



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A publicidade abusiva e enganosa frente à liberdade de expressão e à livre iniciativa

Diana Georges Freiha

Rio de Janeiro
2014

DIANA GEORGES FREIHA

A publicidade abusiva e enganosa frente à liberdade de expressão e à livre iniciativa

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À LIVRE INICIATIVA

Diana Georges Freiha

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Servidora Pública Federal

Resumo: Tanto o direito à publicidade quanto o direito à livre expressão e à livre iniciativa são assegurados na Magna Carta, portanto, deverão ser respeitados por todos os cidadãos. Entretanto, estes institutos devem ser aplicados de forma a melhor atender aos anseios do consumidor hipossuficiente, respeitando, deste modo, os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, princípios estes basilares em uma relação de consumo. O objetivo deste trabalho é fazer uma análise sobre o direito à publicidade, tecendo críticas à publicidade enganosa e abusiva, uma vez que esta faz incidir o vulnerável em erro, incentivando-o a adquirir um produto ou serviço destituído de qualidades que o consumidor entenda presente.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Relações de consumo. Direito à publicidade. Princípio da Liberdade de expressão. Princípio à livre iniciativa. Vulnerabilidade do consumidor.

Sumário: Introdução. 1. A publicidade enganosa e a publicidade abusiva diante da Constituição e da norma infraconstitucional. 2. O Direito à publicidade e à livre iniciativa encontra limites diante dos princípios insculpidos na Constituição. 3. A vinculação contratual da publicidade. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O princípio da publicidade tem por finalidade dar ampla divulgação das qualidades do produto ou serviço, a fim de possibilitar ao consumidor a ciência de suas especificidades.

O presente trabalho objetiva a reflexão sobre a importância da publicidade dentro de uma sociedade em que a liberdade de expressão e da livre iniciativa são assegurados como

direitos fundamentais a todo cidadão, desde que esta divulgação seja feita de forma consciente e transparente, impedindo, dessa forma, que o consumidor incida em erro. Consigne-se, ainda, que havendo conflito de direitos fundamentais, caberá ao intérprete a ponderação dos interesses envolvidos de forma a melhor atender aos anseios da sociedade.

Busca-se despertar a atenção para o aumento da publicidade abusiva e enganosa que visam ludibriar o consumidor vulnerável, atentando, assim, contra os princípios norteadores de uma relação de consumo, que é o da boa-fé objetiva e o da transparência.

Para isto, será necessária a análise dos fundamentos principiológicos que norteiam um contrato de consumo, como a função social do contrato e a segurança jurídica que deve ser observada tanto no momento de elaboração quanto durante a vigência do contrato.

Durante o desenvolvimento do trabalho, será utilizado como parâmetro o Código de Defesa do Consumidor. Partindo de tal premissa, primeiramente, seria traçar as diretrizes básicas para logo após verificar a possibilidade de sua aplicação nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

O trabalho procura trazer à tona a discussão de que mesmo sendo respaldado pelo princípio da liberdade de expressão e da livre iniciativa, o princípio da publicidade sofre limitação diante dos princípios da informação e da boa fé, princípios estes que devem nortear toda relação consumerista a fim de proteger o consumidor, parte mais vulnerável da relação. O objeto desse estudo leva em consideração o elevado número de casos de publicidade enganosa e abusiva.

Nesse diapasão, verifica-se que todas as práticas adotadas pelo fornecedor na fase pré-contratual, vale mencionar a oferta, vinculam o fornecedor, inclusive responsabilizando-o em caso de descumprimento.

Por isso, o presente estudo procura trazer a discussão acerca do limite que deve ter uma propaganda diante do princípio do direito real à informação. Averbese-se que a publicidade

tem um papel fundamental na aquisição de um determinado produto ou serviço, pois faz nascer na mente do consumidor a ideia de necessidade de adquirir certo objeto revestido com aquelas características. E é por isso, que as empresas lançam mão de diversos artifícios que sirvam de chamariz viciando a vontade do consumidor.

Desta forma, a responsabilidade, decorrente do ato que vicia a vontade do consumidor, visa resguardar a boa fé entre os contratantes e a transparência ao se divulgar um determinado bem.

1. A PUBLICIDADE ENGANOSA E A PUBLICIDADE ABUSIVA DIANTE DA CONSTITUIÇÃO E DA NORMA INFRACONSTITUCIONAL

É indiscutível a influência da publicidade dentro de uma sociedade altamente consumerista, visto que independentemente da classe social a que o indivíduo pertença, será persuadido a consumir constantemente. É por esta razão que tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional traçaram formas de proteger o indivíduo vulnerável da publicidade enganosa e abusiva.

Entende-se por vulnerável, a parte mais fraca da relação consumerista, aquela que pode se sentir mais facilmente ofendida por desconhecer o processo produtivo. Pode-se mencionar três espécies de vulnerabilidade: a fática, a técnica e a jurídica.

A vulnerabilidade fática é fruto da evidente diferença da capacidade econômica entre consumidor e fornecedor ou produtores. Estes últimos controlam a geração de produtos e, portanto, possuem o domínio em uma relação consumerista. Já a vulnerabilidade técnica ocorre porque o consumidor, parte vulnerável, não detém conhecimentos técnicos suficientes para compreender o processo produtivo. Há, ainda, a vulnerabilidade jurídica ou científica que é a ausência de conhecimento sobre seus direitos.

Vale dizer que a existência de qualquer uma destas hipóteses faz surgir um consumidor desprotegido, capaz de ser induzido a adquirir um produto ou serviço que muitas das vezes não atende a sua real necessidade.

É importante ressaltar que o legislador buscou formas de delimitar a atuação de publicitários e de agências de publicidade ao divulgarem seus produtos e serviços. Essa delimitação visa proteger o consumidor vulnerável da atuação indiscriminada de propagandas que possam enganá-lo. É o que ocorre, por exemplo, quando uma agência elabora um anúncio publicitário, deve agir de boa-fé a fim de não enganar o consumidor, parte mais vulnerável da relação, que vai com ela contratar.

Assim bem leciona professor Cavalieri¹: “É a chamada boa fé objetiva que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo”

Percebe-se, portanto, que não existe a total garantia para a liberdade de criação e expressão em matéria publicitária, o publicitário deve agir com a máxima cautela de forma a não frustrar a expectativa do futuro adquirente do produto ou serviço. Como ensina com exatidão Rizzatto²:

[...] a liberdade de criação e expressão da publicidade está limitada à ética que dá sustentação à lei. Por isso, não só pode oferecer uma opinião (elemento subjetivo) como deve sempre falar e apresentar a verdade objetiva do produto e do serviço e suas maneiras de uso, consumo, sua limitação e seus riscos para o consumidor etc. Evidentemente, todas as frases, imagens, sons do anúncio publicitário sofrem a mesma limitação.

Retomando ao instituto da publicidade, foco do estudo, tem-se por publicidade, o veículo utilizado para atrair o consumidor a comprar o produto ou contratar o serviço.

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas S.A, 2008, p.31

² NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.558.

Conforme ensina Rizzato:³

A publicidade como meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor tem guarida constitucional, ingressando como princípio capaz de orientar a conduta do publicitário no que diz respeito aos limites da possibilidade de utilização desse instrumento.

É inegável a importância da publicidade na sociedade contemporânea. Além de fomentar a economia gerando mais postos de trabalho, incentiva a concorrência, permitindo que diferentes empresas lancem seus produtos com melhor qualidade e a preços mais acessíveis no mercado interno. O consumidor, por conseguinte se sentirá mais resguardado, pois terá em suas mãos a oportunidade de escolha dentre variados produtos e serviço. Isto fará, por conseguinte, que as empresas sejam obrigadas a fornecer produtos com qualidade e a preços mais justos para se adequar a livre concorrência e conseguir disputar espaço no mercado.

Com relação à publicidade enganosa, foco do presente estudo, esta encontra-se disposta nos § 1º e 3º art. 37 do Código de Defesa do Consumidor⁴.

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 artigo, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Vale dizer que a publicidade enganosa induz a erro o consumidor, pois permite que o mesmo contrate algo diferente de sua real vontade. Portanto, o produto ou serviço levará uma roupagem que faz o indivíduo acreditar que aquele objeto é a sua real necessidade, quando na verdade não o é.

³ Ibid., p. 558.

⁴BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

Como bem escreve Rizzato⁵:

Logo, o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou ainda a sua garantia etc. [...]

É mister destacar que para comprovar a existência de enganabilidade não é necessário que o consumidor seja o que concretamente incida no fato, é suficiente que se tenha como paradigma um consumidor modelo, apto a ser enganado, ou seja, não ter efetivamente a existência do caso concreto e sim a mera possibilidade de enganar o homem comum.

Como afirma professor Cavaliere⁶:

Cumpra ainda ressaltar que a publicidade, para ser considerada enganosa, não precisa efetivamente enganar o consumidor. O Código se satisfaz com o potencial de enganabilidade da publicidade. Em outras palavras, a enganabilidade é aferida in abstracto. O que importa é a capacidade de indução a erro de forma abstrata, difusa, indeterminada. A efetiva ocorrência do erro e o eventual prejuízo do consumidor serão mero exaurimento, com conseqüências próprias.

Vale transcrever o art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor⁷, que não conceituou publicidade abusiva, como se pode perceber, mas apenas exemplificou.

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

(...)

§2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Com precisão professor Rizzato⁸ diz:

A atividade publicitária e, claro, seu resultado – o anúncio- devem respeitar a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social, as instituições e os símbolos nacionais, as autoridades instituídas e o núcleo familiar.

Pode-se mencionar várias formas de ludibriar o consumidor, dentre elas: o chamariz, a informação distorcida e a ambigüidade.

⁵NUNES, op. cit., p.550.

⁶CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 119.

⁷BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

⁸NUNES, op. cit., p. 547.

Faz-se interessante destacar, ainda, a figura do “puffing” que nada mais é que um instituto tolerado na licença publicitária. Vale dizer que determinadas expressões que compõem a licença publicitária são permitidas desde que não ocasionem nenhum tipo de dano ao destinatário. Quando se diz, por exemplo, que este é o melhor lugar para se viver com a família. Certamente, neste tipo de publicidade, tal conteúdo não irá gerar na mente do destinatário que aquele lugar seja o melhor do mundo para se viver, claro está o exagero, que não permite que o consumidor incida em erro.

2. O DIREITO À PUBLICIDADE E À LIVRE INICIATIVA ENCONTRA LIMITES DIANTE DOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO

Primeiramente, faz-se importante destacar que os direitos e deveres individuais e coletivos não estão dispostos apenas no artigo 5º da CRFB/88, mas também estão espalhados por toda a Magna Carta, como também estão dispostos de maneira expressa ou por meio de princípios constitucionais.

Vale destacar que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, carregando, portanto, consigo todos os meios e elementos necessários para incidirem nas condutas dos indivíduos.

Com relação aos direitos fundamentais, estes são classificados em gerações ou dimensões de direitos. Para Pedro Lenza⁹, os de primeira geração dão destaque às liberdades individuais, ou seja, é a mudança de um Estado autoritário para um Estado de Direito. Já os da segunda geração são marcados pelos direitos sociais, culturais, dentre outros. Enquanto os de terceira geração dão destaque a uma ideia de homem incluído em uma sociedade solidária e

⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.958.

fraternalista. Já os da quarta geração são marcados pelo avanço na genética. Há, ainda, os direitos da quinta geração.

É importante enfatizar que o ordenamento jurídico é composto por normas que se integram de forma harmônica com o intuito de viabilizar a segurança jurídica. É por este e por outros motivos que quando o intérprete se depara com normas que aparentam estar em conflito, deve interpretá-las de forma a proporcionar a maior efetividade possível, sempre por meio de uma interpretação global. Pode se concluir, portanto, que esta é a função do princípio integrador constitucional: viabilizar a integração política e social das normas constitucionais.

É por isto que quando se está diante de colisão de direitos constitucionais, lança-se mão dos princípios constitucionais, como bem explica Barroso citando Daniel Sarmento ¹⁰:

A ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Relembre-se: as regras incidem sob a forma de “tudo ou nada” (Dworkin), ao passo que os princípios precisam ser sopesados.

Como características dos direitos fundamentais podem ser destacados: historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Como bem ensina Pedro Lenza ¹¹, a historicidade decorre do fato de que os direitos e garantias fundamentais têm cunho histórico; já a universalidade é porque é dirigida a todas as pessoas; quanto a concorrência é porque permite-se que sejam usadas de forma cumulativa, de maneira que não necessariamente uma exclua a outra; enquanto a irrenunciabilidade é porque está não pode ser renunciado.

¹⁰SARMENTO *apud* BARROSO, p. 68.

¹¹LENZA, *op. cit.*, p. 962.

Faz-se interessante destacar a limitabilidade que diz que nenhum direito fundamental é absoluto, ou seja, diante do conflito de interesses envolvidos, caberá ponderação de interesses, ou seja, nenhum direito fundamental é aplicado de forma ilimitada, de modo a prejudicar outro direito resguardado também em norma constitucional.

Dessa forma bem expõe Pedro Lenza ¹²:

A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição.

É por isso que quando se aplica determinado princípio, deve se ter em mente a ponderação de valores, quando estes apresentam aparente conflito. O aplicador do direito diante do caso concreto, analisa os fatores e faz a ponderação dos interesses envolvidos. Pode se depreender que o legislador buscará sempre a efetividade das normas, de forma a atingir a eficácia social do dispositivo jurídico.

Conforme ensina de forma precisa Pedro Lenza ¹³:

Nessa linha, poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (arts. 1º, IV e 170, caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art1º,III) de outro.

Pedro Lenza citando Daniel Sarmento discorre sobre a ponderação de interesses¹⁴:

Diante dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

Deve-se destacar que no convívio em sociedade, vislumbra-se a necessidade de se abrir mão de determinados direitos em prol da coletividade, e isto ocorre quando o indivíduo diante de um caso concreto, tem o dever de atender determinados deveres impostos a todos. Como, por exemplo, objeto do presente estudo, cite-se o dever de respeitar a vedação a

¹² Ibid., p. 962.

¹³ Ibid., p. 968.

¹⁴ SARMENTO *apud* LENZA, p. 969.

publicidade enganosa e abusiva diante da liberdade de expressão e da livre concorrência no mercado.

Constata-se, portanto, se por um lado, o cidadão possui o direito de se expressar livremente, direito fundamental insculpido na Constituição, da mesma forma tem o dever de respeitar os demais com quem convive, não os ludibriando com propagandas enganosas.

Percebe-se claramente a colisão de interesses, de um lado está assegurado ao produtor ou fornecedor a possibilidade de expor seu produto a fim de angariar compradores, do outro, tem-se o consumidor mais vulnerável, alheio aos modos de produção. Tem-se aqui o instituto da autonomia da vontade aliada à livre-iniciativa de um lado em confronto com a busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, que tem resguardo no princípio da boa fé objetiva e no princípio da transparência dos contratos.

Não se pode, logicamente, deixar de lado a importância da função social da propaganda como elemento fundamental gerador de opinião, uma vez que a propaganda além de exercer funções de cunho comercial, desempenha sem sombra de dúvida funções de caráter social e informativo no seio da sociedade contemporânea. Vale dizer, ainda, que contribui de forma incontestável com a liberdade de expressão, fazendo surgir na mente do consumidor a vontade de querer, induzindo, portanto, o consumidor a comprar o produto ou serviço por meio de instrumentos persuasivos de cunho publicitário.

Como bem ressalta Luís Roberto Barroso¹⁵:

Cabe, nesse passo, voltar a enfatizar a função social da propaganda. De fato, é pelo livre fluxo da comunicação comercial que se levam ao público consumidor dados sobre características dos produtos, os elementos que os diferenciam, as inovações introduzidas e, até mesmo, como no caso do cigarro, os riscos associados à sua utilização. Por tais peculiaridades, o direito à informação, compreendido na liberdade de anunciar, adquire uma dimensão transindividual e passa a representar uma garantia de todos os consumidores reais e potenciais.

É indiscutível que a propaganda serve como veículo de informação, em que o consumidor, parte mais vulnerável, toma ciência das funcionalidades de um certo bem ou

¹⁵ BARROSO, op. cit., p. 253.

serviço, e é por esta razão que a forma de divulgação deve se pautar pelo princípio da boa fé objetiva a fim de não enganar o consumidor sobre as reais características do produto.

Vale dizer que a publicidade pode ser restringida, mas não proibida. Como destaca Luís Roberto Barroso ¹⁶:

Por limitar direitos individuais e difusos constitucionalmente assegurados, a restrição à liberdade de expressão e ao direito de informação por via publicitária só pode ocorrer obedecidos os parâmetros delineados na própria Carta. (...)

Completa o professor Luis Roberto Barroso dizendo em sua obra ¹⁷:

Nada obstante o exposto até aqui, é importante assinalar que a Constituição assegura a publicidade, como direito subjetivo de empresários e consumidores. Assim, no mesmo passo que admitiu a restrição legal do direito (art.220, §4º)- até porque nenhum direito é absoluto- trouxe implícita a impossibilidade de seu banimento. A interpretação gramatical ou semântica se apresenta aqui como limite à atividade criadora do intérprete. As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob pena de perderem seu papel de transmissores de idéias e significados. (...)

Diante da premissa de que a liberdade de expressão e o direito à informação são direitos assegurados na Constituição, não podendo, como conseqüência lógica, serem banidos.

É o que se compreende da leitura atenta ao trecho do professor Luis Roberto Barroso ¹⁸:

De parte a liberdade de expressão e o direito à informação – que justificam, como visto, a impossibilidade de banir a propaganda- a garantia de veiculação de publicidade nos meios de comunicação dirigidos ao grande público visa também a preservar outros princípios constitucionais importantes: livre-iniciativa (art.1º, IV), a livre concorrência (art.170, IV) e a liberdade de empresa (art. 170, parágrafo único). Isto porque é através daqueles meios que os fabricantes têm acesso ao público em geral, a fim de divulgar as características de cada um de seus produtos, as inovações tecnológicas que neles se operam ou as vantagens em por eles se optar.

O professor Alexandre de Moraes fala com propriedade sobre o princípio da concordância prática ou da harmonização da forma ¹⁹:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização da forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios),

¹⁶ Ibid., p.255.

¹⁷ Ibid., p.259.

¹⁸ Ibid., p.263.

¹⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 3003, p. 61.

sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

3. A VINCULAÇÃO CONTRATUAL CONSUMERISTA

Faz-se mister destacar, primeiramente, o disposto no art. 421 do Código Civil²⁰ que diz: “ liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Como se observa o legislador permite que as partes contratem desde que observem os limites da função social que o contrato deve desempenhar no seio de uma sociedade mercantil.

Como se pode perceber, dentre as inúmeras funções de um contrato, tem-se em especial a função de permitir a circulação de riquezas. Entretanto, o legislador, preocupado com os inúmeros abusos contratuais, restringiu a aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade, com o objetivo de garantir um equilíbrio entre as partes contratantes, de forma a viabilizar a segurança nas relações sociais.

É importante destacar que o legislador objetivou coibir a onerosidade em excesso e o enriquecimento ilícito da parte mais forte da relação, retomando assim o equilíbrio contratual.

É o que se observa da leitura atenta ao artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor²¹ ao dizer:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos foram redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Verifica-se a busca de uma segurança jurídica à parte contratante mais vulnerável, uma vez que cláusulas não escritas ou incompreensíveis não vinculam o contratante.

²⁰BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

²¹BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

Tem-se como relação jurídica consumerista aquela que de um lado temos o consumidor, parte mais vulnerável da relação, e do outro, o fornecedor de produto ou serviço, parte que domina os modos de produção e que possui aptidão para controlar a economia de mercado. Deve-se atentar que toda relação consumerista deve ser norteadada pelos princípios insculpidos no código de defesa do consumidor.

Como bem explica o professor Cavalieri²²:

Outra relevante função dos princípios é a de condicionar a atividade do intérprete. Funcionam como grandes nortes, diretrizes magnas do sistema jurídico, fio condutor do intérprete, lente de exame de toda e qualquer questão submetida ao julgador.

Faz-se interessante averbar como princípios da relação consumerista: boa-fé, transparência, confiança, vulnerabilidade, equidade, segurança.

A boa fé objetiva é regra de conduta que deverá nortear o comportamento das partes, impondo que sigam condutas de honestidade tanto na fase pré-contratual como durante o contrato, e, ainda, pós-contrato. Visa-se, portanto, o equilíbrio entre os contratantes durante toda relação consumerista.

Vale mencionar que o código de defesa do consumidor se refere em dois momentos sobre a boa fé objetiva, ora no art. 4º, III e ora no art. 51, IV.

Conforme destaca em seus ensinamentos Rizzato²³:

Deste modo, quando se fala em boa fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir o respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre que atingir o fim colimado no contrato, realizando o interesse das partes.

Decorre daqui a ideia de que o fornecedor é obrigado a fornecer as informações de modo preciso, não podendo serem presenciadas falhas. É a partir disso que surge a ideia de vedação de publicidade enganosa, entendida como a que faz incidir o consumidor, parte mais vulnerável da relação, em erro.

²² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 27

²³ NUNES, op. cit., p. 181

O direito à informação adequada é um direito básico e princípio fundamental do consumidor. Este direito tem uma relação estreita com o princípio da transparência que resumidamente significa a oportunidade dada ao consumidor de ter plena ciência do conteúdo do contrato antes de estabelecer qualquer tipo de negócio. É por isto que caso não se tenha dado chance ao consumidor, este não estará obrigado ao contrato. Vale destacar que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, uma vez que não foi dada oportunidade ao hipossuficiente de debater os termos do contrato, viciando, conseqüentemente, o mesmo.

Ressalta em sua obra professor Cavalieri²⁴:

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o termo boa-fé passou a ser utilizado com uma nova e moderna significação, para indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica. É a chamada boa-fé objetiva que desvinculada das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo.

E, ainda, ensina com brilhantismo:

O Código de Defesa do Consumidor refere-se a essa função de controle de boa fé em seu art 51 IV, ao decretar a nulidade por abusividade, das cláusulas construtivas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. No mesmo sentido o código civil de 2002 em seu art.187, onde define o abuso do direito: Também comete ato ilícito o titular de um direito (qualquer direito subjetivo) que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Em sua função de controle, a boa-fé representa pois o padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para a convivência social; um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo; uma espécie de cinto de segurança de toda ordem jurídica. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é componente indispensável na vida de relação. Considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis.

A vulnerabilidade, que não admite que se faça prova em contrário, decorre do fato de que a parte não tem conhecimento de como se dá o andamento produtivo, é considerada como parte frágil da relação. Portanto, fica fácil para o produtor ludibriá-la com propagandas enganosas e abusivas.

²⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 31

Como bem ensina Cavalieri:²⁵

Nas relações de consumo, o sujeito que ostenta as supramencionadas qualidades é, inequivocadamente, o consumidor, já que, não detendo os mecanismos de controle do processo produtivo (produção, distribuição, comercialização), e dele participando apenas em sua última etapa (consumo), pode ser ofendido, ferido, lesado, em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral.

Outro princípio também muito importante é o da transparência, que vem a ser a idéia de algo claro, preciso, incapaz de fazer induzir de maneira desleal o consumidor final em erro, pois o contratante terá todas as informações necessárias sobre o conteúdo do contrato.

O princípio da transparência foi um divisor de águas, pois o que outrora era atribuição do consumidor buscar a informação para salvaguardar-se, a partir deste princípio, passa a ser da competência do fornecedor o dever de informar. Vale ressaltar, que o dever de informar não só está presente na fase pré-contratual como também deve persistir no decorrer do contrato privilegiando a boa fé objetiva dos contratantes.

Como bem explica professor Cavalieri²⁶:

Embora não previsto expressamente no CDC, o princípio da confiança é uma irradiação normativa da boa-fé e está intimamente ligado ao princípio da transparência. Confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente espera. Prestigia as legítimas expectativas do consumidor no contrato (...)

Vale ressaltar que nenhuma real vontade do consumidor constante no contrato pode ser violada, sob pena de afronta ao princípio da confiança. Entende-se por confiança a ideia de lealdade que deve estar presente em toda relação consumerista. Vigem as partes se pautam naquilo que está escrito e, por conseguinte, deve ser seguido e respeitado por quem opôs ciência e acordo.

O princípio da transparência tem estreita ligação com o da segurança jurídica. A ideia de que o fabricante ou fornecedor responde independentemente da ocorrência de culpa por defeitos de seus produtos está disposta no artigo abaixo. Visa-se com isso responsabilizar

²⁵ Ibid., p. 38

²⁶ Ibid., p.36

o produtor ou fornecedor quando há afronta ao bem jurídico. Evidente aqui a ideia de segurança jurídica nas relações.

É o que pode deprender da leitura do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor²⁷:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Assinala com precisão professor Cavalieri²⁸:

(...)

Em suma, para quem se propõe a fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, a lei impõe o dever de segurança; dever de fornecer produtos e serviços seguros, sob pena de responder independentemente de culpa (objetivamente) pelos danos que causar ao consumidor. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas de segurança. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado do consumo. Aí está, em nosso entender, o verdadeiro fundamento da responsabilidade do fornecedor.

Já o princípio da equidade permite a paridade na realização do contrato, objetivando coibir o desequilíbrio da relação consumerista e, portanto, o favorecimento de uma parte mais forte da relação jurídica, que é o fornecedor ou produtor.

É indiscutível que a publicidade desempenha um papel fundamental na fase pré-contratual, é por meio dela que se dá ciência ao consumidor sobre a característica e a qualidade do produto ou serviço. Vale mencionar que a mesma é fruto de uma sociedade organizada e industrializada que clama por produtos com boa qualidade conjugado com um preço mais em conta. Sem se esquecer, notoriamente, do objetivo de estreitar a relação entre consumidor e fornecedor.

Embora o objetivo da publicidade seja fomentar a compra, e não de informar sobre as características do produto, percebe-se, claramente, que o legislador se preocupou em vincular a informação à publicidade do produto. Portanto, o legislador buscou salvaguardar a

²⁷ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

²⁸ CAVALIERI FILHO, op cit., p.44

segurança jurídica nas relações consumeristas, vinculando a publicidade a partir da fase pré-contratual.

Vale transcrever o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor²⁹:

A publicidade deve ser veiculada de forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

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

Art.37, caput do CDC:

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

A publicidade faz nascer no consumidor a ideia de que irá adquirir um produto ou serviço com determinadas características. E, por isso, deve a expectativa ser resguardada em prol da segurança jurídica.

O art. 35 do Código de Defesa do Consumidor³⁰ é claro ao dispor:

Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I- Exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.

II- Aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente.

III- Rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Como se pode perceber o contrato vincula o fornecedor a entregar um produto ou serviço com as mesmas características que foram divulgadas. É por esta e outras razões que o contrato deve ser claro e transparente de modo a permitir a característica exata do produto ou serviço.

É importante destacar, ainda, que a oferta integra o contrato, fazendo com que o fornecedor se vincule ao que propôs, do contrário seria desleal oferecer certo produto com certas características, quando na verdade não atende ao que foi ofertado.

²⁹BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

³⁰BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.

É por isso que professor Cavaliere ensina:³¹

Por isso é recomendável guardar os anúncios, os prospectos de propaganda, e tudo mais que foi prometido pelo fornecedor para, eventualmente, ser utilizado como meio de prova em juízo, caso a oferta não venha a ser rigorosamente cumprida.

Faz-se importante tecer comentários sobre o contrato de adesão, contrato este em que não é dada a oportunidade ao consumidor de discutir ou modificar seu conteúdo. Frise-se que neste caso, o cuidado deve ser maior.

Conforme ensina Rizzatto³²:

Para o contrato de adesão ter validade, portanto, é necessário que as cláusulas limitadoras tenham destaque, vale dizer, que saltem aos olhos, em tipo maior que o normal, em negrito ET. (sem esquecer da obrigatoriedade imposta pelo § 3º de ostensividade e uso de linguagem legível).

Como se percebe, visa-se dar maior segurança ao contratante mais vulnerável na hora de realizar um contrato.

CONCLUSÃO

É notório que o Direito é uma ciência que evolui de forma a atender às necessidades de uma sociedade cada vez mais globalizada, que clama por produtos cada vez mais eficientes com boa relação custo-benefício.

Como se pode perceber, a necessidade de fazer circular riquezas aliada a um anseio social de integração entre tecnologia e modernidade fez com que as relações consumeristas se acentuem cada vez mais.

O consumidor, por sua vez, se vê diante de uma gama de produtos e serviços que o tornam vulnerável, pois desconhece o processo de produção e as leis que o protegem.

³¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.124

³² NUNES, op. cit., p. 689

Em contrapartida, os produtores e fornecedores aproveitam a oportunidade de tal fragilidade e fazem o consumidor incidir em erro ao lançarem mão de uma publicidade enganosa ou abusiva que lhe promete realizar milagres e atender sua necessidade momentânea.

Nesse diapasão, a lei buscou proteger o vulnerável, permitindo que o fornecedor se vincule desde o momento do lançamento de uma oferta no mercado, garantindo, dessa forma, a imediata vinculação do fornecedor desde a fase pré-contratual.

O presente trabalho surge com o intuito de realizar uma análise de como os princípios constitucionais são aplicados diante de tais casos, dando ênfase a necessidade de ponderação de interesses que o intérprete deverá realizar diante do caso concreto.

Busca-se analisar as condutas tomadas pelo legislador com o objetivo de proteger o consumidor vulnerável, através do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal.

Para isto, foram apresentados diversos princípios que visam recuperar o equilíbrio entre consumidor e fornecedor, possibilitando um contrato mais equânime. Como se percebe os contratantes sempre deverão buscar a função social do contrato, comportamento que por vezes restringe a autonomia da vontade, típica dos contratos privados, em prol da igualdade.

Por todo o exposto, verifica-se que o legislador diante de conflito entre a liberdade de expressão e a vedação da publicidade enganosa e abusiva buscará ponderar os interesses e visará atender os anseios de toda uma coletividade, e não apenas a uma parcela de produtores e fornecedores ávidos em vender.

REFERÊNCIA

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.
- _____, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.
- _____, Lei n. 8.078, de 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas S.A, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 3003.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2010