
ANALISANDO A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE A PUBLICIDADE ENGANOSA EM MEIOS ELETRÔNICOS

Rodrigo Mello Campos

Área de conhecimento: Direito

Eixo Temático: Direito Civil, Processo Civil e Tutela dos interesses coletivos, difusos e transindividuais;

RESUMO

O presente texto trata da tutela do consumidor em face de propaganda enganosa em meios virtuais, dissertando sob a ação civil pública em face desse ato ilícito, com a tutela inibitória e indenizatória. O combate à publicidade enganosa nos meios virtuais se dá pelos mesmos dispositivos legais e modo de agir da publicidade enganosa em meios convencionais, sendo a ação civil pública eficaz, porém, pouco utilizada. Ainda, explana sobre a divergência doutrinária decorrente da responsabilidade objetiva do provedor, em que se deve analisar casuisticamente. Trata, também, do fundo de direitos difusos. Conclui-se que o ideal para o combate a publicidade enganosa é o ajuizamento de ação civil pública para defesa dos interesses difusos simultaneamente com ação individual, do que somente ação individual, haja vista que o objeto de cada ação é diferente, e conseguirá chegar a resultado mais benéfico, permitindo que mais vítimas ingressem com pedidos individuais aproveitando-se da coisa julgada da ação civil pública.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Consumidor. Meios Virtuais. Publicidade Enganosa.

INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma análise do combate à publicidade enganosa (anúncio contendo informação errada ou com omissão de informação essencial ao consumidor) nos meios virtuais, fato que ainda carece de legislação específica e, provisoriamente, acredita que se subutiliza a ação civil pública.

Ocorre que os meios virtuais propiciam um grande meio a prática desse ato ilícito, resta saber se o meio de inibi-la está conseguindo acompanhar. Assim, ressalta-se que a publicidade enganosa fere interesses difusos, cabendo ação civil pública, cuja eficácia será analisada no presente texto, além dos meios tradicionais de combatê-la em juízo. Desde já, ressalta-se que a grande vantagem da ação civil pública consiste na sua abrangência.

Nesse sentido, o que norteou a problemática desse estudo foi a subutilização da ação civil pública no combate a propaganda enganosa nos meios virtuais, onde a sociedade acaba usando ações exclusivamente individuais com esse fim.



Também é importante identificar se os procedimentos para defesa, em especial com a utilização da ação civil pública, terão sua eficácia ampliada para tutela do consumidor em juízo frente a esse ato ilícito. Esse é o problema principal de que o presente texto busca solucionar e para isso, será feita análise da tutela do consumidor em juízo, frente a esse tipo de ato ilícito, discorrendo sobre os tipos de tutela mais pertinentes na luta contra a publicidade enganosa, ou seja, a proteção para inibir esse ato ilícito e a proteção para ressarcir os danos.

A justificativa ao texto é social. Acredita-se que com a realização de pesquisas como essa e a consolidação do entendimento sobre os métodos de defesa, a sociedade pode estar mais preparada para lutar contra esse tipo de ilicitude que repercute em danos à população.

Por seu turno, na metodologia do trabalho, o tipo de pesquisa é explicativa e descritiva quanto aos objetivos, bem como o procedimento de coleta é por meio de uma pesquisa bibliográfica. Quanto ao método de pesquisa, sua abordagem é dedutiva.

Esse texto tem como objetivo geral analisar a forma da tutela do consumidor em face da publicidade enganosa, seja ela indenizatória ou inibitória. Buscando identificar se a mesma poderá ter aproveitamento maior em seu uso.

Desta forma, para atingir o objetivo principal a presente pesquisa discorre inicialmente sobre a publicidade enganosa nos meios eletrônicos, posteriormente a base da ação civil pública e as suas tutelas, para, por fim, discorrer acerca da defesa do consumidor em juízo contra publicidade enganosa em meios virtuais e como aumentar a eficácia no combate.

1 A PUBLICIDADE ENGANOSA NOS MEIOS ELETRÔNICOS

Primeiramente, para Dias, informando o ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo (DIAS, 2012, p. 21), ou seja, é o meio de exposição do produto ou serviço para maior convencimento do consumidor.

Ainda, a diferença entre a publicidade e a propaganda é que enquanto a publicidade busca tornar conhecido o produto, serviço ou empresa, criando prestígio



a norma, a propaganda busca a difusão de ideias, promover a adesão a certo sistema ideológico (político, social, religioso, econômico, governamental) (DIAS, 2012, p. 23). Deste modo, publicidade é o meio pelo qual os consumidores tomam conhecimento da existência de tais bens e serviços para adquiri-los ou não.

Para Mazzilli, há enganiosidade na publicidade quando há informação indevida ao consumidor a respeito das características do produto, incluindo dados omissos (MAZZILLI, 2004, p.177). Assim, a Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor (CDC), trata da publicidade ilícita em seu artigo 37, que se segue:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

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

[...]

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

Dessa maneira, informação inteira ou parcialmente falsa, mesmo por omissão, capaz de induzir o consumidor em erro é publicidade enganosa, tutelada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Referente aos meios eletrônicos, segundo Casabona *apud* Crespo “é dito, inclusive, que uso de redes telemáticas se trata de fenômeno mais relacionado com a globalização que com outros fatores, dado sua característica de promover o envolvimento de culturas e sistemas jurídicos diferentes” (CRESPO, 2009). Assim, tornando as relações de consumo cada vez mais impessoais, fomentando a distância de contato entre o consumidor e o fornecedor, e propicia-se um melhor meio para os atos ilícitos.

Ao utilizar-se de um site comercial para publicidade, podem ocorrer dois tipos de publicidade enganosa, tanto a convencional (mas se utilizando do site comercial) quanto a específica da *internet*.

Desta maneira, Ulhoa também diferencia a publicidade enganosa em meios virtuais com características comuns, daquelas que só podem existir na *internet*, como o uso de *metatag*:

Ricardo Luís Lorenzetti trata da técnica denominada *metatag*, que considera como um caso de publicidade enganosa. Consiste essa técnica na inclusão



em uma página na *Internet* de palavras-chave que nada tem a ver com o conteúdo da mesma, mas que são muito empregados ou procurados pelos usuários. Assim, quando da utilização de *sites* de busca (“buscadores”, *searchers*) pelo “internauta”, se este efetuar uma pesquisa com alguma das palavras-chave incluídas aparecerá a página em questão, embora não tenha uma relação direta com tais palavras. O autor *supra* lembra que uma das páginas mais visitadas em 1996 incluía como *metatag* mais de 500 palavras relacionadas com o sexo, porém o conteúdo da página nada tinha a ver com o tópico (ULHOA, 2003, p. 8).

Além da *metatag*, há outros exemplos de publicidade enganosa exclusivamente na *internet*, como a utilização de *cookies*, como demonstra Nunes *apud* Moreira, “arquivos de texto enviados pelos sites que gravam informações do usuário – estão entre os assuntos mais discutidos atualmente no mundo todo. Isso se explica porque a maior parte dos sites os utilizam sem que o internauta saiba disso” (MOREIRA, 2013, p.3).

Ulhoa (2003, p. 11) explana que um dos meios mais comuns é a própria utilização de mensagens divulgadas por correio eletrônico (*e-mail*), com mensagens chamativas e nem sempre verdadeiras, os chamados *banners*, cujo risco só existe aos frequentadores menos familiarizados com a rede, haja vista que grande parte dos casos de indução a erro ocorrem em anúncios escancaradamente falsos, a título exemplificativo de “clique aqui e ganhe prêmios”.

A utilização de mensagens de correio eletrônico para propaganda e/ou publicidade denomina-se *spam*. Neste diapasão explana Martins:

Mais do que simplesmente irritante, o *spam* pode revelar-se, em diversos casos, ofensivo para os seus destinatários; enquanto o *marketing* direto tradicional normalmente se dirige apenas a pessoas adultas e solventes, o *spammers* atingem, indistintamente, crianças e outros grupos hipossuficientes, como os idosos, bastando que disponham de uma caixa de correio eletrônico (MARTINS, 2008, p. 210).

Vale ressaltar, que a esse tipo de falsidade escancarada, não pode ser aplicado o fator do *homo medius*, como explica Benjamin, *apud* Ulhoa (2003, p. 12), vez que não é somente o cidadão regular que recebe esta mensagem, não há como auferir este crivo quando a vítima pode ser a criança, o desprotegido e o cidadão de pouca instrução.

A falsidade da identidade também possui facilidade em meios, como explana Milagre:



Já se admitiu até mesmo a falsa identidade "verbal", o que dizer então da "virtual", que deixa rastros? Assim como falsear a carteria de identidade, substituindo a fotografia original no escopo de ingressar livremente em casas de diversões, podemos em analogia prever que aquele que insere fotos de terceiros em perfil de comunidade, para fins de ingressar na seara de privacidade de outra pessoa (MILAGRE, 2009, p.2)

Neste diapasão, como exemplo de publicidade enganosa, que pode ocorrer tanto na *internet* quanto fora dela, há a falsa aparência, em que o enganado acredita que está recebendo informação de outra pessoa na relação pré-contratual. Assim, Martins exemplifica o fato da falsa identidade de um *site* quando o ato é realizado por terceiro de má-fé, alterando o funcionamento do programa de navegação, cuja ocorrência pode se dar em publicidade enganosa, conforme se segue:

Os *crackers* valem-se, no caso, da disseminação de programas maliciosos que alteram o funcionamento do programa de navegação (*browser*) da vítima. Quando esta tenta acessar o *site* de um banco ou de outro fornecedor de produtos e serviços na *internet*, o navegador infectado a redireciona para o *site* falso, que apresenta as mesmas características gráficas do *site* verdadeiro, onde serão normalmente solicitados dados pessoais e financeiros, como o número, data de expiração e código de segurança do seu cartão de crédito, ou os números de agência e conta bancária e a senha do cartão do banco (MARTINS, 2008, p. 90).

Várias são as possibilidades de publicidade enganosa em meios virtuais. Contudo, o tipo da publicidade enganosa, se é específica da *internet* ou não, somente interessa quando para a obtenção da prova deste fato ilícito, porque o tratamento legal de publicidade enganosa em meios virtuais é o mesmo da publicidade enganosa convencional.

Na fase pré-contratual, há o perigo de o consumidor ser vítima de ardis que desrespeita o princípio de proteção, haja vista que esse princípio funciona nessa fase conforme explana Cordeiro *apud* Vargas:

O dever de proteção encontra-se em contínua extensão. Funciona antes mesmo do início das negociações formais. Bastando que as partes, ou mesmo uma delas – aquela responsável pela veiculação da publicidade – a tal se disponha, atingindo, em consequência, a possibilidade de efetuar o negócio (VARGAS, 2011, p.2).

Por isso, Martins entende que nessa fase cabe publicidade enganosa por omissão ou mesmo publicidade abusiva e também defende a responsabilização



objetiva do provedor de *internet*, não apenas do fornecedor direto, por permitir tal prática, conforme a seguinte citação:

O fundamento da responsabilidade do fornecedor, nestes moldes, situa-se na teoria da qualidade, a qual deve ser observada na prestação dos produtos e serviços, como verdadeiro dever que, uma vez descumprido, dará azo a efeitos contratuais (o inadimplemento obrigacional ou o ônus de suportar os efeitos da garantia por vício) e extracontratuais (a obrigação de substituir o bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual, bem como de reparar os danos pelo produto ou serviço defeituoso) (MARTINS, 2008, p. 107).

Deste modo, com a prova da propaganda enganosa, a responsabilização do fornecedor *strict sensu*, bem como a responsabilização do provedor como fornecedor, os meios de proteção encontram maior subsídio para sua eficácia. Vale ressaltar que gera outro problema: saber como realizar essa responsabilização de maneira consciente porque pode haver responsabilização sobre fatores que fogem da responsabilidade do provedor.

2 BASE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

As ações coletivas, *lato sensu*, encontram suas origens no sistema norte-americano, do mesmo modo que várias intervenções do *common law*, quase sempre sobre o poder dos tribunais superiores, como a eficácia das ações coletivas. Assim, para Costa:

A ação coletiva encontra suas origens no *Bill of Peace* do século XVII do sistema norte-americano que evoluiu para a *class action*, esta, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença em juízo, de um único expoente da classe (COSTA, 2012, p. 1).

Ainda, segundo Costa (2012, p. 2), o legislador brasileiro adaptou ao nosso sistema legal o que é *civil law*, sendo que a ação civil pública foi a primeira ação coletiva criada no Brasil.

Segundo Almeida (2009, p. 36), a expressão “ação civil pública” foi mencionada pela primeira vez, no art. 3º, inciso III, da Lei orgânica Nacional do



Ministério Público - Lei Complementar 40/81 porém, ela só foi consagrada quando houve a criação da Lei da Ação Civil Pública (LACP).

Scartezzini explana da seguinte maneira:

A legitimidade ativa, nos termos da lei, é concorrente e disjuntiva, abrangendo não só o Ministério Público como outras instituições públicas e privadas; Ao Ministério Público também incumbirá funcionar tão-somente como *custus legis*, ou encampar a ação em hipóteses de desistência ou abandono, como preceituam os §§ 1º e 3º do art. 5º do mencionado texto legal (SCARTEZZINI, 2003, p. 3).

A maior contribuição com ampliação do poder, para o instituto da ação civil pública, veio do Código de Defesa do Consumidor, através da Lei da Ação Civil Pública (LACP), ampliando a defesa de todos os direitos difusos e coletivos, ampliando o rol do art. 1º da Lei n. 7.347/85.

Faz-se necessário ressaltar a amplitude da ação civil pública, em especial a eficácia da coisa julgada, elencada no art. 16 da LACP e do art. 103, I, do Código de Processo Civil (CPC).

Quando há interesse difuso, segundo Almeida, “a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, ou seja, a todos alcançará em seus efeitos, inclusive a quem não for parte no processo” (ALMEIDA, 2009, p. 210), desde que julgada procedente, bem como “nenhum outro legitimado poderá intentar nova ação sobre o mesmo fato, com o mesmo pedido e causa de pedir” (ALMEIDA, 2009, p.210).

Sobre a eficácia, Mazzilli explana que será também do local do dano, mas esta não ficará limitada a um determinado território fixo, haja vista que a competência é absoluta e não é territorial ou relativa (MAZZILLI, 2004, p. 269).

Assim, onde houver o dano pode ser proposta a ação e, se julgada procedente, a eficácia da ação vale para onde houver o dano posteriormente, carretando em agilidade processual no combate aos danos em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Segundo Costa:

É necessária uma nova mentalidade, uma nova consciência de cidadania e de direitos que cada um tem e deve preservar. Com o amadurecimento dessa ideia e do conhecimento que nossa legislação já prevê instrumentos adequados, como a ação civil pública, para a sua defesa é que conseguiremos um país melhor, com igualdade de oportunidade, com respeito ao próximo e melhor qualidade de vida para todos (COSTA, 2012, p. 19).



Assim sendo, deve-se mudar a mentalidade da população, no sentido de ampliar a consciência sobre o poder de pressão popular, especialmente sobre os órgãos legitimados para propor esse tipo de ação coletiva, a ação civil pública, de modo a utilizar melhor os instrumentos para melhor defender os interesses da sociedade.

3 AS TUTELAS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Haja vista a eficácia a existência de publicidade enganosa nos meios eletrônicos e, por se tratar de direito difuso do consumidor, pode ser aplicada a Ação Civil Pública. Neste diapasão, esse capítulo possui a finalidade de demonstrar a proteção abrangida pela Ação Civil Pública com suas tutelas, sendo dividida entre tutela inibitória e tutela indenizatória, conforme se segue.

3.1 Tutela Inibitória

Busca-se, no combate contra propaganda enganosa, inibir seu cometimento, seja para que não se repita, ou para cessar ato ilícito continuado, bem como evitar que aconteça em caso de grande probabilidade, ou seja, a tutela inibitória não se foca no dano ocorrido e sim de proteção a dano futuro.

Neste diapasão, a evolução no entendimento que possibilitou a tutela inibitória ocorrer quando se separou a “proteção em face do ato ilícito”, da “proteção contra o dano”. De fato, a tutela inibitória de ato ilícito é muito recente, conforme alega Kern (2012, p. 1) de que, antigamente, a proteção era voltada ao dano e não ao ato ilícito em si, o que tutelava a reparação do ilícito e não o seu combate preventivo.

Importante frisar que da evolução do direito surgiu a necessidade imprescindível das tutelas específicas, em especial da tutela inibitória, conforme explana Dinamarco *apud* Maltinti:

A imprescindibilidade da tutela inibitória é o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados de forma preventiva e genérica, especialmente em razão do advento de novas situações jurídicas proporcionadas pelo desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da microeletrônica, em especial pela Internet, impossíveis de serem disciplinadas pelo ordenamento jurídico. O processo deve adaptar-se a



esses “novos direitos”, a fim de oferecer formas de tutela adequadas às novas situações reais, na busca da chamada “efetividade do processo (MALTINTI, 2008, p.185).

Desta maneira, conforme a tutela inibitória se consolida em juízo, a doutrina amplia a teorização sobre esse assunto, o que é muito natural.

Vale ressaltar o principal fundamento da tutela inibitória para Marinoni (2004, p. 2), não perder a eficácia das normas de direitos fundamentais, pois com o ressarcimento somente haveria proteção após o ato ilícito, e há bens cujo ressarcimento é impossível. Neste sentido, não precisa haver probabilidade de dano no caso de exclusivamente se utilizar dessa tutela, haja vista que é bastante “a simples probabilidade de ilícito (ato contrário ao direito)” (MARINONI, 2012, p. 4).

A razão é, ainda segundo Marinoni, “imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil” (2012, p. 4). Assim sendo, importante esclarecer que sequer há necessidade de dano, ou receio de dano futuro, para a inibição de ilícito, basta receio comprovado de que o cometimento do ato ilícito tende a acontecer.

O anúncio enganoso (compreendendo marketing, publicidade e propaganda, quando enganosos) não precisa ter como consequência o dano, pois ele já é um ato ilícito em si. Segundo Nunes, “é de anotar que para a aferição de enganiosidade não é necessário que o consumidor seja aquele real, concretamente considerado; basta que seja potencial, abstrato” (NUNES, 2005, p. 469). Ainda, destaca o autor (NUNES, 2005, p. 469) que o anúncio é enganoso antes mesmo de atingir qualquer, basta ter sido veiculado.

Por isso, nos meios virtuais, precisamente na *internet*, alguns anúncios são facilmente identificados como enganosos, como o caso da maioria dos *spams*. Contudo, dentre outras maneiras de se encontrar anúncio enganoso, alguns sites aparentemente confiáveis podem esconder anúncios perfeitos de produtos inexistentes, ou esconder informações essenciais que só podem ser descobertas adquirindo tal produto/serviço.

De qualquer maneira, a publicidade enganosa continua sendo identificada mais frequentemente após vinculação do anúncio, ou seja, quando o ato ilícito já está consumado, mesmo que pessoa alguma tenha adquirido tal produto/serviço, seja em meio virtual ou não.



Em que pese o ato ilícito se dê com a simples disponibilização do anúncio ao público, a constatação de ilegalidade tende a ser mais difícil que a de um anúncio claramente ilícito (como a de um *spam* que promete coisas impossíveis). A lógica é que quanto mais tempo o anúncio estiver disponível, maior o dano em potencial, por isso deve ser cessado urgentemente graças a essa tutela. Logo, sem a tutela inibitória frente publicidade enganosa nos meios virtuais, perder-se-ia muito da eficácia para defesa do consumidor nesse tipo de lide.

3.2 Tutela Indenizatória

Normalmente, o ato ilícito também causa danos, sejam patrimoniais ou morais. Neste caso cabe indenização. Vale lembrar que raramente pode-se conceder em juízo a inibição de ato ilícito antes de causar dano, ou mesmo haver ato ilícito sem dano. Assim, não seria cabível a tutela indenizatória.

Portanto, de acordo com Lemos (2009, p. 17) o Código do Consumidor superou essa divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual decorrente de responsabilidade civil, haja vista que estendeu o conceito de consumidor a todas as vítimas do acidente de consumo, perfazendo a responsabilidade civil do fornecedor sempre presente, havendo ou não negócio firmado.

Importante ressaltar a responsabilidade do agente, em especial a responsabilidade por ato ilícito, que é o caso da responsabilidade do fornecedor. Por isso Calixto, *apud* Lemos, discorre “ao lado da responsabilidade por ato ilícito há a responsabilidade que decorre de imposição legal como no caso do dever de indenizar quando a simples atividade do agente for capaz de gerar dano, responsabilidade objetiva” (LEMOS, 2009, p. 17).

Exemplo de responsabilidade objetiva é aquela entre o fornecedor de produto com defeito, em que havendo ou não culpa do fornecedor quanto ao defeito, este responde por que auferiu lucro com a venda do produto, ou seja, é um dos riscos do negócio.

Em que pese os danos possam ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, esses requisitos aplicam-se para configuração do dano indenizável, de modo que não basta qualquer dano, ou mesmo argumentos sem devida comprovação para efetiva



indenização. Assim, os requisitos são “violação de interesse jurídico protegido”, “certeza”, “subsistência” e “imediatez”.

Mais uma vez, para responsabilidade civil em tutela indenizatória, e deve ser constatado o valor da indenização de acordo com vários critérios. Por isso, para Martins (2008, p. 44), englobando a indenização ao dano em meios virtuais, demonstra que ainda há um vácuo na regulamentação:

A ausência de uma regulação, tratando-se de relações de consumo cuja insegurança e risco avultam, num meio eletrônico reconhecidamente passível de violação, por meio de uma rede aberta, como a internet, agrava o quadro da vulnerabilidade do consumidor, tido como a mais fraca das partes envolvidas. Diante disso não pode ser recusada aplicação às normas da Lei 8.078/90, erigidas ao *status* de garantia constitucional e princípio geral da ordem econômica, respectivamente, na forma dos arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República (MARTINS, 2008, p. 44).

Esse vácuo, para Martins (2008, p. 50), decorre naturalmente de uma evolução para uma tutela baseada no dano imaterial, mais próximo do ato ilícito que do dano material, caindo em desuso a culpa e o nexo. Contudo, Martins (2008, p. 57) se mostra contraditório porque admite que apesar da necessidade de regulamentação ao dano ressarcível, acredita que deve ser evitado alargamento excessivo dessa noção de dano ressarcível.

A mesma ideia de evitar o alargamento do dano ressarcível está em Moraes *apud* Costa, que ironiza:

O alargamento da noção de dano ressarcível, todavia, veio ocorrendo de maneira avassaladora. Com efeito, fala-se hoje em dano ao projeto de vida, dano por nascimento indesejado, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de morte em agonia, dano de brincadeiras cruéis, dano de descumprimento dos deveres conjugais, dano por abandono afetivo e assim por diante. O aumento desordenado de novas espécies de dano fez surgir o temor, antecipado por Rodotà, de que a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência (COSTA, 2009, p.6 grifo nosso).

Por isso, a fim de evitar o alargamento excessivo do dano ressarcível, no caso dos meios virtuais, antes da responsabilização indevida de provedores a condenações indenizatórias, deve-se fazer uma análise casuística para aplicação da ocorrência de responsabilidade do provedor.



Ressalta-se que estão surgindo mecanismos virtuais também para defesa dos direitos. Um dos dispositivos apontados por Martins (2008, p. 264) é o rastreamento (*traçabilité*) abordado pela doutrina francesa. Ainda, Martins alega “permite-se, por consequência, a exclusão de certo número de intervenientes da cadeia de produção, desde que seja possível imputar com precisão o dano a um ou alguns deles” (MARTINS, 2008, p. 265).

Ainda, no caso do *linker*, responsável pelo *link* – atalho, caminho, ligação entre páginas na internet - fica bem claro a necessidade de se analisar cada caso antes da responsabilização dele, se havia ou não consentimento sobre atos ilícitos, pois nem sempre o *linker* é o editor do conteúdo a ser acessado pelo atalho.

Outrossim, não menos importante, deve-se avaliar que, em caso de procedência da indenização em face de publicidade enganosa em tutela coletiva, quem recebe a indenização de interesses coletivos *lato sensu*, primeiramente, é o Fundo de Direitos Difusos (FDD).

Diferente do caso de ação individual, onde quem receberá a indenização em procedência do pedido é a pessoa, parte autora. Contudo, em caso de ação coletiva *lato sensu*, não havia estipulação legal de como se dar a tutela indenizatória antes do Fundo de Direitos Difusos (FDD).

Segundo MATOS, “uma das questões levantadas a respeito da indenização por dano moral difuso seria a destinação adequada ao produto eventual de tal condenação” (MATOS, 2010, p. 11). Ainda, segundo Mazzilli *apud* Matos “esse problema da destinação do produto da condenação, foi por muito tempo um dos maiores obstáculos ao surgimento do processo coletivo” (MATOS, 2010, p. 11), de modo que a criação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, pela Lei nº. 7.347/85, posteriormente regularizado pelo decreto Decreto nº 1.306/, veio a sanar este obstáculo.

Ainda, tal decreto estabelece a importância do Ministério Público para gerir este fundo. Assim, no artigo 13 dele consta “de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados” e o decreto dá destaque a reparação dos danos causados ao consumidor e a outros interesses difusos e coletivos.

Deste modo, para Matos, “se o produto da indenização se referir a danos indivisíveis irá para tal fundo em que este empregará o dinheiro de maneira bastante



flexível, em proveito do bem lesado para uma reconstituição” (MATOS, 2010, p. 11). Assim, no caso de publicidade enganosa, direito difuso, a indenização será direcionada ao Fundo de Direitos Difusos.

Ulhoa explana sobre o dano em publicidade enganosa no sentido em que “A simples utilização da publicidade enganosa presume, *juris et de jure*, o prejuízo difuso. O erro real consumado é um mero exaurimento que é irrelevante para a caracterização da enganiosidade” (ULHOA, 2003, p. 1). Deste modo, reitera-se a informação de que está caracterizado o prejuízo difuso passível de ser combatido com o uso de ação civil pública.

Ainda, para Ulhoa:

Assim, a publicidade que desrespeite a imposição legal de correção e for enganosa, fere o interesse de toda a coletividade de pessoas a ela expostas, determináveis ou não, e que são equiparadas ao conceito de consumidor nos termos do Art. 29 (ULHOA, 2003, p. 1).

Vale ressaltar que, mesmo havendo condenação indenizatória em ação civil pública, ainda pode haver o direito daquele que move ação individual requerer indenização, comprovando-se dano maior que o simples prejuízo pela existência do ato ilícito de publicidade enganosa.

Portanto, o FDD é muito importante a restituição dos danos, mas deve-se levar em consideração o direito a outros pedidos individuais, movidos por ações individuais, para que haja indenização à pessoa, ressarcindo de fato o dano causado individualmente.

4 A DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO CONTRA PUBLICIDADE ENGANOSA EM MEIOS VIRTUAIS

Primeiramente, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), há presunção de hipossuficiência do consumidor em comparação com o fornecedor, e essa presunção de hipossuficiência norteia os processos judiciais consumeristas. Outro fato, é que o CDC também possui uma parte de direito coletivo, que é base para as ações coletivas *lato sensu* de todas as matérias, não somente de direito do consumidor.



Contudo, tanto a parte processual quanto material de defesa do consumidor está contida no CPC, quando não está em leis extravagantes, o que gera certa dificuldade na tutela do consumidor em juízo, se comparado a outros diplomas jurídicos. Confusão feita principalmente na escolha entre ação coletiva *lato sensu* ou ação individual. Dada a importância para diferenciar processo coletivo de individual, alguns doutrinadores, a exemplo de Grinover *apud* Cerqueira (2009) chegam a utilizar a expressão Direito Processual Coletivo.

Para Mancuso (2007, p. 2), há conflitos doutrinários a respeito de interesses “pseudocoletivos” que não merecem ação coletiva *lato sensu* por não portarem os requisitos necessários. Sendo conflitos como “a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, e ainda a formulação de uma pretensão propícia a uma tutela judicial de eficácia expandida” (MANCUSO, 2007, p. 2).

Mazzilli, ainda, trata da imutabilidade das sentenças de ações coletivas baseadas em direitos difusos:

A sentença transitada em julgado será imutável *erga omnes*, exceto se a improcedência decorrer de falta de provas, caso em que outra ação poderá ser proposta com nova prova. Em hipótese alguma a coisa julgada prejudicará interesses individuais diferenciados, nem mesmo em caso de improcedência por motivo outro que não a falta de provas (MAZZILLI, 2004, p. 559).

Nota-se, que Mazzilli (2004, p. 559) afirma que em caso algum a sentença de ação civil pública prejudicará a proposição de ações individuais, haja vista que possui efeito *in utilibus*, ou seja, só há interferência se houver procedência no pedido.

Caso o requerente de medida individual não tenha pedido a suspensão do processo devido ao julgamento de ação coletiva *lato sensu*, não poderá beneficiar-se do resultado favorável dessa ação em seu processo. Ainda, Mancuso expõe em alguns itens, as relações entre tutela individual e coletiva do consumidor no CDC:

- a) Admite expressamente que a tutela judicial do consumidor pode ser pleiteada em nível individual ou coletivo (art. 81, caput);
- b) Prioriza o ressarcimento aos prejuízos individualmente sofridos, no cotejo com o ressarcimento pelo dano coletivamente causado (art.99, parágrafo único);
- c) Estabelece que a coisa julgada formada nas ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, quando a decisão tenha sido favorável aos consumidores, pode estender-se – portanto *in utilibus* – às ações por



- danos individualmente sofridos (art. 81 e incisos, c/c os arts. 103, §§ 3º e 4º, e 104);
- d) Dispõe que, na hipótese de improcedência da ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, não haverá óbice processual a que sejam intentadas ações individuais por parte daqueles que não tenham integrado aquela ação coletiva (art. 103, §2º)
(...)
- e) Institui um microssistema processual coletivo, voltado à tutela do consumidor, quando, de um lado, coloca o CPC e a Lei n. 7.347/85 como fontes supletivas (art.90) e, de outro, quando estende à Lei n. 7.347/85, no cabível, o sistema processual constante no Título III do CDC (art. 117, que acrescenta um artigo -- 21º -- àquela lei); enfim, quando enseja a tutela judicial de todo o universo dos interesses metaindividuais, na medida em que torna judicializável “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 110, que acrescenta um inciso – IV – ao art. 1º da Lei n. 7.347/85) (MANCUSO, 2007, p. 4).

Vale ressaltar, parafraseando Mancuso (2007, p. 4), conforme item “b”, que há prioridade do ressarcimento aos prejuízos individualmente sofridos em comparação com o ressarcimento pelo dano causado coletivamente.

Ainda parafraseado Mancuso (2007, p. 4), de acordo com os itens “c”, “d” e “f”, há mecanismos que justificam as ações coletivas, como a utilização da coisa julgada somente quando a decisão tenha sido favorável aos consumidores, ou seja, em caso de improcedência de ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos não haverá óbice processual que sejam intentadas ações individuais por parte daqueles que não tenham integrado tal ação, bem como enseja a tutela judicial de todo o universo dos interesses metaindividuais.

Além disso, devido a diferença no objeto, a afirmação de que não cabe litispendência de ação coletiva *lato sensu* para direitos difusos de ação individual é incontestável.

Contudo, o mais importante é a relação entre a tutela coletiva e a individual, para que não haja prejuízo com a mesma causa de pedir e partes. Assim, nesse quesito, o CDC já esclareceu como proceder, especialmente, quando trata da eficácia da coisa julgada em processo coletivo na ação individual, como foi demonstrado.

Ainda, Mazzilli explana que do contrário feriria o princípio constitucional.

Assim, pouco importa se a sentença proferida na ação coletiva se fundamentou na inoccorrência do evento danoso ou em autoria diversa: a imutabilidade do *desisum* não prejudicará os lesados individuais que não tenham intervindo no processo coletivo, porque, caso fosse o contrário, os lesados individuais teriam visto formar-se contra eles coisa julgada, sem



que tivessem tido acesso à jurisdição, o que o sistema constitucional não admitiria (MAZZILLI, 2004, p. 564).

Portanto, a tutela indenizatória do consumidor em face de publicidade enganosa pode ser proposta por ação coletiva, haja vista que irá ao Fundo de Direitos Difusos, e ainda assim, ser buscada por ação individual em qualquer local do país aproveitando a coisa julgada do processo coletivo, resultando em economia processual e melhor satisfação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propaganda enganosa, quando ocorre, afeta todos os que se depararem com o anúncio, logo, não há como precisar quantos foram, nem individualizá-los, trata-se de um interesse transindividual difuso que pode ser pleiteado por um órgão legitimado que representa a coletividade.

De fato, a *internet* permite um campo novo para cometimento de atos ilícitos, mas, a inibição judicial de publicidade enganosa por decisão de ação civil pública nos meios virtuais tem-se mostrado eficaz. Ocorre que a popularização da *internet*, historicamente falando, é recente, bem como o surgimento da ação civil pública. Assim, a atuação do instituto jurídico é eficaz e pode ser encarada como positiva, mesmo com a falta de regulamentação jurídica sobre esse ato nos meios virtuais.

A principal inovação da Ação Civil Pública é a tutela inibitória. Mas a inibição nem sempre é suficiente, haja vista que pode haver dano já consumado. Por isso, além de inibir o ato ilícito, faz-se necessário ressarcir os lesados pelos danos já constituídos, utilizando-se da tutela ressarcitória.

Deste modo, a ação civil pública também pode indenizar, para ressarcir o dano. A tutela indenizatória é baseada na responsabilidade civil e o fornecedor deve ressarcir mesmo sem culpa, haja vista que a responsabilização dele decorre dos riscos do negócio, ou seja, responsabilidade objetiva.

O dano, seja o patrimonial ou não-patrimonial, quando é de fato decorrente na *internet*, pode-se averiguar a culpa do provedor, que facilitou ao consumidor o acesso a tal anúncio ilícito. Ainda, importante ressaltar que não há consenso doutrinário sobre o fato de haver ou não responsabilidade objetiva do fornecedor,



sendo que alguns afirmam que falta regramento legal para responsabilidade civil nesse meio.

Com o aumento de decisões em ação civil pública, a busca da indenização individual fica mais fácil, pois basta invocar a coisa julgada da ação civil pública e demonstrar que houve ato ilícito em local diverso e que merece proteção, ou fato diverso que se beneficia da sua coisa julgada.

Em que pese ser o legitimado mais atuante para tutela dos direitos difusos (como combate à publicidade enganosa) o Ministério Público sozinho não é suficiente para defesa contra todos os casos de publicidade enganosa. Assim, para que a ação civil pública fique mais popular, poder-se-ia incentivar que as associações legitimadas ajuízem mais ações civis públicas, bem como a maneira de divulgação do resultado seja mais ampla, de modo que um maior número de pessoas possam se beneficiar do resultado quando favorável.

No caso do combate à publicidade enganosa, especialmente nos meios virtuais em que há muita agilidade na propagação, a união das vítimas consegue um resultado muito melhor do que pleitear individualmente a inibição da publicidade enganosa.

Entretanto, no campo da responsabilidade dos intermediários nos meios virtuais, entre eles os provedores, há amplo debate acerca da responsabilidade objetiva ou não, e defende-se a análise casuística. Porém, ainda não foi firmado em ordenamento jurídico.

Infelizmente, basta uma consulta simples na jurisprudência pátria para se perceber há muito mais ações individuais contra publicidade enganosa do que ações coletivas ou mesmo ações individuais se utilizando da coisa julgada em ação coletiva, em especial ação civil pública, mesmo tratando-se de direito difuso, ou seja, tutelado por ação civil pública.

Ainda, como a ação civil pública em direitos difusos não identifica o lesado, a indenização não vai diretamente a ele, e sim ao Fundo dos Direitos Difusos, que patrocina vários projetos para a prevenção contra vários atos ilícitos, inclusive, para investir na prevenção de atos contra o consumidor, bem como informá-lo de seus direitos.

Além disso, não ocorre litispendência porque o objeto das duas é diferente. O ideal, portanto, é o ajuizamento individual ao mesmo tempo do pedido a um dos



legitimados para propor ação civil pública. Assim, reitera-se a informação de que apenas pedindo suspensão do processo e informando a existência de ação civil pública ao juízo da ação individual, pode-se utilizar da coisa julgada da ação civil pública na ação individual.

Vale ressaltar, que no ordenamento jurídico, os dispositivos para combater a propaganda enganosa e a propaganda enganosa em meios virtuais ainda são os mesmos, de modo que o foco do artigo não pode se limitar aos meios virtuais, por sua necessidade de abrangência.

Portanto, a pesquisa que buscava respostas sobre a eficácia do combate à publicidade enganosa em meios virtuais encontrou resposta semelhante ao combate da publicidade enganosa em meios convencionais, com exceção do campo da tutela indenizatória, em que há divergência doutrinária a respeito da responsabilidade objetiva dos intermediários, como o provedor.

Infelizmente, a pesquisa concluiu o raciocínio anterior de que a sociedade subutiliza a ação civil pública nesse tipo de dano, perdendo muito no combate a publicidade enganosa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 7 mai. 2012.

BRASIL, **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 7 mai. 2012.

CERQUEIRA, Marcelo malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. Biblioteca Digital Revista Brasileira de direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, abr./jun. 2009. Disponível em:
<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=57972>>. Acesso em: 23 jul. 2009.



CONAR, **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/html/codigos/indexcodigoseanexo.htm>>. Acesso em: 7 mai. 2012.

COSTA, Mônica Barroso. **A Ação Civil Pública na Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceacon/doutrina/a_acao_civil_publica_defesa_consumidor.pdf> Acesso em: 04 mai.2012.

COSTA, Sandro José de Oliveira. **A responsabilidade civil sob a ótica do Direito Civil-Constitucional**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <https://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6669>. Acesso em : 26 jul.2013.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Noções introdutórias aos delitos informáticos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6325>. Acesso 26 jul.2013.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: RT, 2012.

KERN, Ricardo Alessandro. **A tutela inibitória do ilícito: apontamentos doutrinários**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21025>>. Acesso em: 7 mai. 2012.

LEMOS, Paula. **Ato Ilícito e Reparação por Dano**. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo1.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do Consumidor em Juízo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5041>>. Acesso em: 07 mai. 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 20. Vol 78. Abril/junho. 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet**. São Paulo: RT, 2008.

MATOS, Kise de Noronha. **Dano Moral no Direito Difuso**. Disponível em: <http://ensaiojuridico.unipam.edu.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8%3Aensaio-juridico-n-1-ano-1-out-2010&catid=1&Itemid=6> Acesso em: 07.mai. 2012



MALTINTI, Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/09_238.pdf. Acesso em: 26 jul. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos Interesses difusos e coletivos**. 4 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

MENDES, Thays Cristina Ferreira. **A ação civil pública e a tutela aos interesses difusos e coletivos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11023>>. Acesso em: 19 set. 2011.

MILAGRE, José Antonio. **Falsa identidade e traição pela Internet**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2228, 7 ago. 2009 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13287>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei sobre a tipificação de delitos informáticos: até que enfim um diploma legal necessário**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12622>. Acesso em: 26 jul. 2013.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCARTEZZINI, Ana Maria. **A ação Civil Pública**. IN: Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública. WALD, Arnaldo (org). São Paulo: Saraiva, 2003.

ULHOA, Daniel da Silva. **A publicidade enganosa via Internet**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3796>>. Acesso em: 19 set. 2011.

VARGAS, Amanda Cruz. **As fases da responsabilidade contratual e suas implicações nas relações consumeristas fomentadas pela publicidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9443>. Acesso em: 26 jul. 2013.

