

PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO FRENTE AO DIREITO DO CONSUMIDOR

Natalya Tombini Velozo¹
Abraham Lincoln B Ferreira²

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de explicar o surgimento da publicidade e trazer conceituações destas para melhor compreensão, bem como demonstrar que a publicidade pode ser enganosa tanto por dizer algo que não é, quanto por não dizer algo que seja fundamental. Neste último evento, está a publicidade enganosa por omissão, que consiste em omissões de dados essenciais, em anúncios publicitários que levam o consumidor a mal compreendê-las, e assim o consumidor acaba sendo enganado em razão desta omissão, vindo a ser prejudicado. Este instituto está previsto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, §3º, o qual define esta prática enganosa e evidencia que a falta do dado essencial (aquele que influencia nas decisões do consumidor), é o qual caracteriza a publicidade enganosa por omissão. Este dado é de suma importância, pois não é falta de qualquer dado e sim aquele essencial, o qual trataremos na pesquisa. E ainda o artigo utilizará o método de pesquisa bibliográfica, descritiva e explicativa, bem como entendimento jurisprudencial.

Palavras-chave: Publicidade enganosa; omissão; consumidor; dado essencial.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 1990, o legislador preocupado em proteger o consumidor frente as demandas relacionadas as relações de consumo, elaborou o Código de Defesa do Consumidor, na busca de resguardar os direitos do ente mais vulnerável na relação de consumo, qual seja o próprio consumidor. Ainda, não somente o Código supracitado buscou resguardar o elo mais frágil, mas também a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) tratou de assegurar o consumidor em seu artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V.

Pode-se observar que os fornecedores de bens e serviços/fabricantes muitas vezes não agem conforme a legislação prevê, e não obedecendo os princípios norteadores da publicidade, prejudicam aqueles consumidores que de boa-fé adquirem o produto ou serviço e acabam sendo lesados em razão de uma publicidade enganosa.

A publicidade enganosa ou abusiva é um desses temas polêmicos, onde o fornecedor age tão somente com a ganância de ter seu produto dentro do mercado e obter lucros, independente daquele condizer com a realidade, o que pode gerar muito desconforto para o consumidor.

Ademais, o artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, surgiu com o objetivo de vedar as práticas abusivas e enganosas sofridas pelos consumidores, além de definir quais são essas práticas.

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno (a) da disciplina TCC II, turma DIR 15/1A. E-mail – natalya_velozo@hotmail.com.

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista, Orientador (a). E-mail -lincolnferreira10@hotmail.com

Além disso, há o estudo específico sobre o artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, ao qual será abordado um estudo sobre o surgimento da publicidade e a sua definição, apresentando quais os princípios norteadores destas, assim como demonstrar a publicidade enganosa omissiva.

2 HISTORICIDADE DA PUBLICIDADE

Para ter melhor compreensão faz-se necessário realizar uma análise histórica da publicidade de forma que nos filiamos ao conceito de Guimarães (2001), que relata a publicidade desde a época da Roma antiga até a era da revolução industrial, em que a forma motriz da relação de consumo era a regra de confiança existente entre o comprador e o vendedor/produtor do produto ou serviço.

Em busca de melhor compreensão da história da publicidade, o doutrinador Sergio Cavaliere, explana que:

A publicidade é também uma das consequências da sociedade industrializada e massificada. Na época em que a produção era artesanal a comunicação entre o fornecedor e o comprador era feita pessoalmente. A partir da revolução industrial, entretanto, tornou-se necessário um sistema de comunicação em massa, ai tendo origem o fenômeno da publicidade na atual sociedade de consumo, em todos os países do mundo. [...] (CAVALIERI, 2011, p.131)

A revolução industrial serviu como grande marco para a publicidade, pois aumentou a produtividade e demanda. O consumidor já não tinha mais contato direto com o produtor como era antes, onde o próprio fornecedor entregava o produto e este sabia exatamente como estava o produto/serviço. Com a Revolução Industrial a produção era massa, os consumidores já não tinham mais contato direto com os fornecedores, e estes começaram a fazer publicidade de seus produtos, para atrair maior número de consumidores e vender o seu produto. Surgindo assim a relação consumerista e necessitando ser tutelada para proteger o consumidor.

2.1 DEFINIÇÕES DE PUBLICIDADE

Buscamos a definição do termo “publicidade” para melhor compreensão daquilo que seria conceituado como publicidade enganosa. O dicionário Aurélio já conceitua o termo como “qualidade do que é público ou do que é feito em público.”. Já o Código de defesa do consumidor não traz uma conceituação de publicidade, mas sim, como deve ser feita.

No entanto, podemos conceituar publicidade, segundo o doutrinador, Márcio Carbaca Gonçalves:

A publicidade deriva de público (do latim *publicus*) e é conceituada como a arte de tornar algo público, divulgar um fato ou uma ideia, já com objetivos comerciais, uma vez que pode despertar o desejo de compra, levando-o à ação. É um conjunto de técnicas de ação coletiva com o propósito de tornar conhecido um produto, um serviço, uma marca, promovendo assim uma atividade comercial. É mais ampla que a propaganda e engloba todas as formas de comunicação, tornando-se uma técnica comercial de comunicação de massa (GONÇALEZ, 2009, p.07).

Já Rizzatto Nunes (2013, p.109), explicita que:

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.

De acordo com os doutrinadores entendemos que a publicidade é a forma de aproximar o serviço ou produto do consumidor para que este o adquira. Logo objetivo da publicidade é gerar lucro, seja por oferecer determinado serviço ou produto.

Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor não define a publicidade, mas dispõe princípios e vedações contra publicidades enganosas e abusivas. Portanto, encontramos definição de publicidade dada pelo Código Brasileiro de Regulamentação Publicitária, em seu artigo 8º: “[...] atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.”.

Importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma federal com “status constitucional”, com o objetivo de proteger uma relação em que o consumidor é uma das partes mais vulneráveis. Sendo este também amparado na Constituição Federal (BRASIL,1998), que tem como fundamento no artigo 5º, inciso XXXII e no artigo 170, inciso V, ambos com o intuito de proteger o consumidor.

2.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA PUBLICIDADE

Com fundamentos no Código de Defesa do Consumidor, encontramos alguns princípios que regem a publicidade, quais sejam: da identificação da publicidade; da vinculação contratual da publicidade; da transparência da fundamentação da publicidade; da inversão do ônus da prova; da veracidade e o princípio da não-abusividade. Assim passaremos a explanação dos princípios.

2.2.1 Princípio da identificação da publicidade

Este princípio está expresso no artigo 36, caput do Código de Defesa do Consumidor: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

Não resta dúvidas que este princípio é de suma importância, pois expõe que a publicidade deve ser claramente identificada pelo consumidor, ou seja, este ao ver uma publicidade deve facilmente compreendê-la/identificá-la, para que tal publicidade seja válida.

2.2.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade

Este princípio está previsto no artigo 30, do código de Defesa do consumidor, o qual expressa:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Ademais, com base nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno (2010), expõe que ao publicar ou veicular uma oferta, o fornecedor fica obrigado a dispor exatamente do que foi vinculado, ou seja, das mesmas maneiras e condições ofertadas.

Dessa forma, entende-se que o produto deve ser fiel a sua publicidade, uma vez que o consumidor espera exatamente que o produto seja idêntico do que consta na publicidade ou no contrato realizado entre as partes.

2.2.3 Princípio da transparência da fundamentação da Publicidade

O princípio da transparência está explícito no parágrafo único, do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe:

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

Posto isso, os fornecedores precisarão ser éticos e transparentes, devendo o fornecedor transmitir ao consumidor todas as informações indispensáveis quanto a publicidade de um produto/serviço.

2.2.4 Princípio da inversão do ônus da prova

O aludido princípio da inversão do ônus da prova está notório no artigo 38, do Código de Defesa do Consumidor, analisemos: “Art.38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Ainda, o doutrinador Cavalieri (2011) afirma que esta inversão é obrigatória ao anunciante, como expresso na própria lei (ope legis), não sendo facultado ao juiz (ope iudicis) determinar o ônus.

Sendo assim, este princípio conduz que quem deve provar, ficando evidente que a própria lei determina que o ônus será obrigatoriamente do fornecedor (quem patrocina o anúncio publicitário) e não por discricionariedade judicial.

2.2.5 Princípio da veracidade

A respeito deste princípio, adotamos o entendimento de Almeida (2006), de modo que a publicidade deve ser verdadeira, ou seja, confiável e sincera, seguindo os preceitos legais e ofertando o produto/serviço como eles realmente são.

Ainda, este princípio a luz do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 31, notemos:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Constatamos que a publicidade não pode faltar com a verdade em seus anúncios publicitários, devendo estas serem honestas em suas informações, assegurando os consumidores para que não sejam prejudicados.

2.2.6 Princípio da não-abusividade

Este princípio está no artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual vem proibindo a prática da abusividade.

Vale ressaltar, que este princípio veda que as publicidades sejam abusivas, pois estas como o próprio artigo já descreve, ela não só fere valores éticos e morais dos consumidores, como também pode fazer com que os consumidores, possam agir de forma prejudicial a sua saúde.

2.3 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

A publicidade enganosa e abusiva está descrita, bem como vedada no artigo 37, § 1º e § 2º do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

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

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitária, 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.

§ 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.

Notemos que a publicidade abusiva é proibida, pois além de explorar o medo ou a superstição (crenças) e até mesmo ser discriminatória, ela também pode afetar a integridade física e psicológica do consumidor. Esta modalidade é diferente da enganosa, pois está como visto no artigo supracitado ela engana o consumidor com informações falsas ou por omitir. Enquanto a abusiva ela busca aproveitar o medo ou a superstição, para que o consumidor adquira aquele produto ou serviço ofertado.

O legislador Leonardo De Medeiros Garcia define a publicidade enganosa, de modo que:

A publicidade enganosa é aquela capaz de induzir o consumidor ao erro. Pode ser comissiva, quando afirma algo que, na verdade, não é; como por exemplo, anunciar que determinado veículo é o mais econômico da categoria quando existe outro mais econômico; ou omissiva, quando não informa sobre algo fundamental (“essencial”) do produto ou serviço. (GARCIA, 2009, p.226)

Nesta modalidade, a enganabilidade é caracterizada por induzir o consumidor ao erro propositalmente, seja por relatar algo sobre um produto ou serviço, que não é verdadeiro. Ou por omissão, quando deixa de informar, ou seja, deixa de relatar um dado essencial.

2.4 PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

O tema desta pesquisa, a publicidade enganosa por omissão, vem fundamentada no artigo 37, § 3º do Código de Defesa do Consumidor da seguinte maneira: “Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

Sendo assim, o legislador Garcia (2009, p.227) entende que, “informação “essencial” é aquela cuja ausência pode influenciar o consumidor nas compras, uma vez que relevante aos produtos ou serviços e o consumidor a desconhece.”

O próprio Código de Defesa do Consumidor nos demonstra, que é omissiva a publicidade que deixa de informar um dado essencial, note que não é qualquer omissão e sim sobre um dado essencial. Entendemos que dado essencial pela visão do consumidor é aquele que influencia na sua decisão, de adquirir ou não determinado produto/serviço.

Dessa forma, para facilitar o entendimento o doutrinador Leonardo De Medeiros Garcia, traz um exemplo do que vem a ser, o instituto da publicidade enganosa por omissão, vejamos:

(...) seria omissão “não informar que um apartamento vendido com preço diferenciado, bem como abaixo do mercado, em região nobre e nova (isto é, que acaba de ser construído), não tem vaga na garagem. O pressuposto é que apartamentos novos em regiões nobres tenham vagas de garagem. “Se aquele não tem, é um dado essencial que precisa ser veiculado (GARCIA, 2009, p.227).

Percebemos que a publicidade enganosa por omissão afeta na decisão dos consumidores, pela falta de um dado “essencial”. E uma vez afetada, o consumidor acaba

prejudicado e refém dessas publicidades, contudo, o Código de Defesa do Consumidor nos ampara em seu artigo 37, no qual veda esse tipo de publicidade.

2.5 A IMPORTÂNCIA DO DADO ESSENCIAL NA PUBLICIDADE

O elemento caracterizador da publicidade enganosa por omissão, é a falta de um dado essencial. E para melhor percepção do que seria este dado, o doutrinador Antônio Herman conceitua: “é considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça.” (BENJAMIN, 2012, p.256).

Deste modo, o dado essencial é aquele que faz o consumidor adquirir ou não um produto/serviço. Sem este é impossível que o consumidor reconheça o produto/serviço que está sendo ofertado. Afim de melhor entendimento, segue Jurisprudência (TJRS):

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO. PROPAGANDA ENGANOSA POR OMISSÃO DE INFORMAÇÕES QUANTO AOS ITENS OPCIONAIS (AR CONDICIONADO). DANOS MATERIAIS RECONHECIDOS. Restando evidenciado o teor da oferta do veículo, e das informações prestadas pelo vendedor (fl.22), incorretas à luz da prova autoral, foi o autor submetido a engano quanto ao produto adquirido por omissão de informações na proposta expressa de venda em divergência aos dados informados no anúncio (fls.28), o que resultou em gastos necessários ao item complementar (fl.20), que deve ser de responsabilidade da vendedora, revenda de veículos, pela reparação buscada. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível, Nº 71005138938, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em: 27-02-2015).

Assim fica inequívoco a importância deste dado essencial para a publicidade, visto que na decisão abordada o anunciante deixou de informar elementos primordiais levando o adquirente a ser lesado. Sendo que, se o fornecedor tivesse agido de boa-fé a respeito das informações verídicas e cruciais, talvez o consumidor não compraria o veículo ou adquirisse sabendo realmente o que estava levando.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, compreende que a publicidade tem como seu marco histórico a Revolução Industrial, na qual a produção começou ser massificada e os fornecedores, no intuito de vender os seus produtos ou oferecer serviços, começaram a realizar publicidade com a intenção de aumentar seu lucro com as vendas.

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor é de suma importância para a vida dos consumidores, haja vista que tem como objetivo a proteção do consumidor (elo mais fraco na relação consumerista), e também, estipular regras e princípios.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 37 e parágrafos traz consigo duas modalidades de publicidade, que são vedadas, quais sejam, a enganosa e a abusiva. A enganosa é quando o consumidor é levado a erro por informações falsas ou quando há omissão de informações. E a publicidade abusiva utiliza de conceitos e práticas rejeitadas pela sociedade, como por exemplo, explorar o medo, superstição, preconceito, e até mesmo instigar a violência, entre outros.

Também, houve o estudo da publicidade enganosa por omissão, sendo aquela que não comunica ao consumidor sobre orientações essenciais referentes ao produto/serviço.

Todavia, não é qualquer informação que caracteriza a publicidade enganosa por omissão, sendo certo que recai sobre um dado essencial, em que convencerá o consumidor a comprar aquele produto ou serviço que está sendo divulgado.

Cabe concluir que a publicidade é um instrumento muito importante atualmente, atingindo todos os indivíduos da sociedade que estão em situação de vulnerabilidade pelas práticas enganosas e abusivas.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor, proíbe expressamente as práticas cometidas por fornecedores e anunciantes que cometem tais atos, com o intuito de assegurar os direitos do consumidor. Assim, o Código citado e os princípios reguladores da publicidade são o meio de solucionar estas lides decorrentes da publicidade enganosa por omissão, gerando a todos os consumidores uma segurança e tendo um alicerce para se resguardarem.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**/ João Batista de Almeida. – 5.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de Direito do consumidor**/ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 4. Ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**– nova ed., atual e ampl. Com o decreto nº 2.181, de 20 de março de 1.997- Brasília, Ministério de Justiça, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 de outubro de 2019.
- BRASIL, **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 71005138938**. Plenário. Relator: Gláucia Dipp Dreher. Sessão de 27/02/2015. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia> acesso em 11 de outubro de 2019.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**/ Sergio Cavalieri filho. – 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.
- FERREIRA, Aurélio Buarte de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**/ Aurélio Buarte de Holanda Ferreira; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. – 8. ed – Curitiba: Positivo, 2010.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**/ José Geraldo Brito Filomeno. - 10. ed.- São Paulo: Atlas, 2010.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**/ Leonardo de Medeiros Garcia. 5 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**/ Paulo Jorge Scartezzini Guimarães. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 – (Biblioteca de direito do consumidor; v.16).
- GONÇALEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**/ Márcio Gonçalves Carbaca_ Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.
- NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**/ Rizzatto Nunes. 8. ed. Rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.