

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

**A PUBLICIDADE ENGANOSA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
CONCESSIONÁRIAS DE TELECOMUNICAÇÃO ABERTA**

Luiz Felipe Borges Silva

Uberlândia-MG

2018

Luiz Felipe Borges Silva

**A PUBLICIDADE ENGANOSA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
CONCESSIONÁRIAS DE TELECOMUNICAÇÃO ABERTA**

Monografia desenvolvida para o componente curricular TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO II da Faculdade de Direito Prof.º Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins (UFU)

Uberlândia-MG

2018

Luiz Felipe Borges Silva

**A PUBLICIDADE ENGANOSA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
CONCESSIONÁRIAS DE TELECOMUNICAÇÃO ABERTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito
“Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia,
como requisito básico para a colação de grau no curso de Direito.

Uberlândia, 29 de junho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins (Orientador)

Prof. Dra. Keila Pacheco Ferreira (Membro da Banca)

Prof.Me. Rafael Ferreira Bizelli (Membro da Banca)

Agraciado pela energia Divina e pela intercessão de Maria, dedico este trabalho à família, amigos, colegas e à comunidade acadêmica.

RESUMO

O mercado de consumo dita a tônica de complexas relações, nas quais se verificam o corriqueiro trânsito de valores, produtos e serviços. A fim de potencializar seu alcance, há muito o mercado optou pela publicidade, técnica consistente na apresentação de informação visando o convencimento do público-alvo à adoção de determinado comportamento. A criatividade é traço simbólico da publicidade, que se apresenta nas mais diversas formas. No Brasil, a Constituição Federal submeteu a atividade econômica ao respeito a caros princípios, dentre os quais os direitos do consumidor. Neste sentido, fora criado um microsistema legislativo pautado na proteção dos vulneráveis negociais, a saber, os próprios consumidores. A sedução por intermédio da publicidade não é irrestrita, deve respeito a um amplo arcabouço principiológico delimitado pela dignidade da pessoa humana. Doravante, levando-se em consideração que os principais difusores da publicidade são os meios de comunicação de massa, bem como que a televisão, sobretudo nas emissoras abertas, é seu instrumento mais popular, questiona-se sua responsabilidade pela qualidade da informação publicitária divulgada. Neste diapasão, a partir da análise doutrinária e da visão conglobada do ambiente normativo são firmadas sensíveis constatações, dado o impacto verificado na exposição de um espectro difuso a informações que lesem direitos de um sem número de pessoas. Dentro desta perspectiva, objetiva-se a estruturação dos subsídios adequados a indicar o porquê a responsabilização é medida que se impõe.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor; responsabilidade civil; veículos de comunicação; emissoras de telecomunicação aberta; publicidade ilícita; publicidade enganosa.

ABSTRACT

The consumer market dictates the complex relationships, in which the common transit of values, products and services is verified. In order to maximize its reach, the market has long opted for advertising, a technique that is consistent in the presentation of information aimed at persuading the target audience to adopt certain behavior. Creativity is a symbolic trait of advertising, which comes in many different forms. In Brazil, the Federal Constitution subjected economic activity to respect for great principles including consumer rights. In this sense, a legislative micro-system was set up to protect vulnerable business people, namely consumers. Seduction through advertising is not unrestricted, it has to do with a broad principiological framework delimited by the dignity of human person. From now on, considering that the main diffusers of advertising are the mass media and that television, especially in open broadcasters, is its most popular instrument, it is questioned its responsibility for the quality of advertising information. In this context, from the doctrinal analysis and the conglobated view of the regulatory atmosphere, sensitive findings are established, given the impact of exposure to a diffuse spectrum of information that damages the rights of a large number of people. From this perspective, the objective is to structure the adequate subsidies to indicate why liability is a necessary measure.

KEY WORDS: consumer rights; civil responsibility; communication vehicles; broadcasters; illicit publicity; misleading publicity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. Publicidade.....	11
1.1 Definição de Publicidade.....	11
1.2 Publicidade x Propaganda.....	12
1.3 A Proteção Constitucional da Publicidade.....	13
1.4 A Publicidade no Código de Defesa do Consumidor.....	15
1.5 A publicidade no Código de Autorregulamentação Publicitária.....	17
1.6 AS Técnicas Publicitárias.....	19
1.6.1 Publicidade Comparativa.....	19
1.6.2 Testemunhais.....	20
1.6.3 Teaser.....	21
1.6.4 Merchandising.....	21
1.6.5 Puffing.....	22
1.6.6 Publicidade ilícita.....	23
1.6.6.1 Publicidade Enganosa.....	24
1.6.6.1.2 Publicidade Abusiva.....	26
2. As emissoras de telecomunicação aberta.....	28
2.1 Breves Considerações sobre a comunicação de massa.....	28
2.2. Histórico da Televisão no Brasil.....	29
2.3 Fundamentos Constitucionais da Radiodifusão.....	30
2.4 Emissoras de TV aberta, telespectadores e a aplicação do CDC.....	32
3. A Responsabilidade das Emissoras de TV Aberta pela publicidade ENGANOSA.....	34
3.1 Responsabilidade Administrativa.....	34
3.2 Responsabilidade Penal.....	35
3.3 Responsabilidade Civil.....	36
3.4 Conclusões acerca da responsabilização civil.....	41

CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Os tempos hodiernos retratam categoricamente o império da sociedade de consumo, pautada na distribuição em massa de produtos e serviços, facilitada em larga medida pela superveniência dos meios de comunicação de massa. A publicidade é traço marcante desta sociedade e caracteriza-se como seu principal porta-voz, transmitindo informações hábeis a conquistar os consumidores. Tomados pelo desejo do consumo - na lição de Bauman “muito mais agradável”¹ que o próprio possuir - os indivíduos se lançam em meio a inúmeras ofertas e, não raro, se deparam com o fenômeno da publicidade enganosa, artifício que adequa os meios aos fins perseguidos pelos anunciantes – convencer.

A publicidade enganosa, espécie do gênero publicidade ilícita, é na lição do art. 37 do CDC, qualquer informação ou comunicação de viés publicitário que contenha elementos falsos ou parcialmente falsos, ou ainda capazes de induzir o consumidor em erro acerca dos elementos do produto. Com a pertinência que lhe é típica, aduz Rizzato Nunes: “As formas de enganar variam muito, uma vez que nessa área os fornecedores e seus publicitários são muito criativos. Usa-se de impacto visual para iludir, de frases de efeito para esconder, de afirmações parcialmente verdadeiras para enganar”².

Certo é que as concessionárias de telecomunicação são uma das maiores vitrines da publicidade, sendo inviável apontar emissoras que não se valham dos intervalos comerciais ou mesmo do *merchandising*, como se vê na publicidade de palco, típica aos programas de auditório. Por oportuno, frise-se que as relações entre as concessionárias de telecomunicação aberta e o telespectador, muito embora não estabeleçam remuneração direta (a ‘remuneração’ é elementar da relação de consumo, art. 3º, §2º do CDC), assumem-se enquanto relações de consumo. Não é outro o entendimento Jurisprudencial: “O relacionamento entre o canal de televisão e seu público caracteriza uma relação de consumo, na qual a emissora presta um serviço ao espectador e se beneficia com aquela audiência, em razão da qual aufere renda”³.

Neste diapasão, a luz do CDC, discute-se neste estudo a responsabilidade civil das concessionárias de telecomunicação aberta pela publicidade enganosa veiculada em sua programação. Trata-se de ponto nevrálgico, em que posições antagônicas se apresentam contrastadas com escassa jurisprudência acerca da temática.

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p.92

² NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.550

³ STJ. Recurso Especial nº 436.135/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17/06/2003.

Em atenção à forma, utiliza-se proposta metodológica consistente em rica pesquisa bibliográfica, seja em sede doutrinária, seja em sede normativa. O método de pesquisa a ser utilizado é o hipotético-dedutivo, pois a partir de um problema (responsabilização civil das emissoras pela publicidade ilícita), serão apresentadas conjecturas, a saber, não responsabilização, responsabilização ou responsabilização com ressalvas e a partir da análise conglobada do arcabouço normativo e das lições doutrinárias serão realizados testes de falseamento, nos quais as hipóteses mais frágeis serão afastadas e a mais adequada corroborada.

Diante da finalidade didática, o estudo será dividido em três capítulos. No capítulo inaugural será abordada a temática correspondente à publicidade, seu conceito e suas distinções com o vernáculo propaganda, muitas vezes usado como sinônimo. A seguir, apresentaremos a tutela da publicidade nos âmbitos da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Por fim serão apresentadas as técnicas publicitárias, tanto as lícitas quanto as ilícitas, gênero em que residem as publicidades enganosas e abusivas.

No segundo capítulo, teceremos breves considerações sobre as comunicações de massa e em seguida lançaremos apanhado histórico da televisão no Brasil. Na sequência serão apresentados os fundamentos constitucionais da radiodifusão e por fim, defenderemos a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações estabelecidas entre as concessionárias de telecomunicação aberta e os telespectadores, uma vez presente a remuneração indireta, espécie de remuneração, a teor do exigido pelo art. 3º, §2º daquele diploma.

No terceiro e derradeiro capítulo, apresentaremos as responsabilidades as quais os veículos de comunicação se submeterão, administrativa, penal e, tema central deste estudo, a responsabilidade civil. A partir do material recolhido em sede doutrinária, do ambiente normativo vigente e das manifestações jurisprudenciais (em que pesem escassas), apresentaremos, por fim, uma conclusão válida.

Pelo exposto, apresenta-se um trabalho que prima pela rigidez argumentativa, buscando nas pesquisas bibliográficas fontes conceituadas, enriquecendo as colocações e considerações. Busca-se, por oportuno, a apresentação de citações diretas e indiretas, temperadas de forma a propiciar uma leitura fluída e interessante.

1. PUBLICIDADE

1.1 DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE

Originada do vocábulo latino *publicus*, a palavra publicidade há muito estava relacionada ao ato de tornar público⁴. Inicialmente encontrado no dicionário francês do ano de 1694 como *publicité*, posteriormente aderido a língua portuguesa no Vocabulário português e latino do Padre D. Raphael Bluteau, o termo apresentava sentido jurídico, referindo-se ao ato de tornar públicos audiências e debates.⁵

Somente com o advento da revolução industrial no século XIX a publicidade aproximou-se de seu sentido atual, notadamente, comercial, manifestando-se como “qualquer forma de divulgação de produtos ou serviços através de anúncios geralmente pagos e veiculados sob a responsabilidade de um anunciante identificado, com objetivos de interesse comercial”.⁶

Com o desenvolvimento das complexas relações humanas, a publicidade, concebida inicialmente em uma posição informativa, passou a também se voltar a persuasão.⁷

No entanto, o conceito de publicidade sofrerá variações a medida em que tratado por diferentes disciplinas. Como bem apresenta Bertha Lilia⁸ ao citar a lição de Groebel, para a economia publicidade é entendida como a ferramenta de criação de demanda, já para a psicologia refere-se a ação de modelar comportamentos do público por intermédio dos meios de comunicação social.

Em sede das ciências jurídicas não encontramos no ordenamento um conceito próprio de publicidade, cabendo à doutrina as principais definições e discussões. Em suma, a melhor doutrina sustenta ser a publicidade o “meio de aproximação”⁹ entre um serviço ou produto e o consumidor com nítido apelo econômico.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima et al. Comentários ao Código de Direito do Consumidor. Arts. 1º ao 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 470.

⁵ Enciclopédia INTERCOM de comunicação. – São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2010, p.98.

⁶ RABAÇA, Carlos A. e BARBOSA, Gustavo. Dicionário de comunicação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 598.

⁷ TARTUCE, Flávio; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*, 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.222, Apud ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 2. ed. Roma: Laterza, 2002, p. 114.

⁸ VALOIS, Bertha Lilia e Silva. Publicidade dirigida à criança: *A necessidade de uma regulamentação específica*. Tese de mestrado em direito – Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2013, p.12 apud GROEBEL, Jô. O estudo global da Unesco sobre violência na mídia. Relatório apresentado ao diretor-geral da UNESCO. In: CARLSSON, U.; FEILITZEN, C. A criança e a violência na mídia. Brasília, 1998.

⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

Em definição eclética, afirma-se que a publicidade se apresenta enquanto meio hábil

a

[...] informar determinado público ou atrair sua atenção a fim transmitir-lhe um determinado conhecimento a respeito de um produto, um serviço, uma ideia, uma pessoa física ou jurídica e/ou sua marca, e incitá-lo a adotar um comportamento e atitudes desejados pelo anunciante que paga e assina de maneira manifesta, por meio de sua marca ou do nome do produto, do serviço, do projeto, da empresa ou outra instituição, todas as peças da campanha.¹⁰

Portanto, o termo publicidade delinea-se na informação dirigida a obtenção de lucro, direcionando os consumidores a uma tendência, quer seja na promoção de um produto ou produtor, quer seja na promoção de um serviço ou do próprio servidor.

1.2 PUBLICIDADE X PROPAGANDA

Poder-se-ia objetar distinções entre os termos publicidade e propaganda, dado que tenham origens etimológicas distintas. Enquanto a publicidade é relacionada ao ato de tornar público, propaganda tem raiz no gerundivo *propagare*, significando a propagação de ideias e argumentos.

Hodiernamente, a publicidade volta-se a finalidade econômica de divulgação de informações as quais promovem determinado produto, serviço, marca, ideias ou mesmo pessoas. Já a propaganda, destituída da finalidade econômica, volta-se a disseminação de ideologias, buscando incutir uma crença na mente alheia.¹¹

No entanto, muitos estudiosos entendem por inócua tais distinções. A própria Constituição da República utiliza os dois termos indistintamente, o que leva Rizzato Nunes a concluir que “os dois vocábulos podem ser usados como sinônimos”¹². Neste mesmo sentido, encontra-se a *práxis* jurisprudencial¹³.

Em vista dos fins didáticos, nesta obra não utilizaremos os dois termos indistintamente, de modo a demonstrar apego ao vernáculo “publicidade”, porquanto afeto diretamente a finalidade do presente trabalho, qual seja, analisar o ato de divulgação de ideias com fito econômico e a responsabilidade civil de um dos envolvidos neste processo de exteriorização.

¹⁰ Enciclopédia INTERCOM de comunicação, op. cit., p.98

¹¹ RABAÇA, Carlos A. e BARBOSA, Gustavo. Op. Cit. loc cit.

¹² NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op.cit., p.110.

¹³ STJ. Recurso Especial nº 1.151.688RJ (2009/0150330-0). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, j. 17/02/2011: “Em razão da propaganda enganosa da ré [...]”.

1.3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE

Como ferramenta importantíssima no bojo de uma sociedade de massas, a publicidade é merecedora de especial proteção do ordenamento jurídico nacional, direcionada, na lição de Bruno Miragem, a “adequada regulação por intermédio de uma série de normas que visam ao estabelecimento de um marco legal e o eventual controle por parte dos órgãos competentes”¹⁴.

No entanto, há notória controvérsia na identificação do fundamento constitucional da publicidade. De um lado se apontam os defensores da atividade publicitária enquanto manifestação da garantia constitucional à liberdade de expressão (art. 5º, IX da CF), de outro, os que reconhecendo seu viés econômico a alicerçam à livre iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF).

Dentre os inúmeros defensores do exercício da atividade publicitária enquanto substrato da liberdade de expressão situa-se Daniel Sarmiento, o qual preleciona que o acesso à informação comercial é de vital relevância para que os destinatários escolham a opção mais adequada, garantindo-se o perfeito funcionamento de uma economia de mercado¹⁵. Por oportuno, aduz que os indivíduos tem plena capacidade de discernimento e, portanto, prescindem do controle estatal. Dessa forma, o autor obtempera que a liberdade da atividade publicitária possibilita o exercício da “verdadeira democracia”.

Frise-se, porém, que a ortodoxia da lição supramencionada é temperada pelo próprio autor. Há notória relativização do espaço que a publicidade ocupa nos limites delineados pela liberdade de expressão, por sinal, mais marginalizado:

[...] predomina o entendimento de que a propaganda comercial é também protegida pela liberdade de expressão. Sem embargo, tal como a pornografia, ela não se situa no epicentro deste direito fundamental- onde habitam o discurso político, artístico, religioso, científico, etc.- mas numa zona mais afastada, em que a proteção constitucional é menos intensa.¹⁶

Por certo, o enlace da atividade publicitária à liberdade de expressão em muito agrada publicitários e fornecedores dos produtos e serviços, porquanto o manto da garantia constitucional impõe que eventuais restrições ao seu desenvolvimento se operem “no mínimo grau possível”¹⁷. Ora, o art. 220 da Constituição da República estatui que a manifestação do pensamento seja livre de censura, revelando suas bases sólidas, pouco sujeitas à mitigação.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno, Curso de Direito do Consumidor, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.267.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. Parecer: Liberdade de expressão e propaganda de bebidas alcoólicas. Limites da atuação jurisdicional na restrição a direitos fundamentais. Rio de Janeiro: 2015.

¹⁶ SARMENTO, Daniel Comentários ao art. 5º, IX da Constituição do Brasil. in: CANOTILHO, J.J. Gomes MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo W. STRECK, Lênio. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p.268.

Engrossando a lista dos defensores de tal arcabouço constitucional, Luis Roberto Barroso advoga pela qualidade de comunicação social presente nas atividades publicitárias, estando em perfeita sintonia com os elementos do comando legal citado alhures (art. 220, *caput* da CF):

Publicidade – ou propaganda, termos empregados aqui como sinônimos – é indisputavelmente uma forma de comunicação social, estando expressamente prevista pelo dispositivo constitucional. Envolve ela, aliás, os quatro elementos contemplados no *caput* do art. 220: pensamento, criação, expressão e informação. Os três primeiros exprimem direitos subjetivos individuais, mas a informação tem caráter transindividual, sendo um interesse titularizado por toda a sociedade.¹⁸

Em sentido oposto, em vista dos excessos que tal discurso possa oferecer, alcançando status de ferramenta para evitar o controle da forma, conteúdo e destinação da atividade publicitária, decanta Miragem que a publicidade encontra guarida constitucional na livre iniciativa¹⁹. A vista do conteúdo nitidamente econômico, seu exercício é condicionado à observância de certos princípios, estatuídos no art. 170 da Constituição, dentre os quais situam-se a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente.

Em afinada crítica a grade de programação das emissoras de comunicação, Podestá leciona que hodiernamente a sua baixa qualidade está diretamente relacionada à mesquinharia (busca incessante de proveitos econômicos), em detrimento do apreço a qualidade da informação transmitida ao receptor da mensagem:

Não se pode hoje afirmar que nossa programação seja digna de orgulho, haja vista as variadas reações ao nível de alguns programas que se preocupam mais com os pontos do IBOPE que propriamente com a reação do receptor da mensagem, o qual acaba, infelizmente, sentindo-se apenas uma parte da engrenagem e sem poder de qualquer influencia.²⁰

Vislumbra-se, pois, que as programações apresentam finalidades nitidamente econômicas, visualizadas na busca exacerbada por telespectadores (fontes indiretas de renda), o que ocorre na forma das mais variadas manifestações publicitárias, dentre as quais destacam-se o *merchandising* e a publicidade de palco.

Sendo assim, ante a finalidade econômica veiculada, a programação radio difusora como um todo, inclusas as campanhas publicitárias, deve respeito a princípios informadores, cedendo lugar a direitos fundamentais relevantes sempre que aquelas confrontarem estes.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de Expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro”. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, ps. 251/252.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 267

²⁰ PODESTÁ, Fábio Henrique. *Interesses Difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

De mais a mais, em sede da lição da melhor doutrina publicista temos que “a liberdade de criação e expressão da publicidade está limitada à ética que dá sustentação à lei”²¹, ou seja, muito embora relacionada à liberdade expressão, dadas as próprias características informativas e veiculação de ideias, é limitada pelos valores legais destinados a proteção da atividade econômica e, por conseguinte, dos cidadãos.

Portanto, sustentamos o duplo-eixo constitucional da publicidade, já que afeto a liberdade de expressão, mas de forma menos intensa (conforme pretérita lição de Sarmiento), a vista de seu caráter nitidamente econômico, observado no fundamento da livre iniciativa que restringe seu exercício em vista dos interesses e proteção da coletividade, como se observa no respeito ao direito dos consumidores.

1.4 A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Espraiando o mandamento constitucional de defesa do consumidor, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor se dispõe a ser ferramenta adequada à proteção do vulnerável negocial, estabelecendo inúmeras regras afetas a boa-fé objetiva e a valorização da aparência.²²

No bojo de uma sociedade complexa, voltada, sobremaneira, a circulação de riquezas, a oferta de produtos e serviços é fenômeno natural, tendo a publicidade como seu porta-voz. Direcionada a sedução dos consumidores, a publicidade assume múltiplas facetas e técnicas. No entanto, num cenário de desigualdade de acesso a informação, inúmeros indivíduos ficam expostos às ferramentas sedutoras do mercado de consumo, mostrando-se imperiosa a construção de um mecanismo de proteção.

Afeto a garantir a defesa dos vulneráveis negociais, o CDC estabelece âmbitos de proteção à oferta (arts. 30 a 35) e à publicidade (arts. 36 a 38). Dissecando o estudo dos artigos comentados, Antônio Benjamin, um dos autores do anteprojeto que deu vida ao Código Consumerista, elenca como baluartes da atuação publicitária os seguintes princípios: princípio da identificação da publicidade, princípio da vinculação contratual, princípio da veracidade, princípio da não abusividade, princípio da inversão do ônus da prova, princípio da transparência da fundamentação da publicidade, princípio da correção do desvio publicitário, princípio da lealdade e princípio da identificação publicitária²³.

²¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.p.558.

²² TARTUCE, Flávio; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op.cit., p. 210.

²³ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e., MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo:RT, 2010, p. 234/236.

Pra fins didáticos, Miragem sintetiza os princípios informadores da publicidade em apenas três, a saber, princípio da identificação, princípio da veracidade e princípio da vinculação²⁴. Afirma-se que os três princípios encontram guarida na boa-fé objetiva, sendo as peculiaridades inerentes, explicitadas a luz dos ensinamentos do autor.

Pelo princípio da identificação, parte-se da premissa de que a publicidade deve ser fácil e imediatamente identificada, nos termos do art. 36 do CDC. O fornecedor deve ser leal para com o consumidor, devendo caracterizar a publicidade de forma a possibilitar sua segregação das informações que se prestem a fins distintos. Por tal corolário são vedadas: a publicidade dissimulada, aquela em que as informações publicitárias vêm embutidas sorrateiramente no bojo de uma reportagem, aparentando isenção; a publicidade clandestina, caracterizada pela apresentação não-ostensiva de um produto ou serviço no contexto de uma produção audiovisual não publicitária, destituída de qualquer informação a esse respeito; e a publicidade subliminar, que tem por fim a persuasão por meios sutis, afetando o estado consciente ou subconsciente dos indivíduos, traduzindo-se em verdadeira manipulação.

O princípio da veracidade, por sua vez, exige do fornecedor o compromisso com a verdade, empregando clareza e objetividade nos anúncios, impondo-se a manutenção dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação a mensagem, na forma doparágrafo único do art. 36 do CDC. Não há que se falar em exigência de isenção, uma vez que a publicidade é voltada a um fim econômico e não poupará esforços para alcançá-lo, mas sim do dever de informar, consubstanciado na prestação das informações essenciais.

Ponto nevrálgico diz respeito à veracidade e ao dever de informar quando o público-consumidor for dotado de acentuada vulnerabilidade, caso de crianças e idosos. Como bem pondera Fernando Gherardini Santos, até certa idade as crianças não são capazes de discernir acerca da parcialidade do mecanismo publicitário, revelando-se altamente suscetíveis às abusividades²⁵. Dessa forma, os fornecedores devem especial atenção às técnicas empregadas, evitando aproveitar-se da vulnerabilidade do público infantil, sob pena de abuso de direito que implica na configuração da publicidade abusiva.

Ademais, sustenta-se que violações diretas ao princípio da veracidade materializam a publicidade enganosa, prática expressamente vedada pelo Codex Consumerista (art. 37, *caput*).

²⁴ MIRAGEM, Bruno, op.cit., p. 271/278

²⁵ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 223/224.

Por fim, pelo princípio da vinculação afere-se que o fornecedor estará obrigado a cumprir a oferta divulgada, porquanto constitutiva do contrato a ser celebrado. Em termos simples, é a expressão da regra “prometeu, cumpriu”.

Os deveres de lealdade e boa-fé são amparados de forma tal que se o fornecedor se recusar ao cumprimento da oferta, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos exatos termos do anúncio; aceitar outro produto ou serviço equivalente; ou ainda rescindir o contrato, com restituição de quantias previamente pagas, monetariamente atualizadas, além do correspondente a perdas e danos (art. 35 do CDC).

No entanto, não é qualquer informação constante do anúncio que vinculará o fornecedor. Com o brilhantismo que lhe é típico, Antonio Benjamin²⁶ afirma que apenas informações precisas, dotadas de um mínimo de concisão, são vinculativas. Por esse motivo, o mero exagero (*puffing*), não tem, em regra, força vinculante. Mas, até o exagero poderá ganhar *status* de precisão, vinculando o fornecedor. O ilustre autor sustenta que havendo potencial persuasivo não estaremos mais diante do exagero e sim de uma informação concisa, o que ocorre, por exemplo, na utilização do *puffing* em relação ao preço, “o melhor preço da capital”.

Pelo exposto, observa-se que o árduo compromisso do CDC com os ditames da boa-fé objetiva ditará os rumos da atividade publicitária, delineada pelos princípios informadores retromencionados. Dessa forma, afirma-se que o âmbito de proteção dos consumidores tem sua gênese numa fase pré-contratual, uma vez que a eventual contratação não é requisito para constituição dos direitos amparados.

1.5 A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (ou simplesmente CBAP) representa um mecanismo de autodisciplina destinado aos envolvidos na atividade publicitária, quais sejam, anunciantes, agências de publicidade, veículos de divulgação, publicitários, jornalistas e os demais profissionais envolvidos neste processo.²⁷

Como bem dispõe Tartuce ao citar Adolfo Nishiyama:

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. NERY JÚNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 215.

²⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op. cit. p.508

a Constituição Federal traça controle da publicidade no Brasil e o mesmo ocorre com o CDC. Mas esses controles, constitucional e legal, não visam eliminar a publicidade, pelo contrário, a finalidade é evitar abusos. O sistema de controle da publicidade adotado no Brasil é misto, conjugando a autorregulamentação e a participação da administração e do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).²⁸

Trata-se de diálogo das fontes, tendo em vista a complementaridade ou subsidiariedade de normas no bojo de um sistema plural (normas deônticas e normas legais), traço da pós-modernidade. Cláudia Lima Marques sugere que tal diálogo pressupõe influências recíprocas, tendentes a possibilidade de aplicação de duas ou mais normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso²⁹. Ademais, o próprio Código de Autorregulamentação estatui que as normas expressas em seu corpo destinam-se ao uso de autoridades e tribunais, seja como documento de referência, seja como fonte subsidiária a legislação aplicável (art. 16 do CBAP).

Ao definir ‘anúncio’, o Código de Autorregulamentação lança mão de um conceito amplo, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule (art.18). No que tange as suas disposições qualitativas, são incontáveis as normas tendentes a materialização da lealdade e boa-fé. Neste tocante, são conclamados o respeito a dignidade da pessoa humana, à intimidade e ao interesse social (art.19), vedados estímulos a atividades ilícitas ou criminosas (art. 21) e discriminações raciais, sociais, políticas, religiosas ou de nacionalidade (art. 20).

Ainda nesta trilha, há o apelo à decência dos anúncios, a honestidade (sendo vedados comportamentos que abusem da confiança do consumidor ou de sua falta de conhecimento – art. 23) e a apresentação verdadeira, entendida no bojo de diversos aspectos.

Conforme explicitado anteriormente, o princípio da veracidade informa a atividade publicitária, direcionando o anunciante a uma atuação esmerada. Esmiuçando o princípio em questão, o CBAP dispõe que todas as descrições, alegações e comparações veiculadas nos anúncios devem se relacionar a fatos ou dados objetivos, passíveis de comprovação por parte de anunciantes e agências (art. 27, §1º).

De mais a mais, o anúncio deve apresentar com clareza preço e forma de pagamento, eventuais taxas ou despesas decorrentes de operações a prazo, as condições de entrega, troca ou reposição do produto bem como condições e limitações da garantia oferecida (art. 27, §3º). Outrossim, o uso da palavra “grátis” deve se apresentar com parcimônia, somente sendo permitido quando realmente não houver nenhum custo direto ou indireto ao consumidor.

²⁸Tartuce, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 222 apud NISHYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.214/215.

²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e et al. Op. cit. p. 124.

Apresentadas algumas das limitações à atividade publicitária dispostas no Código de Autorregulamentação, frise-se, de forma não exaustiva, já que referência a todas as normas previstas mitigaria a didática do presente trabalho, afere-se o conluio da autodisciplina com as normas positivadas, direcionado ao império da lealdade e dignidade da pessoa humana.

1.6AS TÉCNICAS PUBLICITÁRIAS

A criatividade afigura-se como substrato da sociedade de consumo, de forma tal que as mais variadas técnicas publicitárias ganham forma diuturnamente. A seguir, elencaremos breve rol exemplificativo.

1.6.1 PUBLICIDADE COMPARATIVA

Trata-se de técnica consistente na apresentação do produto ou serviço, destacando-se suas qualidades em relação comparativa aos demais ofertados no mercado. Em visão conglobada da atividade publicitária, André Nakasone sustenta que por sua razão de ser, toda publicidade é uma comparação, no entanto, a técnica em questão preconiza a comparação direta, verificada objetivamente³⁰.

Inexistem vedações a publicidade comparativa no Código de Defesa do Consumidor, de forma análoga, inexistem vedações no âmbito do direito de concorrência, sendo certo que a sua prática está intimamente relacionada a promoção da livre concorrência.³¹

No entanto, dado o clima de embate naturalmente presentenas comparações e os princípios informadores das atividades publicitárias, o Código de Autorregulamentação Publicitária apresenta regras de modo a evitar atuações desproporcionais ou desleais de anunciantes e veículos. O art. 32 do diploma dispõe que a comparação terá por objetivo o esclarecimento ou defesa do consumidor; velará pela objetividade, vedando-se subjetivismos de fundo psicológico ou emocional; não estabelecerá confusão entre produtos e marcas concorrentes e deverá ser passível de comprovação.

Na sequência, o comando deontico retromencionado ainda estabelece que se tratando de bens de consumo, a comparação deverá ser feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos produzidos em épocas diferentes, a menos que a

³⁰ NAKASONE, André. Os limites da propaganda comparativa. 2017. Disponível em: <http://www.aberje.com.br/revista/os-limites-da-propaganda-comparativa/>. Acesso em 02/06/18.

³¹ MIRAGEM, Bruno, op.cit., p.288 apud CHAVES, Rui Moreira. *Regime Jurídico da Publicidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p.218.

finalidade do anúncio se destine a exposição da evolução. Ademais, estabelece que o anúncio deverá indicar expressamente o desnivelamento dos preços dos produtos pertencentes a patamares distintos.

Por fim, o CBAP veda a concorrência desleal, caracterizada no denegrimiento a imagem do produto ou a marca de outra empresa, e a utilização injustificada da imagem corporativa ou do prestígio de terceiros.

1.6.2 TESTEMUNHAIS

Trata-se de técnica consistente na apresentação de produtos ou serviços através do depoimento de personalidades (artistas, esportistas etc.), detentores de conhecimentos técnicos ou mesmo consumidores comuns, os quais manifestam opinião ou destacam observações e experiências particulares a respeito do produto tendentes a estimular vendas e o seu relevo econômico perante o mercado.³² Frise-se que as opiniões e experiências transmitidas são emanadas de “pessoa distinta do anunciante”, em oposição ao “garoto propaganda”, qualificado como *longa manus* do anunciante³³.

Dotada de grandioso efeito persuasivo, já que a influência de formadores de opinião como personalidades e peritos, ou até mesmo de seus pares traz maior aproximação do consumidor à realidade, a publicidade testemunhal recebeu tratamento rigoroso das normas de autodisciplina, merecendo um capítulo a parte.

Por oportuno, consigne-se que os testemunhais estão vinculados aos princípios informadores da veracidade e da identificação, porquanto se irradiam por todo o sistema publicitário. Neste sentido, consoante disposição do ‘Anexo Q’, item 5.1 do Código de Autorregulamentação Publicitária, “todo anunciante, ou sua agência, estará obrigado a comprovar/demonstrar a veracidade do testemunhal, sempre que isto lhe for solicitado”.

As regras de autodisciplina lançam mão de tratamento peculiar a cada espécie de testemunhal. Afetos a didática, lançaremos algumas das disposições normativas a seguir.

No que tange ao testemunhal emanado de especialista ou perito, os quais possuem conhecimento específico, formação profissional ou experiência superior a média das pessoas, destacam-se as normas correspondentes à imprescindibilidade de sua identificação (apresentação da qualificação profissional); à estrita correlação do produto com a especialidade do depoente e à vedação de que testemunhos isolados causem a impressão de

³² NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op. cit. p. 516/517

³³ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Crítérios para a avaliação da Ilícitude na Publicidade*. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010, p. 250/252.

refletir consenso da categoria profissional, entidade ou associação as quais o depoente pertença (Anexo Q, item 1).

O testemunhal de pessoa famosa, assumida enquanto aquela facilmente reconhecida pelo público, em razão de seu elevado potencial persuasivo, possui regras mais rígidas. Por essa razão, dispõe o Código que o depoimento de personalidade, mais do que qualquer outro, deverá observar rigorosamente as recomendações deontológicas. Outrossim, dispõe-se que tal espécie de testemunhal não deverá ser estruturado de forma a inibir o senso crítico do consumidor ou veicular a fama da testemunha ao uso do produto, a menos que tal fato possa ser comprovado (Anexo Q, item 2).

Por fim, nos testemunhais prestados por pessoa comum ou consumidor, entendidos como aqueles que não possuam conhecimentos especiais ou técnicos a respeito do produto, os consumidores identificados devem ter seus nomes verdadeiros veiculados, sendo vedada a utilização de modelos profissionais ou empregados do Anunciante ou das Agências de propaganda. Ademais, o depoimento do consumidor ficara adstrito a sua experiência pessoal com o produto, vedadas referências de natureza técnica ou científica a respeito das quais não possua qualificação compatível (Anexo Q, item 3).

1.6.3 TEASER

Previsto no art. 9º, §2º do CBAP, os *teasers* são admitidos e revelam-se enquanto mensagens tendentes à criação de expectativa ou curiosidade no público acerca do lançamento de produtos ou serviços. Na lição de Benjamin, trata-se do “anúncio do anúncio”³⁴. Vernáculo inglês, seu significado se presta a intenção consubstanciada em sua prática, a saber, “provocar” os consumidores.

Em vista dos objetivos próprios de pré-publicidade, em regra, os *teasers* não estariam vinculados ao princípio da identificação, pois este iria de encontro às intenções manifestas de provocação à curiosidade e expectativa. No entanto, não é demais dizer que tal técnica também se submete aos controles de abusividade e enganosidade, não podendo os anunciantes atuar ao seu mero alvedrio.³⁵

1.6.4 MERCHANDISING

Trata-se de intrincada técnica, porquanto, dado o seu caráter não-ostensivo caracterizado na inserção de marca, produto ou serviço no bojo do roteiro de uma produção

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p.265.

³⁵ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Op.cit. p. 241.

cinematográfica ou televisiva, em muito se aproxima do liame da publicidade clandestina, avessa ao prolapado princípio da identificação publicitária (art. 36 do CDC). Ao não identificar a publicidade como tal, já que entranhada a produção cultural com finalidades diversas, o consumidor acaba perdendo “o senso crítico e a capacidade de escolha”³⁶.

O CDC não proíbe expressamente a utilização do *merchandising*, tampouco as normas autorregulamentares, pelo contrário, as normas deônticas prescrevem que a utilização da técnica deve acompanhar os demais preceitos estatuidos em seu teor, especialmente os princípios da ostensividade e identificação publicitária (art. 10 do CBAP).

Consigne-se, portanto, que a ilicitude não é traço constitutivo do *merchandising*, dado que se transmitida ao consumidor informação bastante ao discernimento entre o que se apresenta como elemento da produção cultural e o que se revela como publicidade estar-se-ia diante de publicidade plenamente admissível. Por oportuno, Pasqualoto aponta que o anúncio prévio em programas televisivos e cinematográficos de que seu conteúdo se vale do *merchandising* é medida que se alinha a norma de autodisciplina comentada anteriormente, respeitando a identificação publicitária³⁷.

Por outro lado, quando presente a finalidade promocional da apresentação de marca, produto ou serviço no bojo de produção audiovisual que não se preste diretamente a este fim, associada à ocultação eficaz, de modo que os consumidores não enxerguem a exposição publicitária a qual foram submetidos, estaremos diante da publicidade ilícita³⁸.

Logo, afere-se que a difundida técnica do *merchandising* não é vedada pelo ordenamento, no entanto, pelas suas peculiaridades, deve especial atenção ao princípio informador da identificação publicitária. Dessa forma, demonstrada a lealdade e boa-fé de anunciante e veículo, estaremos diante de mais uma das ricas e criativas técnicas publicitárias lícitas.

1.6.5 PUFFING

Espécie conhecida simplesmente por ‘exagero’, revela-se na apresentação de afirmações espalhafatosas, como por exemplo, “melhor sabor”, “melhor ambiente” ou “melhor da cidade”. Na visão de Nelson Nery Jr o caráter jocoso e subjetivo das afirmações

³⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Op.cit. p.546.

³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997, p. 90/91.

³⁸ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Op.cit.p.227.

retira sua força vinculante³⁹. Ora, termos tão vagos e imprecisos não são hábeis, em regra, a enganar os consumidores.

No entanto, como bem aduz Benjamin, o ordenamento jurídico nacional não empresta “salvo-conduto” ao exagero⁴⁰. O autor enfatiza que estando o exagero em condição de induzir o consumidor em erro ou abusando dos valores sociais, sujeitar-se-á aos controles de enganabilidade e abusividade, a teor do *caput* do art. 37 do CDC.

Em momento anterior, quando da exposição da salvaguarda da oferta, nos tratados sobre o princípio da vinculação, expôs-se que por não possuir um mínimo de concisão, a utilização do *puffing* mostrava-se incapaz de vincular o anunciante. No entanto, há exageros objetivamente auferíveis, como naqueles em relação ao preço (“o melhor preço da região”), os quais direcionam o anunciante a sua comprovação e vinculação.

Neste sentido, na representação 08/17 do Conar, a relatora Milena Seabra entendeu pela sustação de campanha promovida pela *blogueira* Gabriela Pugliesi, a qual prometia que os resultados estéticos de determinado produto alimentício seriam verificáveis em 24 horas⁴¹. Ora, em que pese a utilização do exagero, este pode ser medido objetivamente, necessitando de lastro fático, técnico ou científico, a teor do Anexo “H” do Código de Autorregulamentação Publicitária e do princípio da veracidade, ínsito a toda atividade publicitária (art. 36, §ú. do CDC).

Assim, nota-se que a utilização do exagero não deve contrariar os caros postulados garantistas do sistema protecional consumerista. Por esse motivo, alegações nitidamente subjetivas, incapazes de induzir os consumidores em erro, por representarem um juízo de valor, não são vinculantes nem atraem o manto do princípio da veracidade. No entanto, dada a prevalência das finalidades protetivas, mostrando-se hábil a enganar ou confundir, o exagero será combatido de perto pelos pilares da veracidade e da vinculação.

1.6.6 PUBLICIDADE ILÍCITA

Em momento prévio, abordamos os princípios norteadores da atividade publicitária, de tal sorte que a violação a essas normas seja na realização, produção ou divulgação das mensagens publicitárias caracterizará a publicidade ilícita⁴².

³⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op. cit. p. 554 apud JUNIOR, Nelso Nery. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Op. cit. p.277/278.

⁴¹ Decisões CONAR – Decisões Março/2017. Disponível em <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 07/06/2018.

⁴² MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 278

Dessa forma, pelas violações ao princípio da identificação situam-se, sobretudo, três técnicas publicitárias ilícitas, quais sejam, a publicidade dissimulada, clandestina ou subliminar; pela violação ao princípio da veracidade caracteriza-se a publicidade enganosa, avessa a garantia do consumidor de ver-se diante das informações corretas; e, por fim, das violações ao princípio da vinculação verifica-se o ato ilícito do fornecedor, contrariando a lealdade contratual mediante recusa ao cumprimento de oferta veiculada anteriormente.

Ademais, o CDC ainda estabelece expressamente duas hipóteses de publicidade ilícita, quais sejam, as publicidades enganosas e abusivas (art. 37, *caput*). Por oportuno, registre-se que o uso dessas técnicas se sujeita a inúmeras sanções, desde pleitos indenizatórios, uma vez demonstrado o prejuízo aos consumidores, passando pela imposição de contrapropaganda (art. 56, XII do CDC) ou até mesmo efeitos penais, em razão da existência de figura típica dirigida às condutas de criação ou promoção de publicidade sabidamente enganosa ou abusiva (art. 67 do CDC).

1.6.6.1 PUBLICIDADE ENGANOSA

Definida pelo § 1º do art. 37 do CDC, a publicidade enganosa se assume enquanto modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário inteira ou parcialmente falsa, ou que por qualquer modo, mesmo por omissão, possa induzir o consumidor em erro, deixando de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.⁴³

Observa-se, portanto, que tanto a atuação comissiva do anunciante, consistente na disponibilização de informação inteira ou parcialmente falsa, passível de indução do consumidor em erro, quanto a atuação omissiva (art. 37, §3º do CDC), manifestada na omissão de dado essencial do produto ou serviço, também passível de indução em erro, configurarão a publicidade enganosa. Ressalta Lucia Ancona Lopez que a mensagem veiculada deve ser apta a influenciar o comportamento econômico do consumidor, que teria conduta diversa caso possuísse plena compreensão das características do produto ou das condições de contratação⁴⁴.

Ainda valendo-se do brilhantismo de Ancona Lopez, analisam-se quais mensagens estariam sujeitas ao “controle de enganabilidade”, porquanto o diploma legal consumerista (art. 37, §1º) se refira a “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter

⁴³ CAHALLI, Yussef Said. Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 206.

⁴⁴ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Op. cit. p. 97/98.

publicitário”⁴⁵. Em suma, afere-se que por “caráter publicitário” situam-se as mensagens que tenham por finalidade a promoção de bens ou serviços, visando sua aquisição pelo consumidor. Neste tocante, verificada a finalidade supracitada tanto publicidades típicas, como as veiculadas tradicionalmente em jornais, revistas e televisão, quanto mensagens atípicas poderão se sujeitar ao controle de enganosidade propalado pelo CDC.

Dentre as mensagens ditas atípicas, mas enquadradas no conceito de publicidade previsto no art. 37 do CDC, a autora em referência destaca os seguintes, cupons, sorteios, *telemarketing*, correspondências enviadas por correio ou mesmo embalagens e rótulos. No entanto, quanto a estes últimos (embalagens e rótulos) há a necessidade de que contenham alguma mensagem, imagem ou desenho gráfico com natureza publicitária (v.g. “leve 3 pague 2” ou referências a origem e a qualidade), dado que *a priori*, embalagens e rótulos possuem fins meramente identificativos e informativos. No entanto, além das aposições mencionadas, o próprio *design* do produto pode ser bastante a incutir no consumidor a falsa percepção da realidade, como se verifica em determinadas embalagens, as quais aparentam conter mais produto do que realmente contém.

Por oportuno, registre-se que a publicidade enganosa por omissão tem encontrado muito espaço nos mais variados anúncios publicitários. Não se trata simplesmente da omissão própria, consistente na inexistência de informação essencial, mas sim da omissão imprópria, pela qual dados relevantes do anúncio são apresentados em *letterings*, comumente verificados no pequeno letreiro acessório ao slogan principal. Por certo, se a identificação das informações essenciais transmitidas na forma de *letterings* não forem razoavelmente observáveis induzirão o consumidor em erro.

A consequência natural da exploração de sobredita técnica é a configuração da enganosidade, porquanto o anúncio apresentou-se avesso aos caros deveres de lealdade, transparência e veracidade. Com peculiar clareza, Adalberto Pasqualotto sustenta que a comunicação publicitária, em que pese verdadeira, poderá revestir-se da falsidade quando omitir “algum dado necessário ao conhecimento do consumidor, provavelmente determinante da compra”⁴⁶.

Em recente decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), fora verificada a utilização do *lettering* e no caso concreto, a mensagem induzia o consumidor em erro, uma vez que as ressalvas não se mostraram facilmente identificáveis. É o que se transcreve na íntegra:

⁴⁵ Ibidem. p.99/101.

⁴⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 118/119.

Representação nº 192/16

Mês/Ano de Julgamento: SETEMBRO/2016

Autor: Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Renault do Brasil

Agência: BRZ/Neogama

Relator: Conselheiro Ricardo Difini Leite

Câmara: Quinta Câmara

Decisão: Alteração e Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 27, parágrafos 1º, 2º e 3º, e 50, letras "a" e "b" do CBAP.

Resumo: Consumidores de Brasília (DF) e Maringá (PR) enviaram e-mail ao Conar, queixando-se de anúncio em TV e internet divulgando promoção da Renault, prometendo valorização do carro usado na troca por um zero km. Os consumidores reclamaram do fato de haver várias restrições para tal, não mencionada nos anúncios. Anunciante e agência defenderam-se, alegando que as restrições eram mencionadas em lettering. O relator não se convenceu, considerando que os anúncios induzem o consumidor a erro. Recomendou a alteração, agravada por advertência à Renault do Brasil e BRZ/Neogama Comunicação. Seu voto foi aceito por unanimidade. (Grifos nossos).⁴⁷

De mais a mais, para a configuração da publicidade enganosa não se faz necessária a demonstração de dolo ou culpa do anunciante, conquanto seja esta presumida. Por esse motivo, verificado onexo causal entre anúncio e indução em erro configurada estará a publicidade ilícita, prescindindo-se da demonstração do dano. Autoridade no assunto, Cláudia Lima Marques é peremptória ao dispor:

Note-se que o artigo 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que faz veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade. Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa⁴⁸.

Logo, o princípio da veracidade dos anúncios publicitários, manifestado na repressão a publicidade enganosa, soa caro ordenamento ao jurídico nacional. Nitidamente, violações a clareza e verdade das informações publicitárias transmitirão seus efeitos nefastos não só aos consumidores, mas também aos concorrentes e ao Estado, a quem cabe tutelar um mercado justo, assentado na livre concorrência⁴⁹.

1.6.1.2 PUBLICIDADE ABUSIVA

⁴⁷ Decisões CONAR – Decisões Setembro/2016. Disponível em <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 03/06/2018.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 260.

⁴⁹ FERNANDES, Adriana Figueiredo. *A publicidade Enganosa e Abusiva e a Responsabilidade dos Envolvidos*. Monografia em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2005, p.22/23.

A publicidade abusiva com a enganosa não se confunde, enquanto esta preconiza o apego a veracidade dos anúncios, aquela diz respeito dentre outras, “a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”, nos termos do §2º do art. 37 do CDC.

Ao valer-se de um breve rol exemplificativo, o comando legal em comento atribui a abusividade conceito jurídico indeterminado, contudo, identifica-se o arcabouço de proteção pretendido, qual seja, “o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade”⁵⁰.

Frise-se, portanto, que a vedação da publicidade abusiva visa a proteção do ordenamento jurídico como um todo, de tal sorte que eventuais violações apresentam “caráter difuso”, revelando danos a diversos seguimentos. Assim, consumidores ou não, os ofendidos ou afetados pela mensagem publicitária farão jus ao manejo de diversas tutelas coletivas, sem prejuízo de pleitos individuais.⁵¹

Afeta ao respeito a dignidade da pessoa humana, princípio matriz de todos os direitos fundamentais⁵², a atividade publicitária não deve favorecer ou estimular a discriminação de qualquer espécie; cultuar atividades ilegais ou criminosas; veicular informações que não respeitem a decência social, a intimidade, a segurança; que estimulem a violência; ou que se descuidem da observância dos princípios afetos as crianças, idosos ou mesmo o meio ambiente. Consigne-se que para a caracterização da abusividade é bastante a exposição do consumidor a perigo, prescindindo-se da demonstração de dano efetivo.⁵³

Pelo exposto, o controle da abusividade afigura-se como importante ferramenta na garantia de uma atividade publicitária leal e direcionada a boa-fé, resguardando os valores gerais do ordenamento jurídico. Por oportuno, frise-se que a imposição das sanções adequadas somada a conscientização das agências e anunciantes acabaram por reduzir de maneira significativa a ocorrência prática da publicidade abusiva.⁵⁴

⁵⁰DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Op. cit. p.161

⁵¹MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 284.

⁵²LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.67.

⁵³NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op.cit. p. 573.

⁵⁴TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p.230.

2. AS EMISSORAS DE TELECOMUNICAÇÃO ABERTA

As emissoras de Telecomunicação aberta afiguram-se como importante meio de comunicação de massa. A seguir, serão tecidos comentários pontuais acerca de sua pujança.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMUNICAÇÃO DE MASSA

A comunicação é traço característico dos seres humanos, gregários por natureza.⁵⁵ Através da comunicação há constante criação de cultura, entendida por José Marques de Melo como “a soma total da criação humana”, observada nas constantes transmissões de informações entre gerações⁵⁶. Com o advento da revolução industrial, a produção cultural se insere no contexto da indústria cultural.

Conforme decantado por Adorno e Horkheimer, dentre as variadas transformações oriundas da revolução industrial situa-se a posição mercadológica da cultura, porquanto introduzida no bojo das produções industriais, visando exclusivamente o lucro⁵⁷.

Afere-se que os principais porta-vozes da indústria cultural são os meios de comunicação de massa. Em brilhante magistério, Podestá leciona que

[...] pode-se conceituar a comunicação de massa como o processo oriundo da indústria (estrutura nos moldes de uma empresa) cultural (o produto próprio de um consumismo psíquico) com o objetivo de informar, influir, entreter e educar um ente coletivo, utilizando-se de meios dotados de grande circulação e penetração no seio da sociedade.⁵⁸

Este trabalho terá como foco a televisão, especificamente as concessionárias de telecomunicação aberta, dada sua pujança e alcance de um amplo espectro porquanto “ubíqua em todas as camadas da sociedade nacional”⁵⁹. De acordo com recente Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), realizada no quarto trimestre de 2016, a qual abrangeu 211.344 domicílios de 3.500 municípios, aferiu-se que havia 102.633 milhões de aparelhos televisores no país, sendo que apenas 2,8% dos domicílios permanentes não contavam com o aparelho⁶⁰.

⁵⁵ROUSSEAU, Jeann-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Edição: Ridendo Castigat Moraes. Versão para eBooks, 2002, p.43 e ss.

⁵⁶ MELO, José Marques de. *Teoria da comunicação: paradigmas latinoamericanos*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 185/187.

⁵⁷ HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor. A indústria cultural: o iluminismo como mistificação de massas. ps. 169/214. In: LIMA, Luiz Costa. *Teoria da cultura de massa*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 364.

⁵⁸ PODESTÁ, Fábio Henrique. Op.cit. p.74.

⁵⁹ CAMPANELLA, Bruno. A TV no Brasil: seis décadas e muitas histórias. Periódico MATRIZES. São Paulo, ano 04-nº2. jan./jun. 2011.

⁶⁰ IBGE: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) 2016. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em 12/06/2018.

A guisa de comparação, neste mesmo estudo aferiu-se que “apenas” 69,3 % dos domicílios permanentes brasileiros tinham acesso a internet. Constatação que revela o domínio da televisão como meio de comunicação de massa mais popular do país.

A seguir lança-se um breve histórico sobre a televisão no Brasil acompanhado de um apanhado sobre o arcabouço constitucional e incidência do CDC nas suas relações com os telespectadores, para mais tarde alcançarmos a responsabilidade civil das emissoras pela qualidade da comunicação publicitária veiculada.

2.2. HISTÓRICO DA TELEVISÃO NO BRASIL

A instalação da televisão no Brasil está diretamente associada ao cenário propiciado pelo rádio, o qual criou bases sólidas para o suporte de uma nova tecnologia, seja no desenvolvimento das programações, seja na criação de um público ávido por informações⁶¹. Por oportuno, frise-se que a exploração da publicidade pelas emissoras de rádio acabou por estimular sua profissionalização e alavancar a TV como meio de comunicação predominantemente comercial⁶².

O marco inaugural da televisão no Brasil é datado em 18 de setembro de 1950, oportunidade em que a TV-Tupi efetua na cidade de São Paulo/SP a primeira transmissão de imagens da história do país. Pertencente ao conglomerado de mídia Diário Associados, de propriedade de Assis Chateaubriand, em janeiro de 1951 a TV-Tupi chega à cidade do Rio de Janeiro/RJ⁶³. Contudo, os primeiros registros de publicidade televisiva só começam a aparecer em 1952, sobretudo nos *jingles* oriundos do rádio, nos patrocínios e na utilização de garotas propaganda.

Na década de 1960 a Televisão passa por inúmeras transformações em vista da sua consolidação como grande meio de comunicação de massas. Para Jambeiro, a década supracitada foi responsável pela solidificação da TV enquanto indústria, dado que deixou os padrões herdados do rádio e erigiu-se em torno de mecanismos próprios.

Dentre os mecanismos próprios da TV destaca-se a criação do *videotape* (VT), mecanismo responsável pela transmissão de sons e imagens pré-gravados. Da lição de Mattos extrai-se que o VT foi fundamental para criação de um hábito de assistir ao aparelho,

⁶¹ MATTOS, Sérgio. História da Televisão Brasileira: uma visão econômica, social e política. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 49.

⁶² JAMBEIRO, Othon. A TV no Brasil do século XX. Salvador: EDUFBA, 2002, p.41.

⁶³ LEAL, Plínio Marcos Volponi. Um olhar histórico na formação e sedimentação da TV no Brasil. In: VII ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA. Fortaleza, 2009, p.5.

favorecendo a audiência e edificando um cenário adequado para o desenvolvimento dos anúncios publicitários⁶⁴.

Em meados da década de 1960, em decorrência dos estímulos ao setor de telecomunicações provenientes do regime militar, observou-se constante popularização dos aparelhos televisores. Jambeiro aponta que em 1974 43% dos lares brasileiros contavam com a tecnologia⁶⁵.

Com o passar dos anos observou-se o desenvolvimento constante das programações e das técnicas publicitárias. O espaço adquirido pela publicidade era tamanho que em 1980 foi instituído o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), já apresentado no capítulo anterior. O mecanismo estabelece normas deontológicas endereçadas a anunciantes, agências publicitárias, emissoras e os demais envolvidos na atividade e possui como objetivo a qualidade da informação veiculada, em respeito aos ditames da boa-fé.

Hodiernamente, a publicidade continua sendo o carro-chefe das emissoras televisivas, pois se manifesta enquanto principal fonte de receita. De acordo com dados da Kantar Ibope Media, no ano de 2014 as emissoras de telecomunicação aberta do país arrecadaram aproximadamente R\$ 67,5 bilhões em publicidade⁶⁶.

2.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA RADIODIFUSÃO

Marco da redemocratização nacional, a Constituição Brasileira de 1988 atribuiu especial atenção à comunicação social, lhe delegando capítulo específico e autônomo pela primeira vez.

No caput do art. 220 da CF se estabelece que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição. Pois bem, a liberdade de expressão é pedra angular dos Direitos Humanos⁶⁷, somente havendo de ser mitigada em situações excepcionais, previstas na Constituição.

Dentre as ferramentas de comunicação citemos os veículos impressos, dentre os quais se destacam livros, revistas, periódicos e *e-books* e o veículos de radiodifusão, divididos em sonoros ou de sons e imagens.

⁶⁴ MATTOS, op. cit. p.87.

⁶⁵ JAMBEIRO, Othon. Op. cit.p.81.

⁶⁶ Kantar Ibope Media. Disponível em <<https://www.kantaribopemedia.com>> . Acesso em 12/06/2018.

⁶⁷ Art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras.

Em constatação perspicaz, Podestá atrela a comunicação social ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, consoante disposição do art. 225 da CF⁶⁸. De acordo com o autor, a expressão cultural insere-se no contexto de meio ambiente, proclamando uma nova categoria de bens ditos difusos. Afere-se, portanto, que a qualidade da informação assume-se enquanto direito difuso, cabendo a coletividade defendê-lo e preservá-lo.

Doravante, Pedro Lenza elenca os princípios informadores da Comunicação Social. Em primeiro lugar, a imunidade quanto a restrições, uma vez que a manifestação do pensamento é livre de interferências, sendo mitigada apenas em situações excepcionais, previstas na Lei Maior⁶⁹. Outrossim, observa-se a plena liberdade de informação jornalística, a qual deverá, no entanto, respeito a outros postulados constitucionais, em vista da harmonização de normas.

Na sequência, são apresentados os postulados de vedação a censura e ao monopólio ou oligopólio na comunicação social, garantindo-se acesso igualitário. Por oportuno, frise-se que o Estado velará pelo controle de qualidade da programação das emissoras de radiodifusão, as quais devem preferir a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; a promoção da cultura nacional e regional; a regionalização da produção cultural em percentuais mínimos; e respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221 da CF).

Ademais, o Estado regulará as diversões e espetáculos públicos, tecendo considerações sobre sua natureza e sobre a classificação etária, bem como a publicidade referente ao tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

A propriedade de empresas jornalísticas é privativa de brasileiros natos ou de naturalizados há mais de 10 anos, ou ainda de pessoas jurídicas constituídas em conformidade às leis brasileiras e com sede no país, nos termos do art. 222 da CF.

Por fim, sustenta-se que os veículos impressos de comunicação independem de licença da autoridade (art. 220, §6º da CF), já os serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens serão explorados diretamente pela União ou mediante concessão, autorização ou permissão (art. 21, XII, a da CF).

No que tange aos serviços de radiodifusão, estatui o art. 223 da CF que o Poder Executivo é competente para outorgar ou renovar concessões, permissões e autorizações,

⁶⁸ PODESTÁ, Fábio Henrique. Op. cit. p. 130/131.

⁶⁹ LENZA, Pedro. Op. cit. p. 1435/1437.

tendo em vista o princípio da complementaridade dos sistemas privados, públicos e estatal, porquanto vedados monopólios ou oligopólios.

José Afonso da Silva aduz que a concessão, tanto na outorga quanto na renovação, se efetiva por meio de contrato administrativo, no qual o Presidente da República, na qualidade de representante da União delega a uma Pessoa Jurídica a execução do serviço de radiodifusão por tempo determinado, correndo a conta desta última os riscos do negócio⁷⁰. A permissão, por sua vez, se efetiva por meio de um contrato precário, na qual o Presidente da República outorga a uma pessoa física ou jurídica o serviço de radiodifusão, no entanto limitado ao radioamador, destituído de interesse pecuniário ou comercial. Por fim, observa-se que a autorização é ato unilaterale precário, segundo o qual o Presidente da República outorga serviços de radiodifusão de caráter local.

No que diz respeito aos prazos da exploração das atividades, afirma-se que concessões ou permissões serão firmadas por prazo de 10 anos para emissoras de rádio ou 15 anos para emissoras de televisão, que poderão ser renovados desde que respeitadas às exigências legais e regulamentares, bem como os princípios informadores da atividade. Por ser ato precário, a autorização não se sujeita a prazo, podendo ser revogada a qualquer tempo.

A propósito, concessões e permissões se sujeitam a um duplo controle. O primeiro, adstrito aos termos que regulam o procedimento licitatório, o segundo exercido pelo Congresso Nacional após a celebração do contrato e nas renovações, sendo certo que outorga ou renovação somente produzirão efeitos quando submetidas a sua deliberação (art.223, §3º). Já as autorizações, dada a sua precariedade, não se sujeitam ao controle pelo Congresso Nacional.

Tecidas as principais considerações sobre o arcabouço constitucional dos meios de comunicação de radiodifusão de sons e imagens, parte-se a análise da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no tocante a relação entre emissoras de TV aberta e telespectadores.

2.4 EMISSORAS DE TV ABERTA, TELESPECTADORES E A APLICAÇÃO DO CDC

O art. 3º, caput do CDC é cristalino ao afirmar que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem produtos ou realizam a prestação de serviços. De acordo com o § 2º do artigo

⁷⁰ Ibidem. p.1440. Apud SILVA, José Afonso da.. *Comentário contextual à Constituição*. 4ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 830/831.

em comento, serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Diante dos conceitos apresentados, são corriqueiros os questionamentos acerca do enquadramento das emissoras de telecomunicação aberta como fornecedoras, atraindo a aplicação do CDC, conquanto se discute a inexistência de remuneração por parte dos telespectadores. Ora, a princípio, os serviços são disponibilizados sem quaisquer ônus aos consumidores.

A partir de uma análise exegética do art. 3º do CDC, tendo em vista subsunção dos fatos à norma, sustenta-se que as emissoras são pessoas jurídicas que prestam serviço. O serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral está devidamente enumerado no art. 6º, alínea 'd' do Código Brasileiro de Telecomunicação (Lei nº 4.117/62).

No entanto, remanesce incerta a visualização de remuneração, posto que o serviço é oferecido independentemente de qualquer contraprestação. Pondo termo na polêmica, Doutrina e Jurisprudência desenvolveram argumentos bastante elucidativos, os quais colacionaremos a seguir.

Com o brilhantismo e protagonismo que lhes são típicos, Cláudia Lima Marques obtempera que os canais de televisão aberta são remunerados indiretamente, frisando que pagamento é apenas uma das formas de remuneração⁷¹. Visando o lucro, as emissoras organizam-se através da publicidade e do fornecimento de serviços e espaços, prestando serviço remunerado indiretamente pela sociedade.

Nesta mesma trilha, recorramo-nos ao magistério de Rizzato Nunes. O jurista advoga que no mercado de consumo praticamente nada é gratuito, uma vez que os custos de algo aparentemente gratuito são repassados direta ou indiretamente ao consumidor, arrematando com as seguintes colocações:

Logo, quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto⁷².

De forma análoga assentou-se a Jurisprudência. É o que se extrai das respectivas decisões dos Ministros do STJ Jorge Scartezzini e Luís Felipe Salomão:

É certo que, para a caracterização da relação de consumo, o serviço deve ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração. No entanto, o conceito de "serviço"

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio. In: PODESTÁ, Fábio Henrique. Op. cit. p.8/9.

⁷² NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Op. cit. p.151.

previsto na referida norma consumerista abrange tanto a remuneração direta quanto a indireta.⁷³

É inequívoco que há relação de consumo, sendo notório que a programação é realizada tendo em mira o telespectador e que a emissora presta um serviço ao consumidor e, em contrapartida, por decorrência direta da audiência daquele, é que são veiculados anúncios publicitários.⁷⁴

Portanto, uma vez configurada a relação de consumo entre emissora de TV aberta e telespectador, verificar-se-á a incidência do CDC, não obstante a ausência de remuneração direta. A melhor interpretação do termo “remuneração” é no sentido de enquadrar-se como gênero do qual são espécies a remuneração direta e indireta, em perfeita consonância com os ditames doutrinários e jurisprudenciais.

3. A RESPONSABILIDADE DAS EMISSORAS DE TV ABERTA PELA PUBLICIDADE ENGANOSA

Como apontado no capítulo inaugural do presente estudo, a publicidade, em que pese encontre guarida na garantia constitucional da liberdade de expressão, deve, por seus próprios fins, submeter-se aos princípios informadores da atividade econômica, dentre os quais o respeito aos direitos dos consumidores.

Dessa forma, a manifestação publicitária submete-se a uma série de caros valores éticos que se desrespeitados importarão em responsabilidade. Dentre os envolvidos no processo publicitário situam-se anunciantes, agências publicitárias e veículos de comunicação.

O foco do presente estudo dirige-se a responsabilidade dos veículos de comunicação, especificamente das emissoras de telecomunicação aberta, no entanto, teceremos comentários oportunos acerca da responsabilidade de anunciantes e veículos de comunicação.

Por fim, cumpre destacar três espécies de responsabilidade, administrativa, penal e civil.

3.1 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, organização de sociedade civil, possui acentuada importância no controle administrativo da publicidade. Muito embora não possua a prerrogativa conferida aos órgãos da Administração Pública de poder de polícia, impõe-se coercitivamente em decorrência da adesão às normas de autodisciplina pelas

⁷³ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 566.468 RJ (2003/0132555-7). Relator: Ministro Jorge Scartezini. j. 23/11/2004. Jurisprudência do STJ.

⁷⁴ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 946.851 PR (2007/0098289-3). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. : j. 17/04/2012. Jurisprudência do STJ.

principais associações envolvidas na atividade publicitária, dentre as quais destacamos a Associação Brasileira de Agências de Publicidade, Associação Brasileira de Anunciantes e a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão.

O Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária, documento já mencionado alhures, é o instrumento que rege a atuação do Conar. Em seu art. 3º o CBAP expressa que em todo anúncio se faz necessária à exposição da responsabilidade do anunciante, da agência de publicidade e do veículo de divulgação. Em sua atuação prática, mediante verificação de uma publicidade ilícita, o que ocorre através de denúncias dos consumidores, o Conselho de Ética se reúne e, oportunizando o contraditório, delibera sobre a compatibilidade da publicidade analisada ao CBAP. Em caso de incompatibilidades, o Conar poderá sugerir alterações ou mesmo a retirada do anúncio publicitário.⁷⁵

Como pondera Rizzato, não só o órgão regulamentador exerce controle administrativo da publicidade ilícita, o próprio Código de Defesa do Consumidor estabelece sanções administrativas (arts. 55/60 do CDC)⁷⁶. Uma vez acionado, o poder judiciário poderá preventivamente impedir a transmissão do anúncio ou repressivamente determinar a sua supressão, endereçando a ordem ao anunciante e ao veículo.

Outrossim, a contrapropaganda afigura-se enquanto importante sanção administrativa, porquanto tem como fim o desfazimento do anúncio anteriormente realizado através de retratação do anunciante, mitigando-se os efeitos da publicidade ilícita. A contrapropaganda deve ser apresentada pelo mesmo veículo, nos mesmos horários que a publicidade ilícita fora divulgada, as expensas do anunciante infrator.

Pelo exposto, sustenta-se que a responsabilidade administrativa é deflagrada tanto pelo Conar, quanto pela autoridade judicial, diante da imposição das sanções administrativas previstas no código consumerista. A seguir, parte-se a análise da responsabilidade penal.

3.2 RESPONSABILIDADE PENAL

Na qualidade de microssistema, o Código de Defesa do Consumidor tipifica algumas condutas enquanto infrações penais. Em regra, os tipos penais tem como sujeito ativo os anunciantes-fornecedores, no entanto, duas condutas poderão ter como sujeito ativo agências publicitárias e veículos de comunicação, as quais destacamos:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveriasaber ser enganosa ou abusiva:

⁷⁵ Informações disponíveis em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 10/06/18.

⁷⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Op. cit. p.568.

Pena — Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

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

Pena — Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Pelo verbo ‘fazer’ enquadram-se perfeitamente as agências publicitárias, porquanto diretamente associadas a criação da campanha publicitária. No que tange aos veículos, é inequívoco que quando produzirem diretamente as campanhas haverá responsabilização criminal, na medida da culpabilidade de dirigentes e responsáveis. Pelo verbo ‘promover’ alcançam-se os fornecedores-anunciantes, os quais financiam as campanhas e dão o veredito final a respeito de sua veiculação⁷⁷.

No que toca a análise de dolo ou culpa, objetam-se divergências em sede doutrinária. Por certo, o verbo ‘saber’ direciona ao dolo direto. No entanto, a locução ‘deveria saber’ é entendida por Miragem⁷⁸ enquanto modalidade culposa, que pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado. Por outro lado, João Batista de Almeida afirma que a locução refere-se ao dolo eventual, pois pressupõe a assunção do risco por parte do agente. Para tanto, o estudioso afirma que a tipicidade expressa é requisito para a tipificação de condutas culposas, o que não se verifica nos comandos em análise⁷⁹.

Dessa forma, é plenamente aferível a responsabilidade penal de agências e veículos, além da dos fornecedores-anunciantes, no entanto há de ser demonstrado dolo ou culpa, diferindo-se das áreas administrativa e civil.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil dos veículos de comunicação pela publicidade ilícita divulgada é tema controverso, atraindo correntes em diversos sentidos, cada qual com rigidez argumentativa. A seguir serão apresentadas as principais tendências doutrinárias e jurisprudenciais e no tópico subsequente conclusão acerca da temática.

Como é sabido, a publicidade deve respeito a inúmeros princípios informadores de toda a atividade, dentre os quais já destacamos a veracidade, a identificação e a vinculação. Por certo, violações ao arcabouço principiológico do CDC importarão em reponsabilidade. Nesta linha, observa-se o art. 38 daquele diploma, o qual dispõe que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitaria cabe a quem as patrocina.

⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. Op.cit. p. 891.

⁷⁸ ⁷⁸ Ibidem, loc.cit.

⁷⁹ ALMEIDA, João Batista. A proteção Jurídica do Consumidor. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217.

Contudo, o que muito se discute é a cadeia de responsabilização pela publicidade ilícita. No mais das vezes, os anunciantes se valem de uma agência de publicidade para estruturar uma campanha e dos veículos de comunicação para projetá-la a um sem-número de pessoas. Por esse motivo, questiona-se qual a parcela de responsabilidade destes últimos por eventuais vícios ou abusos da informação transmitida.

Bruno Miragem sustenta que a colocação de produto ou serviço no mercado independe da publicidade ou da utilização de agências e veículos, o que exclui o nexo causal entre a conduta do anunciante e eventuais danos suportados pelo consumidor⁸⁰. Doravante, o autor afirma que os órgãos de comunicação social não se enquadram no conceito de fornecedor previsto no art. 3º, *caput* do CDC, fato que desautoriza o reconhecimento da responsabilidade objetiva nos termos deste diploma, senão quando atuarem diretamente na prestação de serviço, atraindo sobredita qualidade (fornecedores).

Outrossim, Miragem aponta que da análise conjunta dos arts. 36, §ú. e 38 do CDC afere-se que a responsabilidade pela qualidade do anúncio toca ao fornecedor-anunciante, porquanto os dispositivos atribuem a ele a responsabilidade pela manutenção de informações, dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação a mensagem publicitária bem como pela prova de sua veracidade e correção. No entanto, o estudioso não exime veículos e agências do cumprimento dos deveres de boa-fé e lealdade, de tal modo que, caso não se enquadrem propriamente na definição de fornecedores, atrairão a responsabilidade do regime comum, seja a subjetiva, oriunda do art. 186 do CC, seja a objetiva oriunda do abuso de direito prevista no art. 187 do CC.

Neste tocante, em que pese o lapso temporal entre as decisões colacionadas, a Jurisprudência manifestou-se em sentidos muito distintos, engrossando a controvérsia, vejamos:

[...] III- As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. *Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram* (CDC, Arts. 3º e 38).

IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC).⁸¹ (Grifo nosso).

[...] O artigo 38 do CDC, segundo o qual o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina, constitui uma regra de distribuição do ônus probatório e disciplina apenas o sujeito e o objeto da prova, *não afastando, em momento algum, a responsabilidade dos demais*

⁸⁰ MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p.281. Apud. MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade Civil da imprensa por dano à honra: O novo Código Civil e a lei de imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.193/194

⁸¹ STJ - Recurso Especial n.604.172 SP (2003/0198665-8) Relator: Ministro Humberto de Gomes Barros. j. 27/03/2007.

*integrantes da cadeia de consumo, especialmente quando não é possível indicar o patrocinador do anúncio.*⁸² (Grifo nosso).

Engrossando o coro lecionado por Miragem, Antônio Herman Benjamin, um dos autores do Código consumerista, obtempera que a responsabilidade dos anunciantes pela publicidade enganosa ou abusiva opera-se objetivamente, já a responsabilidade de agências e veículos, subjetivamente⁸³. Dessa forma, atuando os órgãos de comunicação social com dolo ou culpa e verificando-se o nexo causal entre a conduta e o dano promovido a terceiros, há responsabilidade civil por ato ilícito, na forma do art. 186 do CC.

Nesta linha de raciocínio (responsabilidade subjetiva do veículo) já se posicionou a Jurisprudência do STJ, aduzindo que “[...] A divulgação, informada por culpa grave, de publicidade manifestamente enganosa, pode acarretar a responsabilidade pelo ressarcimento de eventuais danos aos consumidores”⁸⁴.

Por outro lado, Luiz Antonio Rizzato Nunes, Flávio Tartuce e Paulo Jorge Scartezini Guimarães esteiam a responsabilidade solidária de anunciante, veículo e agência.

Rizzato aduz inicialmente que pelo diálogo de fontes entre normas do CBAP (art. 3º) e o art. 7º, §ú. do CDC, a solidariedade da cadeia de fornecimento é impositiva⁸⁵. Na sequência, o estudioso afirma que o fornecedor-anunciante é sempre responsável pelos danos que seu anúncio causar, além do que responde pela inserção de cláusula contratual ou pela sua nulificação em função do anúncio. A agência, por ter produzido o anúncio, responde solidariamente, independente da subscrição de cláusula contratual em que tenha se eximido de responsabilidade. Eventuais cláusulas neste sentido só terão eficácia interpartes. No que tange ao veículo, por ser este o porta-voz do anúncio, ou seja, “instrumento de contato com o público”⁸⁶, também responderá solidariamente.

O autor, contudo, enumera hipóteses de exclusão da responsabilidade dos órgãos de comunicação social em determinadas hipóteses. Destarte, a agência não será responsabilizada quando a enganabilidade “não estiver objetivamente colocada no anúncio em si” ou quando depender “de ação real, concreta e posterior do fornecedor-anunciante, de maneira que a agência tenha participado como mera produtora de uma informação encomendada”. Já os veículos de comunicação se isentarão de responsabilidade nas hipóteses em que os anúncios

⁸² STJ - Recurso Especial n.1.391.084 RJ (2011/0295914-5). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. : j. 26/11/2013.

⁸³ DIAZ, Lucia Ancona Lopez de Magalhaes. Op. cit. p. 309. Apud BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 356.

⁸⁴ STJ – Recurso Especial nº 92.395/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 05/02/1998.

⁸⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Op.cit. p.566.

⁸⁶ *Ibidem*.loc.cit.

não forem ilegais quando objetivamente considerados, ou dos quais não se extraia enganiosidade; e ainda quando pela veiculação não for possível ao veículo saber se eles são enganosos.

Scartezzini e Tartuce, por seu turno, não apontam excludentes. Para o primeiro a solidariedade é proveniente da análise conjunta dos arts. 7º, §ú. e 25, §1º, ambos do CDC, segundo os quais havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação⁸⁷. De forma bastante elucidativa, Scartezzini ensina que nesta solidariedade é irrelevante

o grau de participação para o dano de cada responsável, pois perante o credor responderão por toda a dívida, e, posteriormente, analisada sua participação, poderão mover as respectivas ações regressivas contra os demais culpados.⁸⁸

Já Tartuce conclui que a o CDC erigiu-se sobre a responsabilidade objetiva, de tal sorte que o afastamento da solidariedade contraria todo o sistema de proteção⁸⁹. Ademais, o estudioso corrobora a aplicação do conceito de Leonardo Bessa acerca do fornecedor equiparado, quem sustentou o alargamento do âmbito de incidência do art. 3º do CDC, abarcando terceiros que desenvolvam atividades potencialmente ofensivas “a legítimos interesses presentes no mercado”, Tartuce afirma que veículos de comunicação e agências de publicidade enquadram-se no conceito de fornecedores e atraem a incidência das normas consumeristas⁹⁰.

Outrossim, o autor sustenta que por situar-se no risco-proveito ou no risco do empreendimento de agências e veículos, a publicidade deverá atrair a responsabilidade solidária destes pela qualidade da comunicação. Na sequência, recorrendo a Rizzato Nunes, defende a aplicação do art. 45 do CBAP, em sintonia ao diálogo de fontes, o qual, conforme apresentado anteriormente, dispõe sobre a solidariedade de anunciante, agência e veículo. Por fim, advoga pela aplicação analógica da Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça nos casos de vinculação de publicidade ilícita, transcrito na íntegra: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

⁸⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Op cit. p.310. Apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela participam, 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170.

⁸⁸ Ibidem, loc. cit.

⁸⁹ TARTUCE, Flávio. e ASSUMPCÃO, Daniel Amorim. Op. cit. p. 219/220.

⁹⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.94.

A seguir, do magistério de Lúcia Ancona extrai-se lição mais temperada do que a dos dois últimos autores citados⁹¹. Isso porque a excelente estudiosa expõe que as agências de publicidade participam ativamente do processo de criação e execução da mensagem publicitária, assumindo-se enquanto partícipes diretas do anunciante, respondendo objetiva e solidariamente pela publicidade ilícita, conclusão essa que não alcança os veículos de comunicação. Neste ínterim, afirma-se que os veículos são alheios ao processo de criação e formulação dos anúncios, funcionando meramente enquanto “meio” de conexão entre mensagem e consumidor. Ademais, seria infactível que as emissoras checassem todo e qualquer anúncio antes de vinculá-los, dada a agilidade negocial do mercado.

Para sustentar sua posição, Ancona se apoia no CBAP, o qual estatui expressamente a responsabilidade solidária da agência. As normas deônticas sugerem uma atuação cautelosa das agências, que devem respeito aos preceitos éticos informadores da atividade. Nada impede, porém, eventuais ações regressivas, nas quais anunciantes ou agências publicitárias tenham por fim apontar que a criação do ilícito foi obra exclusiva de seu consorte. No que tange a responsabilidade pela oferta, esta não cabe às agências, as quais não são fornecedoras daqueles produtos ou serviços, mas sim aos anunciantes.

Em relação aos veículos, a autora, na linha do ensinamento de Herman Benjamin, defende que a sua responsabilização poderá ocorrer de forma subjetiva, nas hipóteses de dolo ou culpa grave, nos termos do art. 186 do CC.

Por fim, encontramos em Fábio Henrique Podestá mais um defensor da responsabilização dos veículos de comunicação, decorrente da “responsabilidade social” pela qualidade da informação transmitida, direito difuso por excelência⁹². Logo, diante da violação aos princípios que informam a radiodifusão, sobretudo os elencados no inciso IV do art. 221 da CF, a saber, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família impõe-se a responsabilização das emissoras como medida protetiva aos consumidores.

Em que pese a solidez dos argumentos em prol da responsabilidade solidária de veículos e agências, a Jurisprudência, seja no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sejam nos Tribunais estaduais, tem afastado, como regra, dita responsabilidade. Senão, vejamos:

[...] I.A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei 8.078/1990, *não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a*

⁹¹ DIAS, Lucía Ancona Lopez de Magalhães. Op cit. p. 311/314.

⁹² PODESTÁ, Fábio Henrique. Op.cit. p. 120/121.

propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada ‘publicidade de palco’.

II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva *ad causam*, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir corresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio.⁹³ (Grifo nosso).

[...] No caso em comento era de rigor a improcedência da ação.

Isso porque, os artigos 30 e 38 do Código de Defesa do Consumidor atribuem ao anunciante a responsabilidade exclusiva pelo conteúdo da publicidade, *não sendo possível imputar à emissora que se restringe a veicular o anúncio às consequências do eventual inadimplemento contratual do fornecedor*, não se verificando, ademais, qualquer conduta da emissora que de alguma forma tenha contribuído para a ocorrência dos prejuízos experimentados pelos consumidores adquirentes de serviços da empresa Clube de Compras América.⁹⁴ (Grifo nosso).

Tendo em vista a edificação de uma conclusão de rigor argumentativo acerca do tema, no tópico subseqüente apresentaremos nossa posição, levando-se em consideração os valores pretendidos pelo ordenamento jurídico, as referências doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais.

3.4 CONCLUSÕES ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Após a exposição das principais correntes acerca da temática, fazem-se necessárias algumas considerações, tendentes a um posicionamento. O forte apego da Constituição Federal por solidariedade e proteção, aclamadas pelo Código de Defesa do Consumidor direcionam a Responsabilidade Civil a um caminho, o qual não podemos olvidar.

No art. 170 da CF, o legislador constituinte atrelou a atividade econômica aos ditames da justiça social. Resultado: dois anos mais tarde foi criado um microsistema jurídico, conhecido vulgarmente pela sigla CDC, o qual deu vida e forma a caros princípios, dentre os quais a vulnerabilidade e solidariedade. Pela presunção legal absoluta de vulnerabilidade (*iure et de iure*), legitima-se o sempre imperioso amparo a dignidade da pessoa humana, porquanto patente o desequilíbrio entre fornecedores, os quais ditam as relações de consumo, e consumidores, submetidos a toda sorte de ofertas, publicidade, produtos e serviços.

Já o princípio da solidariedade orienta, na lição de Miragem, a divisão dos riscos oriundos da atividade econômica, estendendo a toda cadeia de fornecimento a responsabilidade civil⁹⁵. O estudioso, ainda sustenta que a solidariedade atribui função social aos contratos, mitigando o corolário da relatividade, o qual dispõe que o pactuado entre as

⁹³ STJ – Recurso Especial nº 1.157.228/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 03/02/2011.

⁹⁴ TJSP – Apelação Cível nº 0009437-75.2011.8.26.0068, São Paulo/SP. Sexta Câmara de Direito Privado. Rel. Ana Maria Baldy. j. 01/03/2018.

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p.142/144.

partes não deve beneficiar nem prejudicar terceiros. Dos pressupostos de solidariedade e função social dos contratos, terceiros que mantenham relação com o objeto pactuado poderão sofrer consequências.

Outrossim, pela própria finalidade protetiva do microssistema, a Responsabilidade Civil encontra no CDC um perfil precaucional. Bauman leciona que no mundo globalizado “estamos todos em perigo, e todos somos perigos uns para os outros”⁹⁶. A sociedade pós-moderna erigiu-se em torno do risco, de tal sorte que estes se apresentam com regularidade. Do magistério do sociólogo afere-se que por sua regularidade, os riscos podem ser calculados, direcionando ações ou inações tendentes a minimizá-los. Neste sentido, Paulo Nader afirma que o código consumerista “não possui finalidade meramente sancionadora, mas primordialmente preventiva de danos aos consumidores”⁹⁷.

Por tais considerações iniciais, vai se afigurando inequívoca a responsabilidade civil objetiva das emissoras pelos danos causados pela publicidade ilícita veiculada, senão vejamos. O exercício da atividade econômica está umbilicalmente ligado ao respeito aos valores da justiça social, aqui incluída a defesa dos consumidores. Por mais que os veículos de comunicação tangenciem a relação entre fornecedores-anunciantes e consumidores, pela função social dos contratos aqueles sofrerão seus efeitos. Ora, não fosse a projeção do anúncio pelo veículo de comunicação, certamente o produto ou serviço jamais seria conhecido do grande público. Por esse motivo, defendemos que os veículos enquadram-se no conceito de fornecedor equiparado, uma vez que se assumem enquanto terceiros intermediários ou ajudantes da relação principal, atuando frente aos consumidores com protagonismo digno de fornecedor⁹⁸.

As alegações de que a responsabilidade pelo anúncio toca exclusivamente aos anunciantes, dado que os arts. 36, §ú. e 38 do CDC atribuem a estes a responsabilidade pela manutenção de informações, dados técnicos e científicos que dão sustentação a mensagem bem como pela prova da veracidade e correção, não merecem prosperar. A uma por que os artigos em comento se referem a ônus probatório, sujeitos e objetos de prova, pois certamente quem deverá cumprir com a oferta será o anunciante, quem dispões de condições para tanto. A duas porque a regra expressa no ordenamento consumerista é a solidariedade (Art.7º, §ú. do CDC-Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos

⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p.128/129

⁹⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, vol.7: Responsabilidade Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.583.

⁹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Op. Cit. p. 103/105.

danos previstos nas normas de consumo.), sendo certo que os dispositivos legisretrocencionados (arts. 36, §ú. e 38 do CDC) não a excepcionaram.

Ademais, apoiados em Tartuce, sustentamos ser a publicidade inerente ao risco do empreendimento⁹⁹. Ora, os valores oriundos da publicidade são a principal fonte de receita das emissoras de telecomunicação aberta e, já que dela se remunera nada mais coerente que se atente a qualidade da informação divulgada.

Conforme já mencionado, a qualidade da informação é bem difuso e, dado o vultoso montante pecuniário que a divulgação de informações publicitárias traz aos veículos, é perfeitamente exigível que estes submetam as campanhas a um controle de qualidade. Trata-se da materialização da função precaucional da Responsabilidade Civil, direcionada a prevenção de danos. Discorda-se, pois da alegação de Lucia Ancona, para quem o controle de conteúdo da mensagem pelos veículos seria “inexequível” dada a rapidez dos negócios econômicos¹⁰⁰. Os vultosos valores adquiridos com a exploração da atividade publicitária tornam plenamente factíveis ações tendentes ao controle de qualidade da informação.

Como reforço, estatui o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que o anúncio terá como responsáveis o Anunciante, a Agência de Publicidade e o Veículo de Comunicação (art. 3º do CBAP). Na linha do disposto no artigo anterior, as normas de autodisciplina ainda direcionam os veículos a estabelecer controle de recepção de anúncios (art. 45, ‘c’ do CBPA), em claro apreço a prevenção de danos, retrato da responsabilidade civil nos tempos hodiernos.

Como princípio norteador de todo o microssistema, sustenta-se que a solidariedade é regra, visando garantir ao vulnerável negocial resposta proporcional a toda sorte de danos a que foi sujeito quando de sua exposição à publicidade ilícita. O veículo, contudo, poderá isentar-se de responsabilidade, na trilha do que Rizzato Nunes enumera em hipóteses de inexistência de enganabilidade ou abusividade no anúncio em si ou quando apesar de toda diligência o veículo não tiver condições de aferir a ilicitude, contanto que o faça em sede regressiva, já que a responsabilidade visa a proteção máxima do consumidor¹⁰¹.

Apesar do pequeno apego da Jurisprudência a corrente aqui defendida, na linha de julgado mencionado em momento anterior, sustentou-se a responsabilidade da emissora de televisão pela vinculação de anúncio publicitário enganoso, uma vez que o veículo não atuou com a diligência de que dele se espera (atuação preventiva):

⁹⁹ TARTUCE, Flávio. e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 219.

¹⁰⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Op. cit. p. 313.

¹⁰¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op. cit. p.566.

No caso de não agir com a devida diligência, a empresa de televisão que veicula anúncio publicitário é solidariamente responsável pelo pagamento de indenização a consumidor lesado por empresa que, anunciando seu produto, efetua propaganda enganosa.

Isso tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor¹⁰².

Por todo exposto, afere-se que o arcabouço protetivo criado pelo microsistema que representa o CDC, respaldando os vulneráveis negociais, atribuindo responsabilidade objetiva e solidária aos componentes da cadeia de fornecimento implica no reconhecimento da responsabilidade civil das emissoras pelos anúncios enganosos e abusivos veiculados. A função precaucional da responsabilidade civil, observada mesmo nas normas deontológicas, conduz os veículos a um crescente cuidado com as mensagens transmitidas, já que respondem objetivamente por elas, sem embargo de eventual regresso em face de anunciantes e agências publicitárias.

¹⁰² STJ - Recurso Especial n.1.391.084 RJ (2011/0295914-5). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:j. 26/11/2013.

CONCLUSÃO

Após as devidas considerações são cabíveis certas constatações. Pelo exposto, verifica-se que o próprio desenvolvimento dos meios de comunicação de massa, sobretudo a televisão, sempre esteve atrelado às constantes manifestações publicitárias. A exposição da mensagem publicitária nos veículos de comunicação eleva o conhecimento e o consumo de produtos e serviços a um patamar sem precedentes. Não por acaso, os ganhos de emissoras e dos próprios anunciantes são exponencialmente elevados.

Como já ponderado, a atividade econômica é direcionada a observância de regras basilares, hábeis a garantir os ditames da justiça social. Os anunciantes têm o direito de elevarem seus lucros através da veiculação de seus produtos, serviços e marcas nos meios de comunicação de massa, as agências publicitárias, de igual sorte, o direito de perceber dividendos pela criação de anúncios e os veículos de comunicação, o direito de potencializarem seus ganhos pela cessão de espaços endereçados a exposição publicitária. No entanto, a forma utilizada deve estar adequada ao arcabouço normativo posto. São vedadas publicidades ilícitas, aqui enquadradas às publicidades enganosas, abusivas, clandestinas, dissimuladas e subliminares.

A sociedade pós-moderna é, sobretudo, uma sociedade de riscos, constatação cunhada por Ulrich Beck¹⁰³ e corroborada alhures por Bauman¹⁰⁴. Em uma sociedade em que os riscos são latentes, os anseios por segurança também o são. Neste diapasão, erige-se a função precaucional da responsabilidade civil, na qual um olha pelo outro, e em vez meras discussões acerca de indenizações e suas consequências, levanta-se a prevenção de danos. O código de defesa do consumidor, muito embora tenha previsto sanções dos mais diversos matizes, é ferramenta que visa primordialmente a prevenção de danos.

Diante de um cenário em que os agentes devam primar pela segurança, não só os anunciantes necessitam respeitar a qualidade da informação publicitária, mas também agências publicitárias e veículos de comunicação. Estão os três agentes atrelados a função ética de garantir a qualidade da informação, interesse difuso por excelência, prevenindo a superveniência de danos aos consumidores.

Ademais, a Constituição Federal e o CDC ampliaram sobremaneira o âmbito de proteção dos vulneráveis negociais, de tal sorte que instituiu responsabilidade objetiva e solidária pelos danos causados aos consumidores. Não se pode negar a solidariedade, sob

¹⁰³ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 21 et seq.

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. 2008. Op. cit. p.128/129.

pena de contrariarmos a ordem jurídica posta, pautada em larga medida ao amparo. Não é outra a dicção do §º do art. 7º do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

Diante do enlace entre anunciantes, agências publicitárias e veículos de comunicação, dado que se retirando qualquer destes da equação a publicidade perderia sua efetiva impulsão, não há como deixar de sustentar sua responsabilidade objetiva e solidária pela publicidade ilícita veiculada. As atividades lucrativas desenvolvidas pelo trio os inserem no risco-proveito do negócio, devendo arcar com eventuais danos perpetrados.

A constatação suportada poderá ceder espaço a causas excludentes de responsabilidade, como nos casos de danos motivados por um só agente, sem o conhecimento dos demais. No entanto, como a legislação consumerista objetiva de forma basilar a proteção do consumidor, as excludentes devem ser alegadas em sede regressiva.

Portanto, após o apanhado da estrutura normativa da publicidade no país, da pujança dos meios de comunicação de massa, sobretudo das emissoras de televisão aberta, e dos contornos hodiernos da responsabilidade civil, corrobora-se a responsabilização solidária e objetiva das concessionárias de telecomunicação aberta pela publicidade enganosa veiculada, em detrimento das teorias de não responsabilização ou de responsabilização com ressalvas. Por todo o exposto, oferta-se a comunidade acadêmica oportunidade de reflexão e discussão, tendo em vista o constante aperfeiçoamento das interpretações expostas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. A proteção Jurídica do Consumidor. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: As consequências humanas. Tradução: Marcus Penchel Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. Medo Líquido. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e., MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL.5 de outubro de 1988, Constituição Da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em junho de 2018.

_____. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Ultimo acesso em junho de 2018.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) 2016. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em 12/06/2018.

_____.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL: REsp 436.135 SP (2002/0059214-1). Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. j.: 17/06/2003. Jurisprudência do STJ. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=764569&tipo=51&nreg=200220022002&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20030812&formato=PDF&salvar=fals>>. Acesso em: 20/05/2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 566.468 RJ (2003/0132555-7). Relator: Ministro Jorge Scartezzini. j. 23/11/2004. Jurisprudência do STJ. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=515997&num_registro=200301325557&data=20041217&formato=PDF>. Acesso em 12/06/2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 604.172 SP (2003/0198665-8) Relator: Ministro Humberto de Gomes Barros. : j. 27/03/2007. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3004623&num_registro=200301986658&data=20070521&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13/06/2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: RESP nº 1.157.228/RS, Rel. Min.Aldir Passarinho Junior, j. em 03/02/2011. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque=13729093&num_registro=200901884608&data=20110427&tipo=5&formato=PDP>. Acesso em 13/06/2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 946.851 PR (2007/0098289-3). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. j.: 17/04/2012. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22142477&num_registro=200700982893&data=20120515&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12/06/2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.391.084 RJ (2011/0295914-5). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. : j. 26/11/2013. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32396006&num_registro=201102959145&data=20140225&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13/06/2018.

_____. SÚMULA n. 221 - São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula221.pdf>. Acesso em 12/06/2018.

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo – APELAÇÃO CÍVEL nº 0009437-75.2011.8.26.0068, São Paulo/SP. Sexta Câmara de Direito Privado. Rel. Ana Maria Baldy. j. em 01/03/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11230500&cdcdFo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_5a14270b92634aa0aba18f601dac3421&vlCaptcha=dda&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 15/06/2018.

CAHALLI, Yussef Said. Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONAR – Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Último acesso em junho de 2018.

_____.Decisões Setembro/2016. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 03/06/2018.

_____.Decisões Março/2017. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 01/06/2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 23/05/18.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para a avaliação da Ilicitude na Publicidade. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

Enciclopédia INTERCOM de comunicação. – São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2010.

FERNANDES, Adriana Figueiredo. A publicidade Enganosa e Abusiva e a Responsabilidade dos Envolvidos. Monografia em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. NERY JÚNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

JAMBEIRO, Othon. A TV no Brasil do século XX. Salvador: EDUFBA, 2002.

Kantar Ibope Media. Disponível em <<https://www.kantaribopemedia.com>> . Acesso em 12/06/2018.

LEAL, Plínio Marcos Volponi. Um olhar histórico na formação e sedimentação da TV no Brasil. In: VII ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA. Fortaleza, 2009

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Luiz Costa. Teoria da cultura de massa. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Direito do Consumidor. Arts. 1º ao 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATTOS, Sérgio. História da Televisão Brasileira: uma visão econômica, social e política. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

NAKASONE, André. Os limites da propaganda comparativa. 2017. Disponível em: <http://www.aberje.com.br/revista/os-limites-da-propaganda-comparativa/>. Acesso em 02/06/18.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, vol.7: Responsabilidade Civil. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Interesses Difusos, qualidade da comunicação e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RABAÇA, Carlos A. e BARBOSA, Gustavo. Dicionário de comunicação. Ática, São Paulo, 1987.

MELO, José Marques de. Teoria da comunicação: paradigmas latinoamericanos. Petrópolis: Vozes, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jeann-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Edição: Ridendo Castigat Moraes. Versão para eBooks, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>>.

SANTOS, Fernando Gherardini. Direito do Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo W. STRECK, Lênio. Comentários a Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Parecer: Liberdade de expressão e propaganda de bebidas alcoólicas. Limites da atuação jurisdicional na restrição a direitos fundamentais. Rio de Janeiro: 2015.

TARTUCE, Flávio; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor, 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VALOIS, Bertha Lilia e Silva. Publicidade dirigida à criança: *A necessidade de uma regulamentação específica*. Tese de mestrado em direito – Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2013