

SINOPSE DO CASE: ASPECTOS DA PUBLICIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR¹

Wenerson Sousa Costa²

Thaís Emília de Sousa Viegas³

1 DESCRIÇÃO DO CASO

Uma escola Batista divulga publicidade que encerrava com os seguintes dizeres: “Nossa diferença é Jesus!”.

Os pais de Alexandre Velasco matricularam-no na escola e, no contrato a que aderiu, havia cláusula segundo a qual todos os alunos deveriam participar dos procedimentos e cultos da religião professada pela escola. Referida cláusula estava em destaque e dela tomaram imediata ciência os responsáveis por Alexandre Velasco.

Portanto, diante do caso, pode-se formular a seguinte questão: A publicidade veiculada pela escola é abusiva?

2 IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DO CASO

2.1 Descrições das decisões possíveis

O Case terá como base para avaliação: Direitos básicos do consumidor; Princípios do Direito do Consumidor; Regulação jurídica da publicidade; Proteção contratual do consumidor e Cláusulas abusivas em contratos de consumo:

- a- A publicidade veiculada pela escola é abusiva.
- b- A publicidade veiculada pela escola não é abusiva.

2.2 Argumentos capazes de fundamentar cada decisão

2.2.1 A publicidade veiculada pela escola é abusiva.

¹ Sinopse do Case Institucional apresentado à Disciplina Direito do Consumidor do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

² Aluno do 6º Período do Curso de Direito da UNDB.

³ Professora da Disciplina Direito do Consumidor da UNDB.

1- O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) prevê em seu art.36, parágrafo 2º, que dentre outras causas, a publicidade discriminatória de qualquer natureza a caracteriza como abusiva. O dizer ao fim da publicidade “Nossa diferença é Jesus”, caracteriza ato discriminatório em relação a outras religiões de origens não cristãs e indica em seu “diferencial” uma característica, que menospreza outras escolas em relação ao Cristianismo adotado por ela. Portanto a publicidade veiculada afronta as prerrogativas constitucionais do estado laico brasileiro, a liberdade de crença religiosa e o Princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art.1º, III). Nenhum anúncio pode favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade (NUNES, 2015, p.573).

2- Pode-se defender que não é possível a existência de uma cláusula contratual que obriga os alunos da escola a participarem dos ritos religiosos, pois esta fere Direitos Fundamentais:

O direito fundamental é norma a ser respeitada pelo Estado (eficácia vertical), mas também impõe valores a serem respeitados nas relações entre dois iguais, dois privados (eficácia horizontal). As cláusulas gerais, como normas abertas que são, necessitam de uma concreção utilizando os direitos fundamentais, daí que são vetores da aplicação dos direitos fundamentais. Assim hoje quando se concretiza a boa-fé, não podemos deixar de considerar a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais (MARQUES, 2015, p.256).

A nova concepção social dos contratos e o CDC, apontam limites em relação a autonomia da vontade, pois o intervencionismo do Estado nas relações contratuais tem como objetivo principal resguardar a sua função social.

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância (MARQUES, 2015, p.210).

A educação é direito fundamental do menor e de forma alguma pode oferecer cláusulas que venham a ferir direitos. As sanções a essas cláusulas serão vistas a seguir.

3- O fato de a cláusula vir em destaque obedecendo ao parágrafo 4º do art.54, sofrerá grandes limitações, não impedindo assim a caracterização de abusividade:

[...] Cumpre observar que a interpretação literal do parágrafo 4º do art. 54 reduz substancialmente o seu alcance. O CDC constitui-se de normas de “ordem pública e interesse social” (art.1º), que, portanto, não podem lícitamente ser afastadas ou

limitadas por vontade das partes. A limitação a direito do consumidor só é possível excepcionalmente, quando o próprio código assim estabelece [...] (BESSA, 2008, p.289).

Deste modo, apesar do contrato evidenciar de maneira clara, tais condições, é perceptível a presença de cláusula abusiva referente a obrigatoriedade de participação dos alunos nos ritos religiosos, o que fere a liberdade de crença e religião e conseqüentemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

A tendência contemporânea de privilegiar os Direitos Fundamentais e Humanos em detrimento da simples autonomia da vontade permite inclusive a participação mais ativa do Poder Judiciário, que a partir do CDC e o princípio da boa-fé, em seu art.47, parte da interpretação do contrato em favor do consumidor.

Portanto, no caso em questão, há a possibilidade, de sanção contratual para que possa haver a conservação do negócio jurídico, pois se trata de fornecimento de serviço educacional, direito fundamental do menor:

A sanção, portanto, é negar efeito unicamente para a cláusula abusiva, preservando-se em princípio, o contrato, salvo se a ausência da cláusula desestruturar a relação contratual, gerando ônus excessivo a qualquer das partes. Cuida-se do princípio da conservação do contrato. O magistrado, portanto, após excluir o efeito da cláusula abusiva, deve verificar se o contrato mantém condições- sem a cláusula- de cumprir sua função socioeconômica ou, ao contrário, se a nulidade da cláusula irá contaminar e invalidar todo o negócio jurídico (BESSA, 2008, p.293).

O objetivo é promover a garantia de direitos fundamentais nos contratos de adesão de forma a evitar abusos e proporcionar o equilíbrio nas relações jurídicas através do princípio da boa-fé, não apenas com um dever de informar qualificado, mas também de um conteúdo que atenda as prerrogativas constitucionais.

2.2.2 A publicidade veiculada pela escola não é abusiva.

1- A publicidade não é abusiva, mas sim enganosa por omissão, pois deixa de informar dado essencial sobre o serviço (TARTUCE, 2014, p.367) educacional prestado pela escola, como prevê o art.37, parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). O fato da publicidade veicular que “Nossa diferença é Jesus”, não apresenta qual a religião específica professada pela escola e muito menos as obrigações dos alunos em respeito a ela. As informações refletem a extrema importância da fase pré-contratual e são ressaltadas no CDC:

O Código de Defesa do Consumidor confere especial atenção aos momentos iniciais de aproximação entre consumidor e fornecedor, à oferta e publicidade de produtos e serviços, enfim, às inúmeras e variadas técnicas e procedimentos comerciais que objetivam, ao final, atrair e convencer o consumidor a adquirir determinado bem ou serviço. O dever de informar adequadamente, de lealdade e de transparência na fase pré-contratual é exigência da boa-fé objetiva e vem especificado em diversos dispositivos do Código de Defesa do consumidor (arts. 6º, 9º, 30, 31, 36, 37, 39, 46, 47) (BESSA, 2008, p.286).

Contudo, a partir do direito à informação, existe a possibilidade de se reverter ou minimizar os danos decorrentes de publicidades enganosas e abusivas, por mais que seja impossível desfazer todos os prejuízos que tais publicidades trazem aos consumidores:

De qualquer maneira há ainda no CDC, previsão expressa da contrapropaganda, como pena, no art. 56(inciso XII), sempre que o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, conforme estabelecido no caput do art. 60, que dispõe: “A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 37 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator”(NUNES, 2015, p.587).

A escola pode receber essa penalização, além disso, pode o juiz impor multa diária pelo descumprimento da obrigação de fazer (astreintes) para que seja cumprida a contrapropaganda. Logo a astreinte deve ser bem fixada para a obtenção do resultado prático desejado, que é a veiculação da contrapropaganda (NUNES, 2015, p. 588).

2- A partir do princípio da vulnerabilidade, é possível afirmar que o consumidor no caso em questão está em posição inferior a escola. Para isso, basta imaginar uma situação onde em uma pequena cidade do interior, existe apenas uma escola, que usa essa posição superior para impor a seus clientes, através de uma cláusula em um contrato de adesão, que obriga os alunos a professar os ritos da religião a qual está vinculada. Daí, a grande importância de regulação do CDC nas relações consumeristas.

A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. (MIRAGEM, 2014, p.122).

3- O parágrafo 4º do art.54 prevê que as cláusulas que implicarem em limitação de direitos do consumidor devem vir destacadas. No caso em questão, observa-se que a cláusula fora destacada e dela os pais tomaram ciência. Desta forma, não há qualquer tipo de transgressão a norma infraconstitucional, mas não impede a sanção desta cláusula em caso de discordância do consumidor.



Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. Código do Consumidor **Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor; O novo regime das relações contratuais**. 6. ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Editora Método, 2014.