

A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA E SUAS RESPECTIVAS SANÇÕES NO BRASIL

MISLEADING AND ABUSIVE PUBLICITY AND ITS RESPECTIVE SANCTIONS IN BRAZIL

Nayara Costa Franco⁸⁸
Reynaldo Irapuã Camargo Mello⁸⁹

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo conceituar acerca da publicidade enganosa e abusiva, assim como suas respectivas sanções no Brasil. O método utilizado na escrita deste artigo foi o bibliográfico, o qual reuniu todos os dados e informações pertinentes ao tema, para servir de base para a construção da investigação proposta neste artigo. Através dela, foi possível perceber que a propaganda enganosa ou abusiva é vedada e combatida através do Código de Defesa do Consumidor, o qual penaliza quem a pratica através do pagamento de indenização. A importância do tema se justifica pois em um país onde há forte capitalismo, existem diversos mecanismos de vendas, e um deles é a propaganda. O problema envolvido no tema é a confusão entre propaganda abusiva e enganosa, sendo a abusiva uma modalidade desconhecida por muitos consumidores.

Palavras-chave: Publicidade enganosa. Código de Defesa do Consumidor. Dever de Informar. Publicidade.

ABSTRACT

This paper aims to conceptualize about misleading and abusive advertising, as well as their respective sanctions in Brazil. The method used in the writing of this article was the bibliographic, which brought together all the data and information relevant to the topic, to serve as a basis for the construction of the research proposed in this article. Through it, it was possible to realize that misleading or abusive advertising is prohibited and combated through the Consumer Protection Code, which penalizes anyone who practices by paying compensation. The importance of the theme is justified because in a country where there is strong capitalism, there are several sales mechanisms, one of which is advertising. The problem involved in the theme is the confusion between abusive and deceptive advertising, with abuse being a modality unknown to many consumers.

Keywords: Misleading advertising. Consumer Protection Code. Duty to Inform. Publicity.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a tutela dos direitos dos consumidores, bem como da publicidade enganosa. Tal tema é de extrema relevância, visto que as relações de

⁸⁸ Discente do curso de Direito da Faculdade Quirinópolis. E-mail: nayara---costa1@hotmail.com

⁸⁹ (Orientador) Docente do curso de Direito da Faculdade Quirinópolis. E-mail: rcamargomello@gmail.com

consumo fazem parte da rotina do ser humano e, para que se mantenha um contato saudável com o fornecedor, o consumidor precisa ter seus direitos respeitados.

É por isso que este trabalho realizará um estudo profundo a respeito da tutela do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conceituado publicidade e propaganda, e mostrando qual é abordada pela legislação específica. Demonstrará, ainda, os modos de publicidade lícitas e ilícitas, assim como seu objeto jurídico tutelado e quem são os titulares dos direitos tutelados e os responsáveis pelos danos, inclusive, da espécie de responsabilidade e penalidades cabíveis.

No primeiro tópico, será descrito o histórico do tema, com o relato de como surgiu a necessidade de se criar leis e direitos que amparam o consumidor. Será possível perceber como e quando as relações consumeristas se iniciaram e se, desde os tempos antigos, já existiam práticas abusivas praticadas pelos fornecedores.

Já no segundo tópico, será feita uma abordagem a respeito dos princípios abalizadores do direito do consumidor, pois são de suma importância para a proteção das relações de consumo. Eles não são apenas princípios que orientam o aplicador da lei, mas sim, um padrão de comportamento a ser seguido pelas partes.

Ainda no mesmo tópico, serão relacionadas a propaganda e a relação de consumo, trazendo a noção de que são diretamente ligadas, pois fazem com que o consumidor chegue até o fornecedor, acreditando na promessa a qual aquela propaganda demonstra.

Adiante, serão passados os conceitos de propaganda enganosa e abusiva, pois as duas possuem suas particularidades e tratam de situações diferentes. É importante diferenciá-las, já que muitos consumidores desconhecem a existência da segunda modalidade, qual seja, a abusiva.

Por fim, no último tópico, que tratará de como foi realizado o presente artigo, bem como transcreverá a teoria geral acerca do presente tema. É de suma relevância conhecer as proteções do consumidor, pois, como dito alhures, as relações consumeristas sempre farão parte da vida do ser humano.

Com a abordagem do presente artigo, será possível perceber que, caso o fornecedor de algum produto ou serviço publicar qualquer informação que seja em discordância com a realidade, será obrigado a reparar o dano.

Isto porque, é cediço que a propaganda enganosa ou abusiva é vedada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e é vista como um ilícito civil e penal, desencadeando ao causador do dano a obrigação de reparação ao consumidor e também

ao cumprimento da responsabilidade criminal que estiver ligada aos fatos na prática da publicidade abusiva ou enganosa.

1 HISTORIOGRAFIA DO TEMA

Tendo em mente que uma relação de consumo trabalha com pessoas, é aguardada a existência de opiniões divergentes. Sendo assim, para que esta relação fosse cabível, foi preciso a criação, mesmo que primitiva e indiretamente, de regras e normas (ALMEIDA NETO, 2010).

Para entender como o Direito do Consumidor foi criado, é importante estudar como aconteceu a Revolução Industrial, já que antes dela a produção era limitada, por ser artesanal e destinada ao núcleo familiar, assim como para uma pequena quantidade de pessoas (ALMEIDA NETO, 2010).

Com a revolução supracitada, esse modo de produção mudou, aumentando a capacidade produtiva do ser humano, através do uso de máquinas. O fabricante que antes tinha controle de todo o processo de produção até a venda, passa a perder o domínio do número de confecção diante da grande produção e distribuição de produtos (ALMEIDA NETO, 2010).

Com isso, o comerciante perde o controle de sua capacidade produtiva e o consumidor passa a receber os produtos em pacotes lacrados, impossibilitando a verificação de sua compra (ALMEIDA NETO, 2010).

Além disso, com o aumento da confecção em massa, os defeitos de fábrica nos produtos começam a aparecer com mais frequência, fato que não acontecia quando a produção era manual (ALMEIDA NETO, 2010).

Diante disso, várias pessoas começaram a sofrer danos consumeristas, surgindo a necessidade de criar leis para os consumidores, conforme aponta Azevedo:

Assim, surgiu nos ordenamentos jurídicos nacionais uma inquietação acerca do estabelecimento de uma tutela das necessidades e interesses dos consumidores. Esse fato ocorreu na segunda metade do século XX, através das mudanças acontecidas no sistema capitalista de produção de bens e serviços (AZEVEDO, 2009, p. 34).

Portanto, é perceptível que o Direito do Consumidor é matéria recente na ciência jurídica, pois surgiu na década de sessenta, junto com o movimento consumerista norte-americano (ALMEIDA NETO, 2010).

Nas palavras de Azevedo:

O início do Direito do Consumidor está ligado, então, à necessidade de se ajustar as desproporções presentes na sociedade de produção e consumo massificados. Por consequência, o sistema de produção em série possui base na planificação dessa fabricação pelos fornecedores, fato que faz com que essas pessoas sejam consideradas mais fortes se comparadas aos consumidores, já que, além do poder econômico, possuem ainda as informações acerca dos bens que comercializam e produzem (AZEVEDO, 2009, p. 35).

Assim, surgiu o pensamento de que o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo. Nessa linha de raciocínio, tem-se a decisão exarada por Eros Grau: “A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais” (ALMEIDA NETO, 2010).

De acordo com o entendimento mencionado anteriormente, é possível absorver um dos fundamentos base do Direito do Consumidor, qual seja, a fragilidade do consumidor nas relações de consumo (ALMEIDA NETO, 2010).

Neste sentido Azevedo (2009, p. 35), aponta que “de direito do cotidiano, por ser uma relação que surge do dia a dia, o Direito do Consumidor passou a ter relevância e se tornar um instrumento para a efetivação de uma ideia de justiça”.

E diante dessa relevância em comento, é importante esclarecer que o Estado possui papel importante para garantir a aplicação do Direito do Consumidor, pois é necessária sua intervenção no mercado para fins de equilibrar as relações de consumo, protegendo os sujeitos mais vulneráveis (ALMEIDA NETO, 2010).

Alguns autores consideram que o Código de Hammurabi já descrevia certas regras que tinham como objetivo resguardar o consumidor. Como exemplo, tem-se a Lei nº 233, que previa que o arquiteto que porventura construísse uma casa com paredes deficientes, era obrigado a fazê-las novamente com seu próprio dinheiro. Ainda no mesmo Código, na Lei nº 235, o construtor de barcos era obrigado a refazê-lo se existisse nele algum problema estrutural, no prazo de 1 (um) ano (ALMEIDA NETO, 2010).

Porém, o Código em comento somente lembra indiretamente o Direito do Consumidor, pois as penas para aqueles que descumprissem suas determinações são desproporcionais aos paradigmas da sociedade atual (ALMEIDA NETO, 2010).

Isto porque, quando ocorria algum desabamento com vítimas fatais, o empreiteiro da obra era condenado a restituir os danos causados ao empreitado, bem como era punido com a morte, se o chefe da família falecesse em decorrência do

desabamento. Ademais, se o filho do dono da obra fosse a vítima, a pena de morte era decretada ao filho do empreiteiro, e assim sucessivamente (ALMEIDA NETO, 2010).

Além do Código de Hammurabi, há rastros de Direito do Consumidor na Índia, em meados do Século XIII A.C., por conta do Código de Manu, que previa na Lei nº 697 e 698 multa e punição, mais restituição de danos aos que adulterassem gênero ou vendessem objeto de qualidade inferior à comprada, ou entregassem bens com valor diferente do real preço (ALMEIDA NETO, 2010).

Em face disso, é notória a importância da defesa aos consumidores desde à antiguidade, quando não existia nenhuma noção do tamanho da dimensão desses direitos, assim como o seu valor nas relações civis (ALMEIDA NETO, 2010).

Conforme Flávio Barbosa Quinaud Pedron, os consumidores já encontravam defesa para seus problemas na Mesopotâmia:

Os interesses dos consumidores já estavam resguardados na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia do Século XVIII a.C., onde o Código de Massú previa pena de multa e punição, além de ressarcimento de danos, aos que adulterassem gêneros ("lei" 967) ou entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou, ainda, vendessem bens de igual natureza por preços diferentes ("lei" 968). (PEDRON, 2000, s.p.)

No Clássico, o vendedor respondia pelos vícios do bem, a não ser que tais defeitos fossem por ele desprezados. Contudo, no Período Justiniano, a responsabilidade era dada ao vendedor, mesmo que não tivesse ciência do vício. As ações redibitórias e quanti minoris eram instrumentos que, baseadas na boa-fé do consumidor, restituíam ele nos casos de vícios ocultos no objeto vendido. Caso o vendedor soubesse do vício, precisaria, então, restituir o que recebeu, em dobro. (PEDRON, 1996).

Pedron ainda data o surgimento das legislações referentes ao tema na Suécia e Estados Unidos:

Na Suécia, a primeira legislação protetora do consumidor foi em 1910. Já nos EUA, em 1914, criou-se a Federal Trade Commission, que tinha o objetivo de aplicar a lei antitruste e proteger os interesses do consumidor. Também nos EUA, em 1773, em seu período de colônia, o episódio contra o imposto do chá no porto de Boston (Boston Tea Party) é um registro de uma 12 manifestação de reação dos consumidores contra as exigências exorbitantes do produtor inglês. (PEDRON, 1996, s.p.).

No que se refere à Revolução americana de 1776, Pedron sustenta ter sido um embate consumerista.

Acerca do tema, Miriam Almeida de Souza pondera:

Contra o sistema mercantilista de comércio britânico colonial da época, no qual os consumidores americanos eram obrigados a comprar produtos manufaturados na Inglaterra, pelos tipos e preços estabelecidos pela metrópole, que exercia o seu monopólio. [...] Samuel Adams, uma figura marcante no episódio do chá no porto de Boston, que, já em 1785 na República, reforçou as seculares "assizes" (Leis do Pão), da antiga metrópole, apontando sua assinatura na lei que proibia qualquer adulteração de alimentos no estado de Massachusetts (SOUZA, 1996, p. 51).

É importante grifar que o Direito do Consumidor possui grande relevância, pois precisa ser entendida partindo do pressuposto de que existe uma supremacia sem antecedentes e incontestável do alicerce econômico ante marxista e, por consequência, torna-se coerente a intromissão estatal com o objetivo primordial de proteger o equilíbrio das relações de consumo. (ALMEIDA NETO, 2010).

Por fim, é possível entender que a relevância do Direito do Consumidor como integrante dos ordenamentos jurídicos nacionais, assim como dos acordos internacionais assinados entre nações desenvolvidas e as chamadas "em desenvolvimento", precisam ser percebidas a partir da realidade de um predomínio inquestionável do sistema econômico capitalista, e por esse motivo, da necessária intromissão estatal no mercado, para fins de retificar a desproporção vivente nas relações de consumo com a proteção dos sujeitos mais frágeis (ALMEIDA NETO, 2010).

Nesse pensamento, Azevedo aponta que: Quirinópolis

Em suma, o direito do consumidor é uma ferramenta necessária à proteção das mais legítimas necessidades da pessoa humana que, inserida no contexto de uma civilização pós-moderna, exerce cotidianamente o papel de consumidora (adquirente, usuária) dos produtos e serviços no mercado globalizado (AZEVEDO, 2009, p. 35).

Por todo o exposto, forçoso é convir que o Direito do Consumidor não trata apenas de simples direitos renunciáveis, mas sim, de direitos atinentes à aquelas pessoas que podem ser chamadas de consumidores e que possuem direitos indisponíveis, os quais, mesmo não solicitados, não podem ser desistidos (ALMEIDA NETO, 2010).

1 REVISÃO DE LITERATURA

1.1 Os princípios abalizadores do direito do consumidor

É de conhecimento notório que as normas jurídicas são divididas em duas categorias básicas, sendo estas: princípios (normas-princípio) e regras (normas-regras) (GUGLINSKI, 2012).

As regras têm um grande nível de concretude, já que regularizam situações concretas, delimitando condutas e determinando sanções. Existindo regras conflitantes, uma anula a outra (GUGLINSKI, 2012).

Já os princípios são compostos por um alto nível de abstração e alta carga qualitativa, direcionando todo o sistema jurídico. Em sua aplicação, havendo divergência entre dois princípios, um preponderará sobre o outro, sem, contudo, anulá-lo (GUGLINSKI, 2012).

O Código de Defesa do Consumidor, irrompendo as clássicas codificações em que predominava a utilização do sistema de regras, ou seja, aquele sistema em que o legislador previa todas as circunstâncias oportunas de acontecer em uma sociedade, condicionando-as em regras específicas, seguiu um sistema de cláusulas abertas, em que predominam os princípios. Por tal motivo, o Código de Defesa do Consumidor é chamado de principiológico (GUGLINSKI, 2012).

Desta maneira, como é um código de princípios, vários deles oferecem proteção e defesa ao consumidor, sendo estes:

Princípio da prevenção: tal princípio está implícito no Código de Defesa do Consumidor, possuindo o objetivo de proteger o consumidor dos danos desconhecidos atinentes a serviços e produtos inseridos no mercado de consumo. Não pode ser misturado com a prevenção, pois este é meio de proteção de riscos conhecidos. A exemplo de uso do princípio da prevenção pode-se mencionar o controle da entrega de alimentos transgênicos, já que a ciência ainda não conhece todas as consequências das categorias alimentícias geneticamente modificadas para a saúde humana. (GUGLINSKI, 2012).

Princípio da dimensão coletiva: este princípio preza pela proteção da coletividade, e entende que, mesmo passando por cima de um interesse individual, o interesse coletivo precisa sobressair. A dimensão coletiva envolvendo direitos do consumidor tende a ser claramente percebida pelo sistema de defesa coletiva do consumidor, por meio de regras específicas expressas no Título III do Código de 14 defesa

do consumidor, apontando como verdadeiro Códex das ações coletivas. O princípio mencionado alhures é inclusive o norteador do art. 4º do CDC e das figuras nele expostas (GUGLINSKI, 2012).

Princípio da boa-fé: o princípio mencionado alhures traz a noção de que dentro de uma relação de consumo, as partes precisam agir com solidariedade, probidade, cooperação e lealdade ao fechar um negócio, de maneira a manter a igualdade nesse tipo de relação.

Tal princípio está explanado no art. 4º, III, do CDC, in verbis:

Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, a respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1991).

Boa-fé objetiva: apenas com a leitura do dispositivo legal supratranscrito, percebe-se que o intuito inicial do legislador foi equilibrar os interesses dos fornecedores com os dos consumidores, tendo em vista que o equilíbrio e a harmonia são qualidades indispensáveis para que se tenha a tão aguardada justiça (GUGLINSKI, 2012).

A boa-fé objetiva na lei consumerista é uma cláusula geral, regra padrão de comportamento, assim como é um princípio que preenche as lacunas da lei, pois possui valor maior que a norma. Sendo assim, a sua inobservância consegue colocar qualquer relação de consumo em jogo (GUGLINSKI, 2012).

É no terreno dos contratos que se torna ainda mais fácil o uso desse princípio, já que a disposição geral de boa-fé foi adotada implicitamente pelo Código do Consumidor, devendo reputar-se incluída e existente em todas as relações jurídicas de consumo, mesmo que não inserida de maneira expressa nos contratos de consumo (GUGLINSKI, 2012). Nessa continuidade, vale aqui transcrever o art. 51, inciso IV da Carta Legal acima especificada, que diz in verbis:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: "IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" (BRASIL, 1991).

De acordo com os autores do anteprojeto do código, é o Magistrado que averigua a presença de boa-fé no fechamento de um negócio jurídico, no desígnio de reconhecer se determinada cláusula contratual é ou não válida ante o instrumento mais acima transcrito (GUGLINSKI, 2012).

No que se alude à equidade, esta constitui mandamento de julgamento somente nos casos prescritos em lei. Dessa forma, nesses casos o juiz não julgará com base na equidade, no entanto, observará o que está de congruência com a equidade e a boa-fé (GUGLINSKI, 2012).

Parte fascinante localizada no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, profundamente relacionada ao princípio aqui estudado, diz aspecto ao direito à informação previsto no artigo 6º, inciso III do documento legal acima indicado.

Nesse intuito, ensina Tereza Negreiros (1998) que “o mais típico dever acessório derivado do princípio da boa-fé é o dever de informar”. Isto se verifica, pois em uma relação de consumo não apenas a obrigação essencial é instrumento de tutela, mas efetivamente o interesse absoluto, ou seja, ao conseguir um produto ou serviço o consumidor possui o direito de acesso a todas as informações a respeito do que está adquirindo (GUGLINSKI, 2012).

Princípio da proteção: implícito no artigo 6º do Código de defesa do consumidor, o princípio da proteção consagra o resguardo básico aos patrimônios jurídicos mais notáveis, a saber: a) Incolumidade física (Refere-se ao direito à vida, à saúde e segurança do consumidor diante aos perigos oferecidos por produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos); b) Incolumidade psíquica (Fala sobre à liberdade de escolha e equivalência nas contratações); c) Incolumidade econômica (Relaciona-se aos perigos de violação econômica afetos a valor, qualidades dos produtos e serviços, condutas abusivas, etc.) (GUGLINSKI, 2012).

Princípio da confiança: realça a legítima esperança dos consumidores, uma vez que ninguém contrata acreditando que será ofendido, ou seja, o consumidor contrata acreditando que o negócio será bem acontecido, e que o parceiro contratual 16 agirá com integridade durante a consumação da contratação. Precisa ser largamente verificado nos contratos de consumo (GUGLINSKI, 2012).

Princípio da transparência: o princípio da transparência precisa ser praticado no tempo da formação do elo contratual, de modo a advertir o consumidor sobre os perigos do negócio, para que o consumidor aja conscientemente (GUGLINSKI, 2012).

1.2 A publicidade e a relação de consumo.

Não existiria publicidade se não houvesse sociedade de consumo, surgindo a necessidade do regramento pelo direito para que se tenha perspectiva de proteção ao consumidor na relação de consumo, sendo este a parte mais vulnerável. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 240).

A publicidade e propaganda não são sinônimos, embora seja utilizada como tal pelo mercado e até mesmo por juristas, a publicidade tem o cunho comercial, sendo este para anúncios de produtos ou serviços para o consumo.

Sendo que a propaganda por sua vez visa a um fim ideológico, religioso, político, econômico ou social. A publicidade além de ter de ser paga identifica seu patrocinador o que nem sempre ocorre com a propaganda. A propaganda eleitoral, campanhas de conscientização contra acidentes, e contra doenças bem como o chamamento da população para vacinação são bons exemplos do emprego correto do termo propaganda.

O fornecedor não tem o dever de anunciar seus produtos e serviços, sendo totalmente facultativo a publicação ou veiculação de publicidade, o que este fornecedor é estritamente obrigado a fazer e tem o dever de fazer é informar corretamente ao consumidor quanto ao seu produto ou serviço por qualquer forma de ou meio de comunicação, informações claras, corretas e precisas sobre suas qualidades, características, preços sem que esteja nada escondido e que possa surpreender o consumidor de alguma maneira. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 241).

1.2.1 A Publicidade abusiva

O código nos traz através do art. 37 § 2º um conceito que possa deixar mais claro, quanto a publicidade abusiva, trazendo a ideia de exploração ou opressão do consumidor tratando-se da concorrência desleal, também uma publicidade discriminatória, que incite a violência, o medo e a superstição, uma publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência de criança ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua segurança ou a sua saúde, complementando também com o art. 39 elencando alguma das práticas abusivas.

1.2.2 A Publicidade Enganosa

Porém o que esse trabalho trata é o objetivo enganoso da propaganda, expressamente no Art. 37, do Código de Defesa do Consumidor, tornando-se proibida toda

e qualquer publicidade abusiva, podendo ser aplicado ainda as sanções penais impostas nos artigos 66 e 67 do Código de Defesa do Consumidor incluindo tanto quem patrocina a oferta quanto quem faz ou promove a publicidade, que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva. (BRASIL, 1991)

Conforme o art. 37, § 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, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (BRASIL,1991).

A caracterização da publicidade enganosa será a capacidade de induzir o consumidor ao erro a respeito de qualquer que seja a informação que esteja sendo veiculada através da publicidade de produtos ou serviços. (FILHO, 2011. p.135).

A informação enganosa que o fornecedor veicula tendo ou não o dolo o responsabiliza solidariamente pelos danos causados ao consumidor seja ele materiais, morais ou ambas as situações conjuntamente se constatada a publicidade enganosa.

A publicidade enganosa por omissão pode acontecer e são muito frequentes os casos, este vício ocorre quando se falta informações essenciais sobre os produtos ou serviços, ou seja, de que a publicidade deixou de dar ao consumidor informação essencial para que pudesse escolher conscientemente entre consumir ou não o produto. O caso concreto é exemplo de publicidade enganosa por omissão pois suprime algumas informações essenciais sobre o produto (preço e forma de pagamento), as quais somente serão conhecidas pelo consumidor mediante o ônus de uma ligação tarifada, mesmo que a compra não venha a ser concretizada” justificou o Ministro Humberto Martins. (COELHO, 2016).

Neste caso caracteriza a publicidade enganosa por omissão do dever de prestar informações, nos termos do art. 37 §3º do Código de Defesa do Consumidor. (NETTO, 2015 p. 302/303).

2.3 Práticas abusivas

Analisaremos algumas das práticas abusivas para que este trabalho não se torne um comentário do próprio código de defesa do consumidor (CDC).

Práticas abusivas são ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo. São práticas que no exercício da atividade empresarial, excedem os limites dos bons costumes comerciais e principalmente da boa-fé, pelo que caracterizam o abuso do direito, considerado ilícito pelo art. 187 do código civil. (FILHO, 2011. p 149).

Através do art. 39 do CDC, em treze incisos nos mostra de modo exemplificativo alguns comportamentos tidos como abusivos, tais práticas atuam na fase pré-contratual, assim tendo a oportunidade agora de serem analisadas.

Em seu inciso I trata-se de condicionar um produto a fornecimento de outro, a famosa venda casada, o código de defesa do consumidor não admite este tipo de prática. (LEITE, 2016).

Prevê o inciso II, a recusa de atendimento pelo fornecedor, este inciso impõe ao fornecedor concluir um negócio jurídico com o consumidor se este tiver o produto em estoque, não podendo arbitrariamente escolher consumidor para fornecer o produto ou serviço.

O inciso III nos traz informações quanto aos produtos enviados sem solicitação previa, sendo muito comum esta prática, como sendo o mais comum entre eles é o envio de cartão de crédito para consumidores que não os solicitou. (FILHO, 2011 p.149/150).

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor.

Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p.266).

A norma preocupada com as circunstâncias da contratação, diz ser prática abusiva aquela que o fornecedor, de modo abusivo se vale das vulnerabilidades específicas do consumidor. (NETTO, 2015, p 318)

Sabemos que a boa-fé objetiva traz efeitos antes durante e depois da conclusão do contrato tendo efeitos pré-contratual e pós-contratuais, valendo também como práticas abusivas. (NETTO, 2015, p 315)

Na fase de formação do contrato, podem também ocorrer práticas abusivas, esta regra está contida no art. 51 IV CDC porém a abusividade é encontrada em contrato já existente, sendo esta cláusula contratual nula.

Não está o fornecedor obrigado, entretanto a aceitar nenhuma outra forma de pagamento que não seja a vista. A lei fala em mediante pronto pagamento. Constitui faculdade exclusiva do fornecedor a aceitação de cartão de crédito, cheque e outras formas de pagamento. (FILHO, 2011 p. 167).

No caso de uma recusa do cheque como forma de pagamento, não se caracteriza como prática abusiva, hoje este recurso está entrando em desuso no mercado pela praticidade de outros recursos como forma de pagamento até mais eficiente como cartão de crédito ou débito, e também por se ter um risco muito grande e um histórico muito mal visto quanto ao cheque de este estar sem fundos. (FILHO, 2011.p 167).

2 TEORIA GERAL

O presente trabalho é uma pesquisa teórica, que teve como auxílio principal referências bibliográficas, com a utilização de livros e artigos publicados acerca do tema.

A pesquisa bibliográfica foi utilizada em todas as etapas do presente trabalho, com o fito de encontrar os dados e informações que serviram de base para a elaboração da investigação proposta após a delimitação do tema.

Definida a temática ora abordada, a pesquisa bibliográfica limitou-se ao tema que foi escolhido, e serviu como meio de aprofundamento no assunto. Assim, além de servir como forma de observar o histórico sobre o objeto de estudo, a pesquisa bibliográfica auxiliou a visar respostas e sanar contradições antes encontradas sobre perguntas feitas.

Houve também a checagem de trabalhos publicados envolvendo problemática semelhante, e se valia a pena repetir a investigação. Com a pesquisa bibliográfica, foi possível verificar qual a melhor metodologia a ser usada para redigir o trabalho.

O levantamento bibliográfico se deu baseando-se em livros, artigos, documentos monográficos, periódicos (jornais, revistas, etc.), textos disponíveis em sites confiáveis, e outros locais que apresentam um conteúdo documentado.

Depois da seleção do referido material, todos foram lidos, interpretados e analisados, com a devida anotação e fichamento das partes e conteúdo mais relevantes, para serem usados como referência no trabalho.

Não foram feitas pesquisas experimentais, nem estudo de campo ou estudo de caso, porquanto o foco do trabalho foi a teoria do tema, seu conceito e seus métodos de aplicação. Através disso, foi possível chegar ao conceito de publicidade e propaganda.

Com o passar das gerações a publicidade assim como propaganda passaram por evoluções marcadas por fundamentações e características diferenciadas. Verifica-se desde os primórdios a necessidade de divulgação de ideias ou até mesmo correntes filosóficas. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

O mundo hoje, é voltado para a tecnologia, o capitalismo está em constante expansão, o consumo vem se tornando exacerbado, a vontade de aquisição por produtos novos e cada vez mais sofisticados está proporcionando para ocorrer uma maior utilização da publicidade. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020) Cria-se então a necessidade de fundamentação assim como proteção jurídica.

É mister destacar que os termos publicidade e propaganda, frequentemente vem sendo tratados como sinônimos. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Tal afirmativa é errônea, ambos os institutos são únicos em seus conceitos e finalidade, não sendo correto trata-los como um só. A propaganda refere-se propagação de ideias, enquanto a publicidade visa atrair o público consumidor, incitando o gosto por tal, assim como tornar pública a qualidade do produto. Vê-se que a publicidade é ligada sobre tudo a técnica. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Os conceitos de publicidade advêm do latim “publicus”, traduzido, este termo significa tomar algo público (fato, ideia ou coisa). O Código de Defesa do Consumidor aborda o referido tema de forma específica em sua Seção III, Capítulo V, porém, não a conceitua. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Logo, encontra-se uma conceituação mais branda em doutrinas, sendo plausível afirmar que alguns doutrinadores a tratam de uma forma divergente. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Para Cláudia Lima Marques (1999) publicidade nada mais é do que “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.

De uma forma mais sucinta pode-se dizer que publicidade se retrata ao marketing o meio de comunicação que leva o consumidor a comprar determinada “coisa”. Quando começa a ocorrer a comunicação. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Já a origem da propaganda é extraída do termo em latim “propaganda”, ou seja, semear ideias sendo necessário que tais ideias se vinculam em um cunho político, civil ou religioso, visando a mudança de opinião dos sujeitos. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

É notável o fortalecimento do consumismo, onde cria-se a situação favorável ao aparecimento da publicidade. Verifica-se que as relações entre o público e a publicidade nem sempre é clara, ocorrendo então a publicidade enganosa. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Para tratar de tais conflitos entre os sujeitos dessas relações, os princípios são as ferramentas de tutela, visando impedir a publicidade enganosa ao levar o consumidor a erro. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

O princípio da identificação da publicidade é salvaguardado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, dispondo no artigo 36, caput “a publicidade deve ser identificada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Entende-se que este princípio preza a segurança do consumidor. Outro princípio que rege a publicidade é o princípio da publicidade veraz também chamado de princípio da veracidade especial ou da veracidade da publicidade. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Este é um dos princípios mais antigos neste meio de informações, no qual regula a não propagação da propaganda enganosa baseando-se no artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, vedando o consumidor a erro. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Vale ressaltar o princípio da não-abusividade da publicidade intrinsecamente ligado ao princípio da veracidade da publicidade. Uma vez que ele estabelece a extinção da abusividade das publicidades. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Partindo para a análise do princípio da vinculação contratual da publicidade encontra-se proteção no artigo 30, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ligado com o direito civil vê-se aqui uma fase pré-contratual, ou seja, como sustenta a professora Claudia Lima Marques:

Assim, aceita a proposta feita através da publicidade, o conteúdo da publicidade passará a integrar o contrato firmado com o consumidor, como se fosse uma cláusula extra, não escrita, mas cujo cumprimento poderá ser exigido, mesmo de maneira litigiosa frente ao Judiciário.” (MARQUES, 1999, s.p.).

Já o princípio da transparência da fundamentação assegura a prestação de informações, assim como termos ligados a ciência, ao fato e a técnica.

Sendo uma forma de controle e da publicidade no qual visa a proteção do sujeito com a falta de informações de seu fornecedor, garantido ao consumidor acesso a tais dados. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Dentre outros princípios é plausível o conhecimento referente ao princípio da boa-fé objetiva, este não é específico no âmbito publicitário, porém está contido no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. (DOMINGUES; SANTOS; AGUIAR; BERTUSSO, 2020)

Assim, é notório que tais direitos é uma garantia sendo um meio “intimo” entre ambos os sujeitos. Além disso, a publicidade enganosa induz o consumidor a erro e afeta os valores sociais, atingindo um plano não regular, a moral, bem como os bons costumes.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, foi possível perceber que as relações de consumo sempre estiveram presentes na vida em sociedade. Antigamente, como demonstrado, o consumidor era vulnerável em relação ao fornecedor, surgindo a necessidade da criação de um código que o protegesse.

Atualmente, um dos problemas que o consumidor enfrenta, mas que encontra amparo no Código de Defesa do Consumidor, é a publicidade enganosa ou abusiva. Foi feita a relação entre a publicidade e os negócios de consumo, e demonstrado que estas estão inteiramente ligados.

Através dos conceitos descritos no presente artigo, percebeu-se que é enganosa qualquer comunicação de caráter publicitário, ou modalidade de informação, completa ou parcialmente falsa, ou qualquer outro tipo, que traz alguma omissão, plausível de induzir o consumidor a erro, acerca das características, da natureza, da quantidade, da qualidade, das propriedades, do preço e origem, ou até mesmo qualquer outro dado não mencionado, a respeito de um produto ou serviço.

Ou seja, se acontecer de um fornecedor mentir ou omitir, mesmo que seja de modo parcial, acerca de algum produto ou serviço, que leve o consumidor a acreditar que está adquirindo algo, mas na verdade trata-se de coisa totalmente diferente da publicada, terá amparo do Código do Consumidor.

Ainda nos conceitos passados sobre propaganda, tem-se, também, a considerada abusiva, a qual trata daquelas publicidades em que a natureza é discriminatória, bem como aquelas que incita a violência.

Além disso, a propaganda abusiva é aquela que a superstição ou o medo, bem como se aproveita da experiência da criança ou de sua deficiência de julgamento. Ademais, é considerada abusiva aquela publicidade que desrespeita valores ambientais ou que é capaz de induzir o consumidor a se portar de maneira perigosa a sua própria saúde ou segurança, ou seja, se forma prejudicial.

Portanto, é visível que o consumidor não pode ser induzido a erro pelo fornecedor, não apenas na relação de aquisição de um produto ou serviço, mas sim, na parte publicitária, a respeito do que está sendo divulgado.

O produto entregue ao consumidor precisa estar totalmente acordante com as informações que saem da fábrica e chegam nas distribuidoras, para não comprometer a saúde e o bem-estar dele.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. 2010. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17500>. Acesso em: 06 set. 2020.

AZEVEDO, Fernando Costa de. **A relação de consumo como conceito jurídico fundamental no direito brasileiro do consumidor**. Temas de Direito do Consumidor. Pelotas, Delfos, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman v; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2012.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

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/L8078compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COELHO, Ednalva. **Publicidade enganosa por omissão. Anuncio em TV a cabo deve informar preço e forma de pagamento**. Portal JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://ednalvacoelho.jusbrasil.com.br/noticias/295306660/publicidade-enganosa-por-omissao>. Acesso em: 10 out. 2020.

DOMINGUES, Aline Francielle; SANTOS, Jéssica Escobar dos Santos; AGUIAR, Larissa Soares; BERTUSSO, Magna. **A publicidade enganosa á luz do código de defesa do consumidor.** S. Ano. Disponível em: https://www.univel.br/sites/default/files/conteúdo-relacionado/2_a_publicidade_enganosa_a_luz_do_codigo_de_defesa_do_consumidor.pdf. Acesso em: 7 set. 2020.

GUGLINSKI, Vitor. **Princípios norteadores do direito do consumidor.** 2012. Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/121936231/principios-norteadores-do-direito-do-consumidor>. Acesso em: 15 out. 2020.

LEITE, Fernanda. **Cinema do Pantanal Shopping é interditado por “venda casada”.** Jornal Gazeta Digital. Cuiabá, 2016. Disponível em: <https://www.reportermt.com.br/geral/policia-fecha-cinema-apos-constatar-venda-casada-e-produtos-vencidos/53686>. Acesso em: 10 out. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. **Evolução histórica do Direito do Consumidor.** JusNavigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/687>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SOUZA, Miriam de Almeida. **A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado.** Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

Enviado em: 15/04/2021.

Artigo pré-aprovado nas bancas de defesa FAQUI 2020/2.

RECIFAQUI
Revista Científica da Faculdade Quirinópolis