto ou serviço, e o aspecto jurídico e ético dessa questão diz respeito aos meios que são utilizados para fazer com que esse consumidor decida-se pela compra de determinado bem em detrimento do de outra empresa concorrente. As estratégias publicitárias em particular, e as de marketing em geral, são com frequência comparadas às estratégias militares de guerra, das quais tomam emprestado muito de sua linguagem, posição de ataque ou de defesa em relação à concorrência e persuasão por meio de apelos racionais ou emocionais, para atingir o consumidor.

Porém, é necessário ressaltar que a lei vem colocar limites aos abusos, à mensagem que induz o consumidor em erro, repudiando a publicidade lesiva, que se utiliza de meios fraudulentos e inadequados à consecução dos objetivos mercadológicos da empresa, sem mostrar qualquer preocupação pelo custo com o qual a sociedade pode estar arcando pela obtenção do lucro almejado. Atualmente passa-se a ponderar sobre o custo social de práticas como estimular jovens a consumir indiscriminadamente, colocando em risco sua saúde e sua segurança.

3.7 A responsabilidade do anunciante pela reparação do dano causado

O anunciante é a empresa fornecedora de produto ou serviços que, ao introduzir o bem que produz no mercado, tem por finalidade divulgá-lo aos seus consumidores potenciais, comunicando-lhes sua disponibilidade para compra, como também informando-os sobre suas características, ao ressaltar as vantagens e benefícios que o diferenciam dos produtos da concorrência, visando maximizar suas vendas e gerar mais lucro para sua operação. A empresa é o centro de imputabilidade de deveres e obrigações; concentra os meios de produção, sendo, portanto, responsável não só pela idealização e execução do produto ou do serviço, mas, igualmente, pela sua comunicação ao público, envolvendo a criação de embalagens, manuais de instruções, campanhas publicitárias e promocionais, além de ter por função informar e treinar o público intermediário, que atua no canal de distribuição e vendas no atacado ou no varejo.

O dever de informar e de alertar sobre os riscos que certos produtos ou serviços oferecem é tarefa inerente à própria atividade empresarial, e falhas na comunicação podem dar nascimento à obrigação de reparar dano causado. Na noção de empresarialidade, encontram-se indicados aqueles sujeitos que respondem pelo exercício da atividade empresarial, figurando como responsáveis pela reparação dos danos oriundos de seus atos na sociedade de consumo em massa: a) o empresário ou seus executivos, detentores de poder de decisão; b) o estabelecimento, que consolida o complexo de bens organizados visando sua produção e geração de negócios jurídicos; c) a empresa, que é concebida como atividade econômica organizada, ou exercício profissional da atividade econômica organizada, constituindo o centro da empresarialidade.

No âmbito da responsabilidade civil da publicidade perante o consumidor, verifica-se que o anunciante é responsável pela reparação dos danos morais ou patrimoniais, de caráter individual, coletivo ou difuso, causados ao consumidor por defeito ou falha na comunicação.

“briefing seria todas as informações preliminares contendo instruções que o cliente fornece à agência para orientar os seus trabalhos. É baseado nele e completado com as informações de pesquisa que se esboça o planejamento publicitário. É uma fase completa de estudo e deve conter as informações a respeito do produto, do mercado, do consumidor, da empresa e os objetivos do cliente” (ARMANDO SANT’ANNA, 2000, p.63).

O anunciante é aquele que oferece à agência de propaganda todas as informações técnicas, sócio-econômicas e comerciais, contidas no denominado briefing e no plano de comunicação, elaborado, costumeiramente, com periodicidade anual, estabelecendo os objetivos mercadológicos da empresa, para que, com base nelas, seja planejada, criada e produzida a campanha publicitária do produto ou do serviço a ser divulgada ao público em geral.

Por esse motivo é que determina o parágrafo único do art. 36 do CDC que cabe ao fornecedor/anunciante manter em seu poder, “para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. O ônus da veracidade e correção da informação dirigida ao consumidor também recai sobre a empresa anunciante (art. 38 do CDC). A verdade é que a empresa atrai para si a responsabilidade civil de indenizar prejuízos causados no desempenho de sua atividade econômica, a qual, na qualidade de centro de imputabilidade, sujeita-se aos riscos inerentes ao seu próprio negócio.

Evidentemente, existem posições contrárias as maiorias das decisões judiciais proferidas nos Tribunais, responsabilizando também o veículo de comunicação. Porém, é possível ver decisões isoladas dizendo que o veículo de comunicação não será responsabilizado pelos danos causados quando veicula publicidade que gera danos.

Julgado extraído do site: www.jusbrasil.com.br – veiculado em 15 de outubro de 2007 – acessado em 25/04/2009:

“O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) decidiu que a TV Record não pode ser responsabilizada pelos danos causados por empresa que anunciou seus produtos pela emissora. Para o relator do processo, desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, o Código de Defesa do Consumidor exclui a responsabilidade dos veículos de comunicação pelo conteúdo da publicidade divulgada em seu espaço.

Uma consumidora carioca ingressou com ação de indenização contra a TV Record, sob a alegação de que teria sido prejudicada porque uma empresa que veiculou publicidade na emissora teria descumprido o que anunciara. Mas o relator recordou que a jurisprudência do próprio TJRJ já pacificou o entendimento segundo o qual o fornecedor que patrocina a comunicação, vale dizer, o fornecedor-anunciante, responsável pela elaboração do anúncio publicitário é também o único que responde pela qualidade do produto ou serviço oferecido ao público.

O magistrado salientou ainda que o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não à empresa de comunicação.

Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2007.

Processo nº APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.001.49497"

É importante deixar aqui sublinhado que a empresa anunciante não é a única responsável por reparar danos causados na cadeia de distribuição da informação ou da publicidade, apesar de existir uma força centrípeta que atrai como um ímã a responsabilidade ao anunciante. A agência de propaganda e, em menor grau, o veículo de comunicação respondem solidariamente pelos danos causados por defeito, vício ou falha na informação dirigida ao consumidor, que pode ser caracterizada como publicidade abusiva, eivada de ilicitude e punível na forma da lei. Nos direitos coletivos incluem-se os direitos morais, indicando que, no âmbito da proteção do consumidor, o responsável por qualquer ofensa deve responder pelos danos causados, sendo esse dano de natureza moral ou patrimonial ou ambos concomitantemente, salvaguardando-se não mais apenas a incolumidade econômica do consumidor, mas também a física e a psíquica, aí incluídos os direitos de personalidade.

Capítulo IV

4. Solidariedade passiva em face dos danos morais à luz do CDC

O Código de Defesa do Consumidor foi estruturado sob a responsabilidade solidária e como exemplos, citam-se varias passagens que ocorrem dentro do referido código, o parágrafo único do artigo 7º, art. 12, art. 18, art. 19, § 1º do art. 25, § 2º do art. 28 e art. 34. A solidariedade passiva, constituída por todos os agentes que, de uma forma ou de outra, colaboraram para a veiculação de publicidade abusiva, institui aspecto dos mais acentuado em matéria de responsabilidade civil. O preceito “básico” da solidariedade é expresso pelo parágrafo único do art. 7º do CDC, segundo o qual "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo".

Desta forma, é oferecida a oportunidade ao consumidor lesado pela publicidade abusiva ou apelativa, ingressar em juízo deduzindo pretensão indenizatória pelos danos havidos, contra qualquer um ou contra todos (simultaneamente) os sujeitos integrantes da "cadeia de responsabilidade", ou seja, fornecedor/anunciante, agência de publicidade ou veículo de divulgação ou comunicação.

A defesa do Consumidor, formado por normas de ordem pública, como já mencionada em seu artigo 1.º, adota como regra o que no Código Civil é exceção: a responsabilidade objetiva, dispensando, assim, a comprovação da culpa para atribuir ao fornecedor a responsabilidade pelo dano, bastando a presença da ação ou omissão, o dano e o nexo causal entre ambos. Na responsabilidade objetiva, como não se perquire a respeito da culpa do agente, bastando à causalidade entre o dano e o fato causador, substitui-se a idéia de culpa pela de risco-proveito. A adoção do instituto da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro teve seu marco inicial nos primórdios do século XX, com a influência de legislações de países europeus e dos Estados Unidos.

Conquanto tenha sido bem-conceituado em alguns dispositivos legais mais antigos, como no tocante à responsabilidade do Estado em relação aos atos praticados por seus servidores públicos, foi no novel Código de Defesa do Consumidor que a responsabilidade objetiva ganhou o respaldo merecido, sendo eleita como regra para disciplinar as relações jurídicas formadas sob a égide do direito do consumidor. A escolha pela responsabilidade objetiva ganhou explicações diversas, sendo a mais convincente a da vulnerabilidade inegável do consumidor frente ao poderio de grandes empresários, fornecedores e produtores e, por isso, foi prestigiada como regra pelo CDC. Necessário

esclarecer que a responsabilidade objetiva não constitui espécie diversa da responsabilidade subjetiva, mas sim, de maneiras diferentes de se focar a obrigação de reparar o dano.

Assim, denomina-se subjetiva a responsabilidade que se inspira na idéia de culpa e; objetiva, quando estada na teoria do risco, ou seja, contemplando-se a objetividade da responsabilidade, suficiente se faz a comprovação do nexo de causalidade entre ação e dano, enquanto que, na subjetiva, necessário se faz, além disso, a demonstração inequívoca da culpa ou dolo do agente. Adotando o Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade objetiva, toda indenização derivada de relação de consumo, via de regra, sujeita-se a tal regime, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário.

Como exceção, cita-se o artigo 14, § 4º, que trata da responsabilidade dos profissionais liberais, em suas atuações não ligadas a "obrigação de resultado", condição esta que, se verificada, os remete à responsabilidade objetiva. O Código de Defesa do Consumidor prevê duas espécies de responsabilidade: a) pelo fato do produto ou serviço, regrada nos artigos 12 a 17; e, b) pelo vício do produto ou do serviço, com previsão nos artigos 18 a 25. A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço dá-se diante de situações que põem em risco a saúde ou segurança do consumidor.

Em contrapartida, ao referir-se à responsabilidade por vício do produto ou serviço, o legislador atentou para a adequação qualitativa e quantitativa dessa, de acordo com as informações prestadas pelo fornecedor/comerciante. Porém, em ambos os casos, deve-se considerar com realce o núcleo comum: independentemente da existência de culpa. Na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o defeito ultrapassa o limite valorativo do produto ou serviço, pois, volta-se para bens mais valiosos, que são a saúde e segurança do consumidor.

Note-se, quanto à previsão de solidariedade no CDC, que esta não se restringe aos "danos suscetíveis de ocorrer à luz do que está previsto nas Seções III, II e I, do Capítulo IV, do Título I" (capítulo esse relativo à qualidade de produtos e serviços, prevenção e reparação dos danos), como equivocada e apressadamente poder-se-ia entender, posto constituir-se em verdadeiro princípio do direito básico do consumidor.

Partindo-se da premissa de que a reparação dos danos morais provocados pela lesão seja de direito individual ou difuso, constitui hoje inderrogável garantia constitucional (art. 5º, incisos V e X), e atentando-se para o direito básico do consumidor em obter efetiva reparação dos danos sofridos (art. 6º, inc. VI do CDC), extrai-se o princípio da restituição integral, pelo qual não mais se admite formas de limitação da responsabilidade civil.

“consumidor pode ser considerado como qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social - ou então psicológica - aqui se encarando o consumidor como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo” (JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, 2005, p.27).

As discussões que antes tinham lugar em sede doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto foram dissipadas pela mencionada disposição do CDC, tendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 37, expressado que "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato". Atualmente, a maior preocupação verificada diz respeito às formas pelas quais se procede à liquidação do dano moral, debatendo a doutrina acerca dos critérios mais justos e precisos para que se consiga estabelecer o quanto se deve pagar.

Em relação à fixação de quantias a serem exigidas pelos agentes causadores de danos a direitos metaindividuais, como essencialmente caracterizam-se os produzidos pela publicidade abusiva, a imposição de valor pecuniário ao sujeito ativo visa desestimulá-lo, inibi-lo de praticar novamente o ato danoso (veiculação de publicidade abusiva). Tal fixação baseia-se em determinados critérios, de acordo com as vantagens auferidas pelo agente, sua situação econômica, e a gravidade e repercussão da lesão produzida.

Como já estudado, a veiculação da publicidade abusiva pode produzir danos individuais ou metaindividuais. Na primeira hipótese (danos individuais), a destinação da indenização (conseguida através da dedução de ação individual ou coletiva para tutela de direito individual homogêneo) obviamente será para a reparação do indivíduo lesado. Já em se tratando de reparação de prejuízos metaindividuais produzidos, a destinação do quanto obtido através da ação coletiva deduzida para tutela de direito coletivo ou difuso (bem como da ação coletiva de defesa de direito individual homogêneo) será o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7347/85 com a finalidade da "reparação dos danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos".

“Direitos difusos, são aqueles que pertencem a um número indeterminado de titulares, sendo ainda indivisíveis, na medida em que, se algo for feito para protegê-los, todos aqueles titulares se aproveitarão, mas sairão prejudicados em caso contrário, os interesses coletivos são, é certo, indivisíveis assim como os primeiros, mas pertencem desta feita a um número determinado de titulares (grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou à parte contrária por uma relação jurídica base)” (JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, 2005, p.40).

A esse (o fundo de defesa de direitos difusos) incumbe, portanto, zelar pela correta e eficaz aplicação das quantias arrecadadas em prol da "recomposição efetiva dos danos, repondo as coisas no seu estado anterior. Havendo lesão irreparável ou de recomposição impossível, a destinação da condenação deverá ser realizada pela administração do fundo da melhor maneira possível, com certa maleabilidade de acordo com o caso concreto, mas de forma a não desvirtuar a finalidade do fundo".

O princípio da não-abusividade da publicidade, previsto pelo Código de Defesa do Consumidor tem um meio-irmão que embora não busque reprimir a enganiosidade da mensagem publicitária, tem por objetivo reprimir desvios que prejudicam igualmente os consumidores: o princípio da não-abusividade do anúncio (art. 37, § 2º).

Nos moldes do que acontece no Direito Comparado e no próprio Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, a lei distingue publicidade enganosa de publicidade abusiva. Ambas são definidas. Na maior parte das vezes, ao revés do que se dá com a publicidade enganosa, a abusiva não afeta diretamente o bolso do consumidor, limitando-se a agredir outros valores tidos como importantes pela sociedade de consumo.

O art. 36 traz o princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária. O fornecedor tem ampla liberdade para anunciar seus produtos ou serviços. Deve, contudo, fazê-lo sempre com base em elementos fáticos e científicos: é sua fundamentação. De pouco adiantaria exigir a fundamentação da mensagem publicitária sem que desse acesso aos consumidores. É esse dever que vem expresso no texto legal.

A obrigação da fundamentação é de recente. Sempre que o anunciante faz uma afirmação, o consumidor, automaticamente, imagina que ele tem uma base material para assim proceder. E a lei não pode permitir a ninguém anunciar um produto ou serviço sem antes ter recolhido dados objetivos que dêem sustentação ao que alega. No Brasil, a situação é exatamente oposta. Poucos são os fornecedores que tomam tal cautela.

"O CDC permite assim a visualização da cadeia de fornecimento através da imposição da solidariedade entre os fornecedores. O CDC impõe a solidariedade em matéria de defeito do serviço (art. 14 do CDC) em contraponto aos arts. 12 e 13 do CDC, com responsabilidade objetiva imputada nominalmente a alguns agentes econômicos. Também nos arts. 18 e 20 a responsabilidade é imputada a toda a cadeia, não importando quem contratou com o consumidor. Segundo o parágrafo único do art. 7º, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo, disposição que vem repetida no art. 25, §1º". (CLÁUDIA LIMA MARQUES, 2003, p. 188).

Se um anúncio tem mais de um sentido, basta que um deles seja abusivo (mesmo que os outros não o sejam) para que a mensagem, como um todo, passe a ser considerada abusiva. Uma única frase ou imagem pode, realmente, passar, ao mesmo tempo, uma ou diversas informações verdadeira e a outra (ou diversas) seria abusiva. São as mensagens com sentidos múltiplos. Se um anúncio permite mais de uma interpretação e uma destas é falsa ou capaz de mexer com o decoro ou imagem ou mesmo discriminando uma porção apreciável da sociedade, estamos, então, diante de uma publicidade abusiva.

Segundo a literalidade do artigo 38 do CDC, "o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina". Esta, efetivamente, a norma que ordena a forma de distribuição do ônus probandi aplicável quando se está a invocar a tutela jurisdicional contra a veiculação de publicidade reputada abusiva, afastando, como parecem convenientes, as disposições em contrário do estatuto processual ordinário.

As hipóteses de inversão do ônus da prova consignadas pelo CDC (art. 6º, VIII e art. 38 do CDC), inclusive, revelam importante inovação inserida no ordenamento jurídico pátrio no intuito de instrumentalizar a garantia constitucional da igualdade de todos perante a lei, segundo reza o caput do artigo 5º da Constituição Federal, senão colocar-se em posição de igualdade fornecedores e consumidores, ao menos diminuir as distorções que tradicionalmente se apresentavam nas relações que os envolviam.

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 do CDC, a inversão é automática, sempre cabendo ao fornecedor o ônus de provar a veracidade ou não abusiva da publicidade a seu cargo. O magistrado, aqui, nada poderá valorar, pois se encontra de acordo com a norma que determina seja conferido o ônus da prova ao fornecedor que, se dele não se desincumbir satisfatoriamente.

Tendo o Código de Defesa do Consumidor adotado à responsabilidade objetiva para os danos oriundos das relações de consumo, com fundamento no risco integral da atividade, não seriam admissíveis excludentes da obrigação de indenizar. Entretanto, há expressa mitigação do regime citado, quando se prevê (art. 12, § 3º) como causas de exclusão da responsabilidade, a prova da não colocação do produto no mercado, da inexistência do defeito ou da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

“Acórdão Nº 2.0000.00.499112-6/000(1) de TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de 09 Junho 2005 .AGRAVO DE INSTRUMENTO. CADEIA DE PRESTADORES DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. À luz do Código de Defesa do Consumidor, todas as empresas que integram a cadeia da relação de consumo são responsáveis solidariamente pelos danos ocasionados ao consumidor. Inteligência do § único do artigo 7º do CDC”. (<http://br.vlex.com/vid/41662931>) – acessado em 02/05/2009.

Em se tratando, todavia, de responsabilidade civil objetiva por danos da publicidade patológica, extraída diretamente do art. 6º, inc. VI do CDC, não se vislumbra qualquer espécie de excludente da responsabilidade que pudesse ser suscitado. Uma vez veiculada publicidade abusiva, competiria ao fornecedor/anunciante defender-se, comprovando unicamente a inexistência das patologias indicadas. Caso contrário, presumida "jure et de jure" (presunção legal que não admite prova em contrário) a lesão transindividual causada, não se esquivando o réu à condenação imposta.

4.1 Dano Moral pela veiculação da publicidade abusiva

O dano moral adentra a esfera mais íntima da personalidade, como também, na linha dos componentes sentimentais, valorativos, no âmbito da intelectualidade e no da vontade (aptidão de entender e atitude de querer), com as diversas manifestações possíveis. Por outras palavras, em um contexto, figuram bens ou direitos revestidos de caráter econômico; em outro, atributos de cunho moral ou espiritual, que individualizam o ser na sociedade, vale dizer, que definem o ser como entidade dotada de essencialidade e de individualidade próprias.

O dano moral seria, portanto, decorrente de golpe desfechado contra a esfera psíquica ou a moral, em se tratando de pessoa física. A agressão fere a pessoa no mundo interior do psiquismo, traduzindo-se por reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras. Não se pode, por isso, duvidar de que o homem possui bens espirituais ou morais, que lhe são preciosos e queridos, tanto ou mais do que os bens materiais.

Estes bens são, sem dúvida, complementares um do outro; pois fornecem meios, não somente para se obter duração, saúde e bem-estar físicos ou do corpo, mas também para se alcançar a saúde e o bem-estar morais ou do espírito, mediante alegrias, prazeres, doçuras afetivas, distrações, confortos, leituras, espetáculos naturais e artificiais, viagens, encantos da vida. Atualmente aceito com tranquilidade pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência dos povos cultos (entre nós, inclusive pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, V e X), o dano moral encontrou grandes resistências para impor-se, chegando a ser mesmo negado

por célebres autores, que partiam de basicamente dois argumentos falaciosos: a) a dor não admite compensação pecuniária; b) não é possível avaliar o dano moral.

Em conformidade com essas noções, observa-se que a responsabilização pela veiculação da publicidade abusiva se concretiza pelo simples fato da violação de direitos da personalidade do lesado. Os danos em tela são compreensíveis pelo senso comum, porque interferem com a natureza humana, cumprindo a respectiva identificação, em concreto, ao juiz, a quem compete fixar a reparação cabível, que pode ser pecuniária, de regra, e não pecuniária, ou de ambas as naturezas.

Atribui-se ao prudente arbítrio do juiz essa missão, influenciando-se seu trabalho por certos fatores admitidos, principalmente na doutrina e na jurisprudência, relacionados ao caso concreto, como a gravidade da lesão, a posição das partes e sua situação econômica, alguns previstos por expresso em leis. Em vista disso, certas leis traçam critérios identificadores da indenização cabível, auxiliando a tarefa do magistrado, acompanhados, ademais, pela ação da doutrina e da jurisprudência, formando-se ora acervo considerável, que vem sendo utilizado nos casos submetidos aos tribunais.

Admitem-se novos formatos de reparação, não pecuniárias, ganhando relevo, atualmente, o sancionamento através de prestação de serviços à coletividade, que, nascido na área penal, vem estendendo-se a questões de cunho civil. Na reparação pecuniária, prospera, ademais, a tese da exacerbação da indenização devida, em razão do vulto do direito atingido, assumindo aquela a força inibidora de que necessita para permitir que se alcance efetivo sancionamento do lesante e desestímulo à sociedade para novas investidas do gênero.

Vem-se aceitando, por fim, a cumulação entre as reparações por danos morais e por danos patrimoniais, possibilitando-se, assim, ao lesado a satisfação, em um só processo, dos interesses lesados pelo mesmo fato gerador. Podem, pois, ser traçados os lindes da teoria do dano moral, em sua configuração mais recente, com supedâneo nos seguintes elementos: a) responsabilização pelo simples fato da violação; b) outorga ao juiz de poderes para a definição da reparação cabível; c) acolhimento de certos fatores como de relevo na determinação da reparação; d) admissão de novas formas de reparação; e) fixação de valor de desestímulo como reparação pecuniária; f) submissão do agente à prestação de serviços na reparação não-pecuniária; g) cumulatividade das reparações por danos morais e patrimoniais.

Todas as considerações realizadas sobre o dano moral, até agora, referem-se à pessoa física, ao homem, ao indivíduo. Mas o Direito vem passando por intensas alterações, que podem ser sintetizadas pela palavra "socialização". Efetivamente, o Direito como um todo e o Direito Civil não tem sido uma exceção, está sofrendo ao longo do presente século,

profundas e paulatinas mudanças, sob o impacto da evolução da tecnologia em geral e das alterações constantes havidas no tecido social.

Todas essas mutações têm direção e sentido certos: conduzem o Direito ao primado claro do coletivo sobre o individual. Como não poderia deixar de ser, os reflexos desse panorama de mudança estão fazendo-se sentir na teoria do dano moral, dando origem à novel figura do dano moral coletivo, objeto específico do presente estudo. Ora, se o indivíduo pode ser vítima de dano moral, por que a coletividade não poderia sê-lo? Mas a demonstração plena do ponto nodal deste trabalho não pode ser realizada sem algumas considerações prévias, respeitantes, inclusive, aos domínios da Sociologia, da Filosofia e da Ciência Política.

A coletividade ou comunidade é um conglomerado de pessoas que vivem num determinado território, unidas por fatores comuns, ou, ainda, uma sociedade localizada no espaço, cujos membros cooperam entre si (com divisão de trabalho), seja de forma utilitária (para obter melhores, mais eficientes resultados práticos, reais), seja eticamente (tendo em vista valores humanos - familiares, sociais, jurídicos, religiosos etc.). Dessas definições, erguem-se os fios mais importantes na composição do tecido da coletividade: os valores. Resultam eles, em última instância, da amplificação, por assim dizer, dos valores dos indivíduos componentes da coletividade.

Assim como cada indivíduo tem sua carga de valores, também a comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética. Mas é essencial que se assevere que a citada amplificação desatrele os valores coletivos das pessoas integrantes da comunidade quando individualmente consideradas. Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas.

Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a "quota" de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão fortes união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todas; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade. Por exemplo: teme-se que a realização de obra pública venha a causar danos graves à flora e à fauna da região, ou acarrete a destruição de monumento histórico ou artístico.

A possibilidade de tutela do "interesse coletivo" na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos. Assim caracterizados os valores coletivos, faz-se necessário que se afirme serem eles enquadrados em categoria maior, vale dizer, no fenômeno cultural.

Acontecendo o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim delineada: a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação); b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física, ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação); c) objeto: a reparação - que pode ser tanto pecuniária quanto não-pecuniária. Sobre essa relação incide a teoria da responsabilidade civil.

É bom lembrar que qualquer veiculação de publicidade abusiva em que haja a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica, etc.) é proibida pela legislação pátria, sendo assim definida: "É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, etc. O instrumento processual que se presta por excelência à defesa dos valores coletivos em geral, na hipótese de dano, é a ação civil pública, em virtude da regra aberta acolhida pelo artigo 1º, IV, da Lei 7.347/85, diploma sobre o qual, aliás, muito se tem escrito o que nos dispensa de uma averiguação mais profunda a seu respeito; cingir-nos-emos, assim, a tecer algumas considerações sobre a legitimação ativa.

Outro instrumento processual que deve ser mencionado é a ação popular, a respeito da qual também há inúmeros textos. Em havendo condenação em dinheiro, deve aplicar-se, indubitavelmente, a técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do *quantum debeat*, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato.

Capítulo V

5. Conclusão

Portanto, declinando do plano ideal ao plano real, uma razão é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com contextos convincentes; outra razão é garantir-lhes um amparo efetivo. Sobre isso, é cabível ainda a seguinte consideração: à medida que as aspirações aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Não há dúvida, a época em que vivemos é a "dos direitos", ou talvez, em definição mais realística, da dramática tentativa de torná-los eficazes, atuantes, efetivos, enfim, úteis aos indivíduos e à sociedade na qual estamos todos inseridos.

O ordenamento jurídico pátrio, não ausente às profundas transformações experimentadas pela civilização moderna, sobretudo no que diz respeito ao novo modelo de relações sócio-econômicas estabelecidas em virtude da massificação de bens e do consumo, tratou de, gradualmente, conceder expressa tutela a uma série de "interesses" vislumbrados no seio social, no intuito fundamental de estabelecer um equilíbrio nas ditas relações de consumo, sede na qual se detectou profunda desarmonia entre as partes imediatamente interessadas (fornecedores/anunciantes e consumidores), fruto a um só tempo da ganância comercial, que hábil e facilmente engendrava em "contratos padrão" inúmeras cláusulas negociais que respeitavam tão somente os seus interesses egoísticos, e da ausência de instrumentos legais idôneos a prestar efetiva proteção aos consumidores, parte invariavelmente mais frágil nas relações comerciais.

O presente estudo monográfico, pois, trata especificamente de um fenômeno jurídico intimamente relacionado com o ambiente acima caracterizado. Com efeito, o "controle legal" da publicidade operada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), teve em mente o legislador restringir os excessos dessa faceta principal do marketing, tentando compatibilizar o direito dos fornecedores em anunciar e promover seus produtos e serviços através dos meios de comunicação, com o direito dos consumidores de não terem suas esferas patrimoniais e morais atingidas pela veiculação de publicidades abusivas. Todavia, o regime jurídico da publicidade patológica inaugurado pelo CDC não se restringe a prevenir que tais lesões venham a ocorrer (muito embora seja essa a sua função primeira). Igualmente a repressão aos desvios publicitários é objeto de tratamento legal, a envolver aspectos com reflexos penais, administrativos e civis, sempre analisados sob a principiologia específica do microsistema de regulamentação das relações de consumo.

Neste passo, os efeitos cívicos oriundos da veiculação de publicidade abusiva nos interessou propriamente, posto que direcionamos o presente estudo à questão da indenização por danos morais sofridos em face de tal ocorrência. Adentramos, pois, na seara do Direito da Responsabilidade Civil, buscamos abordar o tema sem esquecer as profundas modificações também pelo mesmo suportado, em razão de um movimento mundial que visa ressaltar suas feições atuais, voltadas para funções específicas e inerentes à vida em uma civilização de indústrias e de consumo, na qual passa a ser o Direito da Responsabilidade Civil encarado como "garantia dos direitos dos cidadãos" seja prevenindo os comportamentos anti sociais, seja proporcionando efetiva indenização às vítimas de danos provocados no seio social, ainda que para tanto tenha que abandonar o anacrônico regime da responsabilidade subjetiva preconizado pela máxima "nenhuma responsabilidade sem culpa".

Tratamos do tema com a finalidade precípua de fomentar as discussões já verificadas em âmbito doutrinário, sobretudo da inexistência de expressa previsão legal a respeito do regime de responsabilidade civil aplicável, o que acaba por estimular uma série de interpretações que, nem sempre atentas aos princípios informadores do microsistema das relações de consumo (no qual está inserida a matéria sob exame), privilegiam anacrônicos dogmas insculpidos ainda sob a influência de um direito de cunho liberal-individualista em detrimento de uma orientação pragmática, indispensável a tornar o direito vivo e atuante, em harmonia com os fatos e valores preponderantes no atual estágio social. Com a transformação da sociedade de massa, as atenções voltaram-se nitidamente para o chamado "fenômeno do consumerismo", cujos principais reflexos podem ser resumidos no crescimento da procura e oferta de bens de consumo, com a conseqüente pressão das massas consumidoras, que passaram a expressar um nível de organização cada vez mais eficiente, reivindicando dos fornecedores qualidade e quantidade dos produtos oferecidos.

O nascimento deste novo quadro sócio-econômico, como não poderia deixar de ser, encontrou ressonância na ordem jurídica, que se viu compelida a cada vez mais regulamentar a forma e os meios pelos quais se estabeleciam as relações entre fornecedores e consumidores. Desta forma, atenção especial foi destinada às chamadas "práticas comerciais", entendidas como "os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final". A preocupação demonstrada pelos diversos ordenamentos jurídicos com relação ao implemento de novas espécies de práticas incentivadoras do consumo, em verdade, teve razões relevantes. A cada momento, na mesma medida em que (com a inesgotável criatividade comercial em inventar métodos de

convencimento do público consumidor) o consumo era fomentado, verificava-se o aprofundamento das desigualdades nas relações estabelecidas entre as partes envolvidas, invariavelmente em detrimento dos consumidores. Em tal quadro, dentre as espécies de práticas comerciais que mais se desenvolveram destaca-se a publicidade, o "símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna", que, se inicialmente caracterizava-se por almejar precipuamente a informação do público sobre os produtos e serviços introduzidos no mercado, hoje possui intuito muito menos "altruístico", constituindo importante método de convencimento, de indução ao consumo.

Exatamente diante da visualização do fenômeno publicitário como meio de promoção de atividades econômicas, e do acentuado crescimento de sua indevida utilização, resolveu o legislador do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer um microsistema próprio das chamadas "relações de consumo", inserir no capítulo destinado às práticas comerciais (cap. V), uma seção específica a tratar da publicidade (seção III), estabelecendo princípios regentes da matéria, vedando e conceituando expressamente o que chama de publicidade abusiva. Neste significado, em inicial análise incumbe deixar-se claro que, consoante o regime de proteção dos consumidores contra a denominada "publicidade patológica" insculpido pelo supracitado diploma legal, qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário pode trazer em si a mácula da abusividade. Com efeito, a imaginação e a técnica utilizadas pelos veiculadores de campanhas publicitárias fazem com que não se possa desconsiderar nem os anúncios televisivos e radiofônicos, certamente de maior amplitude, nem aqueles veiculados através de panfletos, folhetos e cartazes destinados, no mais das vezes, a públicos específicos.

De semelhante, resta o intuito comum a toda a publicidade, no sentido de atrair os consumidores às ofertas promovidas. O que importa, neste contexto, é aferirem-se com objetividade as hipóteses em que as observações atrativas e chamadas de impacto constantes da publicidade extrapolam princípios basilares referentes à tutela dos consumidores, como os da liberdade, identificação, transparência, veracidade e lealdade, concebendo-se que a proibição da veiculação de anúncio publicitário por desrespeito às normas de ordem pública e interesse social que disciplinam a relação entre a atividade publicitária e os consumidores visa, precipuamente, estabelecer um controle mínimo contra os abusos publicitários, prevenindo e reparando lesões eventualmente destes advenientes. Verificadas as razões que motivaram o tratamento legal da publicidade, uma vez revelando-se a toda evidência insuficiente o regime de auto-regulamentação publicitária procedido pelo CONAR (Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária), impõe-se-nos avaliar em que medida a veiculação de

publicidade abusiva causa prejuízos na esfera patrimonial e moral dos consumidores, e a todo o público atingido que, inobstante não seja eventualmente parte na específica relação de consumo incentivada pela publicidade, é equiparado à condição de consumidor por força do art. 29 do CDC. Vale dizer, trata-se de avaliar qual o sentido da tutela repressiva no âmbito civil em matéria de lesão causada pela publicidade patológica, tutela essa que estaria expressamente consignada no CDC não fosse o curioso veto oposto ao parágrafo quarto do art. 37.

Se o oportuno texto legal, já apontava para a possibilidade de se pleitear indenização por danos sofridos em decorrência de publicidade abusiva, resta-nos averiguar sobre quais as espécies de lesões efetivamente vislumbráveis. A proibição da veiculação de publicidade abusiva tem como meta, indiscutivelmente, a proteção da esfera moral dos consumidores, individualmente ou coletivamente considerados. Variam, é certo, os pressupostos e formas de atribuição de um "quantum" indenizatório para cada tipo de dano provocado (como adiante especificaremos), mas a dedução de pretensão indenizatória é inafastável, seja em vista do dispositivo constitucional que assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inciso X), seja pela previsão do art. 6º, inciso VI do CDC, que afirma ser direito do consumidor "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

Apesar de alguns estudiosos do assunto entenderem que no caso de haver veiculação de publicidade abusiva, a regra para o consumidor seria a da responsabilidade subsidiária e não a solidária. Porém, entendo que a responsabilidade civil atribuída pelo CDC é a solidária, ou seja, tal código rege pormenorizado como deve ser veiculada uma publicidade de forma não abusiva e a ninguém é dado o direito do não conhecimento da existência de lei. E por isso, as empresas do ramo publicitário, de forma geral, têm o dever de conhecer a fundo o Código de Defesa do Consumidor. Contudo, se o consumidor de forma individual ou coletivamente sofrer um dano moral, ele tanto pode reclamar judicialmente do anunciante, da agência de publicidade ou mesmo do veículo de comunicação (rádio, televisão, outdoor, mala direta e etc), facultando-se a estes o direito de regresso contra o verdadeiro responsável pelo dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Corrêa, Roberto / Contato Imediato com Planejamento de Propaganda / Roberto Corrêa – 9ª edição revista e ampliada – São Paulo: Global, 2004.

Diniz, Maria Helena / Curso de direito civil brasileiro / Maria Helena Diniz – 15ª edição – v. 7 – São Paulo: Saraiva, 2005.

Efing, Antônio Carlos / Direito do Consumo – 2 / Antônio Carlos Efing (org.) / Curitiba: Juruá, 2002.

Filomeno, José Geraldo Brito / Manual de direitos do consumidor / José Geraldo Brito Filomeno – 7ª edição – São Paulo: Atlas, 2005.

Gomes, Neusa Demartini / Publicidade: Comunicação Persuasiva / Neusa Demartini Gomes – São Paulo: Sulina, 2004.

Gonçalves, Carlos Roberto / Direito civil brasileiro / Carlos Roberto Gonçalves – 3ª edição – v. IV – São Paulo: Saraiva, 2007.

Grinover, Ada Pellegrini / Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado / Ada Pellegrini Grinover – 8ª edição – Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2008.

Marins, James / Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor / James Marins – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Nunes, Rizzatto / Curso de Direito do Consumidor / Rizzatto Nunes – São Paulo: Saraiva, 2004.

Oliveira, James Eduardo / Código de defesa do consumidor: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência / James Eduardo Oliveira – 2ª edição – São Paulo: Atlas, 2005.

Sant'anna, Armando / Propaganda: Teoria – Técnica – Prática / Armando Sant'Anna – 7ª edição revisada – São Paulo: Pionera, 2000.