

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XXI Jornada de Pesquisa

PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA ENVIADAS PELOS SPAMMERS¹

Camila Duarte², Danielli Zanini³.

¹ O presente resumo é um trabalho de pesquisa realizado por duas mestrandas com interesse na temática, com o fim de buscar conhecimento na área selecionada, para posteriormente vir a auxiliar na produção da dissertação do mestrado.

² Acadêmica e Bolsista CAPES do Curso de Mestrado em Direito do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Pós-graduanda na área de Direito do Consumidor. Graduada em Direito pela Unijuí, Campus Três Passos/RS. E-mail: camila_duartee@hotmail.com

³ Mestranda em Direitos Humanos pela UNIJUÍ. E-mail: daniellizanini@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Vive-se atualmente em uma era que a todo momento as tecnologias ampliam seu espaço de abrangência. Em decorrência do aparecimento e frequente evolução das tecnologias surgiu uma nova sociedade, que pode ser nomeada de sociedade digital ou sociedade da informação.

Atente-se que tal sociedade surgiu na década de setenta, com o advento da rede mundial de computadores. Notadamente que a popularização desse fenômeno possibilitou com que muitas pessoas passassem a ter contato com o mundo eletrônico.

A conseqüente inserção da tecnologia nos mais distintos setores da sociedade acarretam novos comportamentos e fatos jurídicos. Convém salientar, que um desses comportamentos certamente é a prática spamming, concretizada pelo spammer, o qual remete as mensagens spams.

O spam pode ser conceituado como uma correspondência eletrônica enviada em massa aos internautas e consumidores, sem qualquer solicitação por parte desses. Destarte, o spam pode então deixar de ser um simples aborrecimento ao consumidor, tornando-se um problema que causa grande incômodo, atingindo o bem estar do destinatário.

Assim, o presente trabalho será desenvolvido com o objetivo principal de analisar e examinar as mensagens abusivas e enganosas enviadas pelos spams à luz do Código de Defesa do Consumidor.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada na construção da pesquisa do presente trabalho foi do tipo exploratória, ou seja, o procedimento técnico utilizado foi o da pesquisa bibliográfica, utilizando de todos os materiais disponíveis acerca da temática, sendo efetuada em meios físicos e na rede mundial de computadores.

Quanto à realização do trabalho, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, no qual foram adotados alguns procedimentos, como a seleção da bibliografia e documentos relacionados com o tema proposto e a leitura e resumo do material utilizado, os quais resultaram na exposição do presente texto.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XXI Jornada de Pesquisa

Inicialmente, atente-se à comparação que Amaro Moraes e Silva Neto (apud OLIVEIRA, 2009, p. 1) fazem acerca da conduta spamming, ou seja, o comportamento spam compara-se ao "o vendedor que liga a cobrar para vender o que não queremos comprar".

Nesse sentido, é possível verificar que o spam é o maior remetente de publicidade enganosa e abusiva digitalmente enviada.

O consumidor diariamente fica exposto ao envio agressivo de tais mensagens, sendo que há certa coerção e deslealdade nessa prática spamming, uma vez que não há uma medida totalmente eficaz para evitar o recebimento dessas mensagens que não foram solicitadas.

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (apud OLIVEIRA, 2009, p. 1) observa que "os spams são as mensagens não solicitadas enviadas à nossa caixa postal, e geralmente oferecem produtos e serviços, tanto na forma individual como na coletiva [...]".

Destarte, nesse contexto, é indispensável fazer um estudo acerca da publicidade enganosa e abusiva enviadas em massa pelos spammers, à luz do Código de Defesa do Consumidor, valendo-se do uso analógico desse diploma, buscando a defesa do consumidor vítima desses abusos.

Inicialmente, cumpre destacar, que é direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. (artigo 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor).

Uma vez que o fornecedor posiciona-se mais favorável que o consumidor no mercado, é direito deste último ser protegido contra todo e qualquer tipo de abuso de direito cometido pelo fornecedor, seja ele no momento de anunciar seus produtos e serviços (proteção contra publicidade enganosa e abusiva), no trato direto com o consumidor nos momentos anteriores ou concomitantes à venda (proteção contra métodos comerciais coercitivos desleais) [...] (BESSA; MOURA, 2008, p. 46).

Destarte, o artigo 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor refere ao dever que o fornecedor tem em publicar algo conforme a realidade que se encontra o produto e/ou serviço, bem como tem o dever de cumprir com tudo aquilo que foi oferecido ao consumidor. O artigo referido tem como principal objetivo evitar que o consumidor seja induzido em erro.

Nesta mesma linha de pensamento, Luis Antonio Rizatto Nunes (2011, p. 495), assevera que "o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia de forma alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio".

Dessa forma, far-se-á indispensável esclarecer o que é publicidade. Paulo Vasconcelos Jacobina (2002, p. 11) diz que a publicidade que refere o Código de Defesa do Consumidor é aquela "[...] realizada com o objetivo de ofertar um bem ou serviço a consumo, através de um meio de comunicação capaz de atingir, ainda potencialmente, um número indeterminado de pessoas e veiculada às expensas do fornecedor."

Atente-se, que o aludido conceito, cita ao final que as despesas advindas da publicidade são por conta do fornecedor, no entanto, quando mencionamos spams, temos que ter claro que todo e qualquer tipo de custo que se possa imaginar, é por conta do próprio consumidor, ou melhor, por conta dos usuários. Isso torna ainda mais grave a publicidade enganosa e abusiva que é remetida ao consumidor.

Já Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2008) buscou conceituar publicidade de maneira mais técnica. Nesse sentido o autor elucida que o Comitê de Definições da American Association of

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XXI Jornada de Pesquisa

Advertising Agencies (AAAA) traz a noção de que publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideais, como de bens e serviços, por um patrocinador identificado. Ainda, refere que a publicidade não é uma técnica pessoal, em outras palavras não é cara a cara, entre o consumidor e o fornecedor. Consubstanciado no que mencionou o autor, pode-se chegar a conclusão de que para caracterizar uma publicidade é necessário haver difusão e informação.

O uso da publicidade frente ao Código de Defesa do Consumidor tem em si algumas exigências, e uma delas é que devem ser respeitados os princípios consumeristas, sem qualquer tipo de vedação em relação a esses, bem como a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social e o núcleo familiar.

Impõe agregar, que no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 36, 37 e 38, é que estão os dispositivos referentes à vedação da prática da publicidade enganosa e abusiva. Os aludidos artigos colacionam o seguinte:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

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.

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.

§ 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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

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

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Em uma análise mais criteriosa dos artigos referidos, Benjamin (2008, p. 203) colaciona que:

A proibição da publicidade enganosa ou abusiva é ampla e flexível. Nos parágrafos do art. 37, o legislador buscou orientar o intérprete sobre o conteúdo destes dois conceitos praticamente desconhecidos do direito brasileiro. O dispositivo não proíbe a publicidade. Posiciona-se somente contra dois tipos de publicidade pernicioso ao consumidor.

Notadamente, percebe-se que a conceituação da publicidade enganosa e da abusiva está expressa no artigo 37, parágrafo 1º e parágrafo 2º, respectivamente. Contudo, é necessário fazer alguns apontamentos doutrinários acerca do que realmente entende-se por publicidade enganosa e abusiva.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XXI Jornada de Pesquisa

Segundo o entendimento de Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad Moura (2008), a propaganda enganosa é aquela que afirma ou atribui, no todo ou em parte, uma informação, qualidade ou atributo falso ao produto ou serviço, capaz de induzir o consumidor em erro e prejudicando dessa forma a sua livre escolha. O engano provocado não decorre só quando há afirmação falsa, mas também quando falta uma informação necessária para o conhecimento do consumidor. Dessa forma, pode a mensagem ser ambígua, gerando certa confusão a seus destinatários. Já a propaganda abusiva são aquelas mensagens que atentam contra os valores não apenas individuais, mas da sociedade, tais como a discriminação racial e a incitação à violência. Nunes (2011, p. 543) assevera que:

[...] 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. O consumidor enganado leva, como se diz, gato por lebre. Pensa que está numa situação, mas de fato está em outra.

Quanto à propaganda abusiva, Nunes (2011) leciona que esta publicidade não tem necessariamente uma relação direta com os produtos ou com os serviços que são oferecidos ao consumidor, mas sim são os efeitos da própria propaganda que podem causar algum mal ou constrangimento ao consumidor.

Convém salientar ainda, que para que seja caracterizada uma publicidade enganosa não é necessário apenas a difusão das mentiras contadas pelo remetente destas (fornecedor). E sim é extremamente indispensável que as publicidades transmitidas ao público sejam capazes de iludir os consumidores. As maneiras de enganar o consumidor variam muito. Entre as publicidades enganosas mais comuns estão aquelas que prometem milagres para os consumidores, tais como emagrecer quarenta quilos em uma semana ou rejuvenescer vinte anos com o uso de apenas um frasco de determinado creme. Como já explanado anteriormente a publicidade abusiva tem a ver com discriminação, e não necessariamente traz algum prejuízo econômico para o consumidor. Caracteriza-se por ser inteiramente contrária a moral, aos bons costumes e a ética.

É plausível afirmar, que pode existir numa mesma publicidade um anúncio enganoso e ao mesmo tempo abusivo, sendo suficiente que o produto ou serviço dentro das condições anunciadas não corresponda àquilo que é verdadeiro e que o anúncio seja de conteúdo proibido. (NUNES, 2011).

Com efeito, cogente expor que o spam foi o grande culpado pelo primeiro problema relacionado com a publicidade na rede mundial de computadores.

Interessante apresentar a lição de Luis Carlos Cancellier de Olivo (apud OLIVEIRA, 2009, p. 1) acerca da temática:

Além de ser uma estratégia de marketing considerada ineficiente, principalmente por irritar os consumidores, a prática de spam pode ser entendida como atentatória aos direitos do consumidor, que ao lado de ter sua privacidade invadida, consome tempo em deletar as mensagens [...]

Não é por demais enfatizar, que são evidentes as razões e motivos que levam o spam a ser considerado, na maioria dos casos, como uma publicidade enganosa ou uma publicidade abusiva, as quais merecem vedação e estão elencadas no Código de Defesa do Consumidor.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXI Jornada de Pesquisa

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, cogente reforçar que o Código de Defesa do Consumidor pode ser utilizado, de forma analógica, para regular as práticas de envio de mensagens enganosas e abusivas, remetidas eletronicamente, aos consumidores.

Esse envio exagerado de mensagens eletrônicas aos consumidores pode ser considerado, de certa forma, uma ameaça ao direito à intimidade dos cidadãos, ora consumidores, tendo em vista que leva-se em conta, aqui, o direito à escolha de não querer, a todo instante, receber mensagens com conteúdo de propagandas enganosas e abusivas.

Mensagens das quais não se têm interesse e que passam a trazer incômodos exacerbados aos consumidores. Tal atitude dos spammers pode ser diagnosticada como uma verdadeira invasão tecnológica e a utilização do Código de Defesa do Consumidor, enquanto uma lei específica não floresce, deve ser utilizado como uma das ferramentas na luta contra essas mensagens invasoras.

5. PALAVRAS-CHAVE

Publicidade abusiva; Publicidade enganosa; Código de Defesa do Consumidor; Spam.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad. Manual de direito do consumidor. Brasília: Escola Nacional de Defesa do consumidor, 2008.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.

OLIVEIRA, Diogo dos Santos de. Publicidade abusiva na internet. Jus Navigandi. Teresina: 2009. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12399/publicidade-abusiva-na-internet/3http://jus.com.br/revista/texto/2314/o-spam-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-ixzz2SG3EbFOJ>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

NUNES, Luis Antonio Rizatto. Curso de direito do consumidor. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.