



**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS
FACULDADE DE INHUMAS
CURSO DE DIREITO**

SILVANIR JOSÉ DE GODOI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE
TELEFONIA EM RAZÃO DA PRÁTICA ILÍCITA DA
PUBLICIDADE ENGANOSA**

INHUMAS-GO

2017

SILVANIR JOSÉ DE GODOI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE
TELEFONIA EM RAZÃO DA PRÁTICA ILÍCITA DA
PUBLICIDADE ENGANOSA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Inhumas – FacMais como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Professora orientadora: Dra. Sandra Mônica
de Jesus.

INHUMAS-GO

2017

SILVANIR JOSÉ DE GODOI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE
TELEFONIA EM RAZÃO DA PRÁTICA ILÍCITA DA
PUBLICIDADE ENGANOSA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Inhumas – FacMais, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dra. Sandra Mônica de Jesus.
Orientadora

Prof^a. M.^a Camila Ragonezi Martins
Membro da banca

Prof^o. Esp. Fernando Hilário
Membro da banca

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BIBLIOTECA FACMAIS

G588r

GODOI, Silvanir José de
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE TELEFONIA
EM RAZÃO DA PRÁTICA ILÍCITA DA PUBLICIDADE ENGANOSA/ Silvanir
José de Godoi. – Inhumas: FacMais, 2017.

61 f.: il.

Orientadora: Dra. Sandra Mônica de Jesus.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de
Inhumas - FacMais, 2017.

Inclui bibliografia.

1. Publicidade enganosa; 2. Responsabilidade Civil; 3. Telefonia. I. Título.

CDU: 347.51

Dedico este trabalho ao Senhor Deus e pai, por firmar os meus passos a cada dia nesta caminhada, e minha família, em especial minha esposa Valgoreth Godoi, meus filhos, Silvia Mariana Godoi e Maike Godoi, que sempre me inspiraram, e compreenderam meus momentos de ausência, em especial a minha amada mãe Eufrasia M. Godoi *in memoriam*, meu pai Osvaldo B. Godoi, meu irmão Altamir B. Godoi e a todos que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse ao fim desta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por tudo que Ele faz por mim, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A minha esposa pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Aos meus queridos e amados filhos que sempre compreenderam minha ausência.

A professora orientadora Sandra Mônica de Jesus que me guiou nesta trajetória, me apoiou e confiou em mim e aos demais componentes da banca.

A esta instituição, (FAC MAIS), seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, pela acentuada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Um agradecimento especial aos meus amigos, parceiros, que estiveram comigo nesta jornada, pelos bons momentos e espero que sejamos companheiros durante nossa vida profissional.

Finalmente, agradeço a todos que contribuíram direta e indiretamente para o desenvolvimento deste curso.

*Feliz aquele que transfere o que sabe e
aprende o que ensina.*

(Cora Coralina)

*“O mais competente não discute, domina a
sua ciência e cala-se.”*

(Voltaire)

*Consagre ao Senhor tudo o que você faz, e
os seus planos serão bem-sucedidos.*

(Provérbios 16:3)

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tenciona analisar dentro da área do Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito de Telecomunicações a responsabilidade civil das operadoras de telefonia como uma proteção extensiva ao consumidor, parte hipossuficiente da relação, em razão da prática ilícita de publicidade enganosa, visto que, a publicidade corresponde um importante método de convencimento e incentivo ao consumo. Para tanto há de se proceder ao devido levantamento doutrinário e respectivas bases legais para melhor delinear seu desenvolvimento e respectiva conclusão.

Palavras-chave: Publicidade enganosa. Responsabilidade Civil. Telefonia.

ABSTRACT

This academic work intends to analyze the civil responsibility of the telephone operators as an extensive protection to the consumer within the area of Civil Law, Consumer Law and Telecommunications Law, an excessive part of the relationship, due to the illicit practice of misleading advertising, seen That advertising is an important method of convincing and encouraging consumption. In order to do so, we must proceed to the proper doctrinal survey and its legal bases to better delineate its development and conclusion.

Keywords: Advertising Misleading. Civil responsibility. Telephony.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. OPERADORAS DE TELEFONIA	12
1.1 BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS	12
1.1.1 Contratos de Concessão de Serviço Público	16
1.2 LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES (LGT)	19
1.2.1 Princípio Geral Regulamentação	20
1.2.2 Agência Reguladora: Anatel	21
1.3 CONCEITO DE TELEFONIA	22
1.4 VINCULAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	22
1.4.1 Código de Defesa do Consumidor (Art. 22 e 42)	23
1.4.2 Lei Geral de Telecomunicações (Art. 5º)	24
1.4.3 Resoluções da Anatel	25
1.4.3.1 Resolução 426/05 STFC (Art. 78)	26
1.4.3.2 Resolução 477/07 Móvel (Art. 9º)	26
2. DIREITO DO CONSUMIDOR	28
2.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR (art. 170, V DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)	28
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI Nº. 8.078/90	30
2.3 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	31
2.3.1 Conceito	31
2.3.2. Elementos:	31
2.3.2.1 Consumidor	32
2.3.2.2 Fornecedor	33
2.3.2.3 Produtos e Serviços	34
2.4. PUBLICIDADE	35
2.4.1 Diferença entre publicidade e propaganda	36
2.4.2 Princípios da publicidade	36

2.5 PUBLICIDADE ENGANOSA	37
2.5.1 Coibição no Código de Defesa do Consumidor	38
2.5.2 Espécies (comissão ou omissão)	39
2.5.3 Possíveis formas	40
2.5.3.1 Clandestina	40
2.5.3.2 Subliminar	40
2.5.3.3 <i>Teaser</i>	41
2.5.3.4 <i>Merchandising</i>	41
2.5.3.5. <i>Puffing</i> ou exagero publicitário	41
3. RESPONSABILIDADE CIVIL	43
3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	44
3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	45
3.2.1. Objetiva	45
3.2.2. Subjetiva	47
3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE TELEFONIA PELA PRÁTICA ILÍCITA DE PUBLICIDADE ENGANOSA	48
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A tecnologia ofertada pelas operadoras do setor de telecomunicações está presente em nosso dia a dia e a busca pela qualidade é um grande desafio. E dentro desse contexto a publicidade é indiscutivelmente um importante método de convencimento ao consumo, todavia, o modo como é veiculada pode trazer ao consumidor uma falsa percepção da realidade daquele produto, induzindo-o ao erro.

Assim, o presente trabalho acadêmico busca analisar dentro da seara do Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito de Telecomunicações a Responsabilidade Civil das operadoras de telefonia com uma proteção extensiva ao consumidor em razão da prática ilícita de publicidade enganosa, visto que, dentro das relações de consumo as concessionárias de telefonia também possuem como objetivo primordial atender as necessidades de seus consumidores, como por exemplo, a devida segurança e transparência nas relações de consumo.

Daí a relevância social e jurídica na efetivação deste trabalho, visto que, o respectivo objetivo é aprofundar o estudo quanto à proteção ao consumidor, parte hipossuficiente da relação, em razão da prática ilícita de publicidade enganosa no setor de telecomunicações. Assim, busca-se analisar a aplicabilidade da responsabilidade civil e a reparação dos danos causados ao consumidor em virtude da prática de publicidade enganosa, ou seja, meios ilícitos de convencimento e fomento ao consumo.

Observa-se que a prática ilícita da publicidade enganosa pelas operadoras de telefonia tem sido constante ao induzir o consumidor ao erro. Diante da potencialidade lesiva da publicidade é preciso punir o responsável que prejudique os consumidores. Ressalta-se que o tema Responsabilidade Civil em relação ao consumidor obriga a reparar o dano em razão do ato praticado, levando em conta que toda publicidade deve ser suficientemente precisa. Dessa forma, ressalta-se que exige-se que a publicidade seja sincera e verdadeira a fim de que o consumidor possa fazer sua escolha de maneira consciente.

E diante disso, o estudo traz a seguinte pergunta norteadora: Qual é a Responsabilidade Civil definida em nosso ordenamento jurídico no caso de prática de publicidade enganosa pelas operadoras de telefonia?

Para tanto o mesmo é dividido em 03 (três) capítulos:

O primeiro capítulo intitulado “Operadoras de Telefonia” propõe-se apresentar o atual cenário do serviço de telefonia.

O segundo capítulo denominado “Direito do Consumidor” busca-se demonstrar, amparado pela garantia constitucional, o surgimento da Lei nº 8.090/90, a relação jurídica do consumo, a aplicação das regras da defesa do consumidor no serviço de telefonia e finalmente a caracterização e coibição da prática ilícita da publicidade enganosa.

Já no terceiro e último capítulo que recebe título de “Responsabilidade Civil” o foco é analisar qual é a Responsabilidade Civil adotada pelo nosso Código de Defesa do Consumidor caso as operadoras de telefonia pratique ilicitamente a publicidade enganosa.

E para atingir o fim desejado há de se levantar a doutrina pertinente ao tema para melhor delinear sua trajetória, bem como, analisar as respectivas bases legais.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, isto é, do geral para o específico, visto que, dentro do universo da Proteção ao Consumidor o foco foi centralizado na particularidade da prática de publicidade enganosa pelas operadoras de telefonia, onde exige uma pesquisa bibliográfica prévia, quer para o levantamento da situação da questão, quer para a fundamentação teórica, ou ainda para justificar os limites e contribuições da própria pesquisa.

1. OPERADORAS DE TELEFONIA

O setor de telefonia no Brasil cresceu consideravelmente desde a abertura do mercado de telecomunicações via processo de privatização, favorecendo assim o surgimento de várias empresas, a ampliação da concorrência, fortalecendo assim, o respectivo mercado.

Todavia, mesmo com a tecnologia de ponta utilizada nas respectivas operadoras do serviço telefônico, a cada minuto os direitos do consumidor são desrespeitados.

1.1. BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS

Inicia-se o presente histórico com a Constituição Federal de 1946 ao estabelecer em suas normas a pluralidade de competências para a exploração da telefonia, assim distribuindo-as: a exploração da telefonia local ficou com o município, da telefonia intermunicipal com Estado, e finalmente das telefônias interestaduais e internacionais para a União.

Assim, na década de 1950, as concessões dos serviços de telecomunicações eram distribuídas pelo governo Federal, Estadual e Municipal, onde empresas surgem e exploram de forma desordenada, com custos onerosos e sem compromisso pelo serviço prestado. (TELEBRAS, 2011c, s.p.).¹

As telecomunicações no Brasil até meados dos anos 50 resumia-se exclusivamente a telefonia fixa operada por intermédio de telefonistas. Segundo levantamento da Telebrás, no final da década de 50 havia aproximadamente mil companhias telefônicas operando no país, não eram poucas se comparadas ao tamanho da população na época. Entretanto, as concessões eram distribuídas de forma desordenada pelo governo federal e governos estaduais e municipais, gerando muitas falhas operacionais. Faltava, de fato, um controle efetivo de padrões técnicos a serem empreendidos aliados a uma ativa fiscalização.

Na década de 1960, por sua vez, foi aprovada pelo Congresso Nacional, a Lei 4.117, em 27 de agosto de 1962 que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações. Esta lei foi base do crescimento das telecomunicações brasileiras, o qual instituiu os fins das

¹ (TELEBRAS, 2011c, s.p.). Disponível em <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialgpt1/pagina_2.asp>. Acesso: 19/09/2016.

telecomunicações, criou o Conselho Nacional de Telecomunicações (C.O.N.T.E.L.), definiu a competência da União, assim como os serviços de telecomunicações, estabeleceu também as infrações e penalidades, juntamente com as taxas e tarifas das telecomunicações.

De acordo com Christiano (1998, p.26):

O cenário começou a ser modificado quando em 27 de Agosto de 1962, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 4.117 instituindo o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT). O Código, por sua vez, previa a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e da Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel) que, à priori, destinava-se a explorar os principais troncos comerciais de telecomunicações do país.

Em 1967 o Decreto-Lei nº 200, criou o Ministério das Comunicações, substituindo o então Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL, passando a regular os serviços de radiodifusão, serviços postais, de telecomunicações e suas entidades vinculadas, bem como, estabelecido regras ao setor de telecomunicações, como por exemplos: tarifas, regras de interconexões, renovação de concessões, etc.²

Já em 1972 o governo em nome da nacionalização e unificação do sistema de telecomunicações criou a Telecomunicações Brasileiras S/A (TELEBRÁS via Lei 5.792, de 11 de julho de 1972 e passou a incorporar todas as empresas prestadoras do serviço de telecomunicações, evidentemente, após as expirações se expirarem).

Como solução foi autorizada a criação de uma sociedade de economia mista através da Lei 5792, de 11 de julho de 1972. Assim nascia a Telecomunicações Brasileiras S/A – TELEBRAS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com atribuições de planejar, implantar e operar o SNT. Neste sentido, a TELEBRAS instituiu em cada estado uma empresa-polo e promoveu a incorporação das companhias telefônicas existentes, mediante aquisição de seus acervos ou de seus controles acionários. (Telebrás, [c2011], s.p.)

Conforme Shisma, (2007):

O Sistema Telebrás, sociedade de economia mista criada através da Lei 5792, de 11 de julho de 1972, era formado por uma empresa *holding*, 27 empresas-pólo e uma operadora nacional e internacional (Embratel). A Telebrás era vinculada ao Ministério das Comunicações, com atribuições de planejar, implantar e operar o Sistema Nacional de Telecomunicações (SNT). No início, a Telebrás passou a incorporar as companhias nos estados e municípios que prestavam os serviços de forma isolada da rede nacional. Neste sentido, a Telebrás instituiu em cada estado uma empresa-pólo (um monopólio para cada estado da federação) interconectadas

² (Telebrás, [c2011], s.p.). Disponível em: http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialgptel1/pagina_2.asp. Acesso em 19/09/2016.

pela Embratel e promoveu a incorporação das companhias telefônicas existentes, mediante aquisição de seus acervos ou de seus controles acionários. Como resultado, a Telebrás passou a dominar aproximadamente 90% da rede de telecomunicações instalada no Brasil.

A Telebrás, portanto, não exercia um papel operacional, visto que, sua função primordial era de coordenar a política no setor de telecomunicações, bem como, captar recursos para os devidos investimentos através de suas subsidiárias.

Todavia, Padilha (2001) declara que:

As telecomunicações no Brasil sempre passaram por problemas, o que veremos é que precisava da quebra do monopólio estatal para melhor atender as necessidades da demanda e da prestação do serviço. Antes da privatização não era fácil e depois de fazê-la, outras dificuldades surgiram, analisaremos a evolução.

Portanto, nos anos 1980 o modelo estatal já dava sinais de completo esgotamento, visto que, diante do avanço tecnológico as operadoras já não conseguiam mais atender às crescentes demandas, principalmente em razão da falta de investimentos.

E na década de 1990 foi possível sentir o lapso da crise, onde constata a má prestação de serviço, levando ao processo de privatização. Conforme Penna Filho (2009, p.161).

A década de 90 herdou da recessão econômica da década de 80, no qual a alta inflação, taxas de juros internacionais e a crise da política interna resultaram em total estagnação tecnológica do sistema Telebrás, ocorrendo na prática queda na qualidade do serviço, aumento das tarifas, inércia de infraestrutura e dificuldades na aquisição de linhas telefônicas fixas, com grande espera e custo elevado para os consumidores. O resultado foi a convergência de interesses aos processos de privatizações que se instauraram em quase todos os setores econômicos antes dominados pelo monopólio do governo, e as telecomunicações logo tiveram novas forças atuantes em um ambiente de concorrência.

De conformidade com, Miranda Neto (2008, p.15) também registra:

A década de 90 foi marcada por uma polêmica tendência neoliberal de privatizações que circundava as relações político-sociais ao redor do planeta. Tal tendência atingiu em cheio o mercado das telecomunicações pois o Governo se viu pressionado por um sistema de telecomunicações falho e ultrapassado, divergente da tendência no cenário global de privatizações e “em consonância com a onda da “acumulação flexível” que se estende na escala mundial”. (grifo do autor)

Christiano (1998, p.23) aponta os seguintes fatores que levaram à essa situação caótica:

A diluição da competência entre União, os Estados e Municípios; - interesses partidários em detrimento das questões técnicas; - desinteresse das empresas privadas frente o cenário inflacionário pós Segunda Guerra Mundial e a carência de mão de obra especializada no país.

Todavia, a partir de 1995 o Setor de Telecomunicações no Brasil passou por uma importante mudança e seu marco inicial foi a edição da Emenda Constitucional n.º 8 de 15/8/95 que, ao alterar o art. 21, XI da Constituição Federal 1988 possibilitou a quebra do monopólio estatal e permitiu a privatização do Sistema Telebrás .

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95).

Em 1998, o Sistema Telebrás foi então dividido em regiões geográficas e em leilões consecutivos na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro vendidos para a iniciativa privada, a priori, foi dividido em três regiões geográficas de direito às concessionárias mais a privatização da Embratel, definida como região IV, e as respectivas explorações foram distribuídas para 12 holdings, sendo 08 de telefonia móvel e 04 de telefonia fixa.

Conforme Baricelli (2013), a mesma foi desmembrada em oito operadoras de telefonia móvel, três de telefonia fixa e uma de longa distância:

Telefonia fixa:

Tele Centro Sul – Brasil Telecom – arrematado pelos fundos de pensão, Banco Opportunity e Telecom Itália

Tele Norte Leste – Telemar – comprada pelo grupo AG Telecom

Telesp – comprado pela espanhola Telefônica

Telefonia móvel:

Telesp Celular – comprado por Portugal Telecom

Tele Sudeste Celular – comprado pela Telefônica

Telemig Celular – arrematado pelo consórcio Telepart Participações S/A, Telesystem International Wireless, banco Opportunity (27%) e fundos de pensão

Tele Celular Sul – comprado por UGB Participações (União Globo Bradesco, com 50%) e Bitel (Telecom Itália, com 50%)

Tele Nordeste Celular- arrematado por UGB participações (União Globo Bradesco, com 50%) e Bitel Participações (Telecom Itália, com 50%)

Tele Centro Oeste Celular – arrematado por Splice do Brasil

Tele Leste Celular – comprado por Iberdrola e Telefônica de Espanha

Tele Norte Celular – comprado por Telepart Participações, Telesystem International Wireless, banco Opportunity e fundos de pensão

Longa distância:

Embratel – comprado pelo MCI Internacional

A privatização do Setor de Telecomunicações concretizou-se no dia 29 de julho de 1998, implantando assim, um modelo de mercado concorrencial no respectivo setor.

De acordo com Penna (2009, p. 161):

A década de 90 herdou da recessão econômica da década de 80, no qual a alta inflação, taxas de juros internacionais e a crise da política interna resultaram em total estagnação tecnológica do sistema Telebrás, ocorrendo na prática queda na qualidade do serviço, aumento das tarifas, inércia de infraestrutura e dificuldades na aquisição de linhas telefônicas fixas, com grande espera e custo elevado para os consumidores. O resultado foi a convergência de interesses aos processos de privatizações que se instauraram em quase todos os setores econômicos antes dominados pelo monopólio do governo, e as telecomunicações logo tiveram novas forças atuantes em um ambiente de concorrência.

Logo após a abertura do mercado de telecomunicações foi editado a Lei n.º 9.472/97, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT) e criado a agência reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, os quais serão analisados posteriormente.

E assim declara Penna (2009, p.194):

A pressão interna e externa para abertura do mercado culminou com a Lei n.º 9472/97 de 16/07/97, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Tal lei foi responsável pela quebra de paradigma do monopólio estatal nas Telecomunicações, sua principal disposição, além da liberação do mercado, foi a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), agência regulatória que norteia como as empresas devem agir no ramo de Telecomunicações.

Em relação à exploração, assim estabeleceu a nossa Constituição Federal em seu Art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

E também a Lei Geral de Telecomunicações estabeleceu em seu art. 83:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

1.1.1. Contratos de Concessão de Serviço Público

A prestação do serviço público é feita pela Administração Pública e sua prestação poderá ser de forma direta ou indireta, podendo ser organizada de forma concentrada ou desconcentrada, centralizada ou descentralizada.

A prestação direta corresponde ao serviço público prestado diretamente pelo Estado. A prestação indireta corresponde ao serviço prestado por pessoa jurídica criada pelo poder público para exercer determinada atividade.

A centralização administrativa ocorre quando o Estado executa suas tarefas por meio dos órgãos públicos integrantes da Administração Direta, ou seja, pelos órgãos do Estado, despersonalizados (União, DF, Estados ou Municípios), sem outra pessoa jurídica interposta.

Todavia, para proteger o interesse público, e assim buscar uma maior eficiência e especialização no exercício da função pública, o Estado poderá transferir a responsabilidade pelo exercício da função pública via descentralização administrativa, ou seja, O Estado passa a atuar indiretamente por intermédio de outras pessoas jurídicas auxiliares criadas pelo Estado e que compõem a Administração Indireta: autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista.

A desconcentração, já corresponde um fenômeno de distribuição interna de partes de competências decisórias, ou seja, refere-se à organização interna de cada pessoa jurídica.

E a dita prestação concentrada se daria no caso de uma pessoa jurídica não mais apresentar nenhuma divisão em sua estrutura interna.

E há 02 (duas) formas pelas quais o Estado pode efetivar a chamada descentralização administrativa: outorga e delegação.

Outorga é sempre feita por lei e sua transferência ocorre da própria titularidade do serviço para a pessoa administrativa, que o desenvolve em seu próprio nome e não por quem transferiu. Na delegação, o Estado transfere somente a execução do serviço, para o ente prestá-lo ao público em seu próprio nome e por sua conta e risco, sob fiscalização do Estado, contudo.

O contrato de concessão de serviço público objetiva a transferência da gestão e a execução de um serviço do Poder Público ao particular, por sua conta e risco. Contudo, ele

deve abordar o poder concedente, o objeto da concessão, delimitação da área, forma e período da exploração e os direitos e deveres das partes envolvidas. Nesse modo cabe ao Estado acompanhar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público.

O art. 175 da Constituição Federal 1988 e a Lei 8.987 de 13/2/95 estabelecem as regras gerais em relação ao contrato de concessão de serviço público que são efetivadas pela transferência, da Administração Pública à pessoa jurídica de Direito Privado que efetivamente detém a concessão do serviço público e o explora e se remunera mediante cobrança de tarifas dos usuários e condições fixadas pela própria Administração Pública, titular do serviço público.

Di Pietro (2014, p. 343) declara:

[...] concessão de serviço público, em sua forma tradicional, disciplinada pela Lei nº 8.987/95; a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço;

De acordo com Mello (2015, p.725,726), que também conceitua a respeito:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Ainda explicitando o conceito de concessão de serviço público, expõe Rizzatto (2015, p. 150):

Diz a Norma: “órgãos Públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento”, vale dizer, toda e qualquer empresa pública ou privada que por via de contratação com a Administração Pública forneça serviço público, assim como, também as autarquias, fundações e sociedades de economia mista. (grifos do autor)

Rizzatto (2015, p. 150) ainda declara que:

[...] no art. 22 da lei consumerista é estabelecido os serviços públicos essenciais e sua existência, por si só, foi de fundamental importância para impedir que os prestadores de serviços públicos pudessem construir “teorias” para tentar dizer que não estariam submetidos às regras do CDC.

Zanella (2015, p. 335) ressalta que “a concessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de uso de bem público”.

Portanto, os contratos de concessão de um serviço público envolvem todas as atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, envolvendo a gestão e a execução material.

Como foi verificada, a supremacia contratual com o particular é da Administração Pública, que mantém a titularidade do serviço, com as prerrogativas necessárias, desta forma, a concessão de serviços públicos possui natureza jurídica de contrato administrativo e está sujeito ao regime jurídico de direito público.

Existem riscos para os contratos da concessão dos serviços públicos em geral, conforme as doutrinas tradicionais os riscos são tratados da mesma forma como nos contratos administrativos em geral, podendo ser eles de natureza de riscos ordinários e de riscos extraordinários.

Conforme ao exposto, pertence ao Poder Público a fiscalização do serviço concedido, feita por órgão técnico da Administração concedente ou por entidade conveniada, devendo o concessionário prestar o serviço permanentemente, eficientemente e com tarifas módicas, conforme a Lei 8.987/95, reza o art. 6º e §1º:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Então, o serviço disponibilizado é generalizado, isto é, fornecido aos usuários, incluído, com a eficiência necessária, de forma acessível a todos com preços razoáveis (modicidade) e com bom tratamento ao público (cortesia). Atendendo a estes requisitos o serviço será considerado adequado, porém desatendido qualquer destes requisitos será o concessionário exposto as sanções regulamentares ou contratuais estabelecidas na concessão.³

1.2. LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES (LGT)

³<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3070/Contrato-de-concessao-de-servicos-publicos>. Acessado em 20/09/2016.

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT), nº 9.472, criada em 16 de julho de 1997, conhecida como LGT, discorre sobre a “organização dos serviços de telecomunicações”, conforme a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995.

A LGT define serviço de telecomunicações como o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.⁴

Este serviço é classificado como: serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. Na forma de regime jurídico é classificado como: regime público e regime privado.⁵

Com a nova lei foi possível a criação da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Em seu artigo 19, caput define:

“À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade [...]”

Verifica-se que a nova lei foi criada, com intuito de nortear o ramo de telecomunicações, marcando assim, uma nova postura do governo, visto que, o Estado passou de provedor para regulamentador do setor de telecomunicações. E assim, determinou a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a reorganização dos serviços de telecomunicações, a reestruturação e privatização da Telebrás e a definição do princípio geral que rege os serviços de telecomunicações.

1.2.1. Princípio Geral de Regulamentação (PRG)

Conforme a Lei Geral das Telecomunicações nº 9.472/97, em seus artigos 2º,3º,4º e 6º dispõe os princípios gerais de regulamentação:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

⁴ http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialleg/pagina_7.asp. Acesso em 05/11/2016.

⁵ http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialleg/pagina_7.asp. Acesso em 05/11/2016.

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;

VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;

VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;

VIII - ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;

IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;

X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço;

XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Art. 4º O usuário de serviços de telecomunicações tem o dever de:

I - utilizar adequadamente os serviços, equipamentos e redes de telecomunicações;

II - respeitar os bens públicos e aqueles voltados à utilização do público em geral;

III - comunicar às autoridades irregularidades ocorridas e atos ilícitos cometidos por prestadora de serviço de telecomunicações.

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Esses princípios têm como meta, alcançar o anseio da sociedade por um serviço onde todos tenham igualdade. Tal preceito corresponde à possibilidade de exigir qualidade no serviço prestado, respeitando assim, a justa competição entre as operadoras.

1.2.2. Agência Reguladora: ANATEL

A Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) tem função reguladora de forma vinculada ao Governo Federal. Sua competência se dá no setor de telefonia.

A criação desta autarquia teve como intuito agilizar as necessidades do desenvolvimento desse segmento, com a finalidade de fornecer um serviço satisfatório, com qualidade e um preço acessível para a população.

A ANATEL foi criada pelo governo federal para instituir, disciplinar, fiscalizar e regular a execução e a comercialização dos serviços de telecomunicações prestados pela iniciativa privada no Brasil, deve haver ainda, a atuação no âmbito econômico de modo a impedir o controle de posição monopolista e garantir a livre concorrência através do levantamento de dados sobre o mercado de atuação. A Agência possui como órgão máximo o Conselho Diretor, composto por cinco conselheiros. Também possui um Conselho Consultivo que é um órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência. Ainda, conta com uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria. A estrutura interna foi alterada pela Resolução 612/2013, que contou com a participação de servidores e da sociedade. A partir daí foram criadas oito superintendências para a modernização da estrutura e divisão das principais competências.⁶

Além de instituir os seguintes princípios: Princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade, também teve como atribuição a elaboração de dois planos necessários à privatização da Telebrás: o Plano geral de Outorgas que estabelecia as regras para as concessões dos serviços públicos de telefonia, bem como, o Plano Geral de Universalização do Serviço de telecomunicações que determinava as metas a serem atendidas pela concessionárias com intuito de atender as demandas dos consumidores.

1.3. CONCEITO DE TELEFONIA

O serviço de telefonia assim está definido no art. 60, § 1º na Lei Geral de Telecomunicações: “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Neto (2000, p. 165) afirma:

O serviço de telecomunicações consiste em um transporte de coisas não físicas (dados, sinais, imagens, etc.) por alguns meios que dão suporte a esta utilidade (fio,

⁶ <https://jus.com.br/artigos/39199/anatel-agencias-reguladoras>. Acessada em 06/11/2016.

meio eletromagnético, ótico). A definição é aberta e abrangente devido ao fato de ser impossível fixar o conceito de telecomunicações.

Mascarenhas (2008. p. 43), por sua vez, registra:

Na definição de telecomunicação há três elementos distintos: um que trata do conteúdo ou objeto da telecomunicação (símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza); outro que trata do meio, ou forma, pelo qual transita este conteúdo (por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético), e o terceiro que trata de definir de que tipo de trânsito se trata (transmissão, emissão ou recepção).

Assim, o serviço de telefonia corresponde a um espectro de radiodifusão, reconhecido como um bem público administrado pela Agência Nacional de Telefonia (Anatel).

1.4. VINCULAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É estabelecida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços de telefonia, considerando as demandas entre consumidor e operadoras de telefonia.

O regulamento sobre direitos e garantias dos consumidores frente aos serviços de telecomunicações deve ser seguido por todas as empresas existentes no país. Assim tem-se diversas regras a serem observadas para a prestação de serviços de telefonia.

O Código de Defesa do Consumidor resguarda os direitos dos considerados "vulneráveis", enquadrando tanto as pessoas físicas como as jurídicas nesse título. Assim, o artigo 2º do CDC define como consumidor: "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Para que as pessoas jurídicas sejam consideradas no conceito acima, deve-se analisar se ela é vulnerável na relação de consumo com o fornecedor e também se ela se enquadra como destinatário final do produto ou serviço.

Os consumidores dos serviços de telefonia são protegidos dentro do âmbito da defesa do consumidor, visto que, as concessionárias, operadoras do serviço de telefonia móvel ou fixo, como fornecedoras de serviço público, são obrigadas a prestar um serviço eficiente aos seus respectivos consumidores.

Assim, o consumidor dos serviços de telefonia possui o direito subjetivo de obter a devida qualidade, sob pena de ser infringida a norma de ordem pública, e ser a operadora responsabilizada pelo dano causado ao consumidor.

E esta proteção está firmada em vários institutos legais, como por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei Geral de Telecomunicações e até em Resoluções da Anatel, conforme veremos a seguir:

1.4.1 Código de Defesa do Consumidor (Art. 22 e 42)

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) trata da forma em que os serviços públicos devem ser fornecidos, dando relevância aos serviços públicos essenciais.

Assim preceitua o artigo 22 do CDC:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

A eficiência é adjetivo primordial para a adequação dos serviços públicos. O consumidor receberá o serviço público com eficácia quando sua necessidade for suprida concretamente. É preciso obedecer vários princípios constitucionais em cumprimento do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

Esse artigo estabelece que os órgãos públicos devem prestar uma boa administração. Assim, com o dever de cumprir, vem a obrigação de reparar os danos caso venha a descumprir essa função.

Entretanto, um serviço público necessita ser adequado, eficiente, seguro e quando essenciais devem ser contínuos. Esses adjetivos suplicam a qualidade que o consumidor precisa receber.

O art. 42 do Código de Defesa do Consumidor tem a seguinte redação:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Art. 42-A. Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente. (Incluído pela Lei nº 12.039, de 2009).

O referido artigo veda a cobrança de débito o qual exponha o consumidor ao ridículo ou a qualquer constrangimento ou ameaça sob pena de reparação de danos. O artigo não cita a má-fé, penalizando desde logo o ato de cobrar valores indevidamente, presumindo conduta contrária aos preceitos do código.

A repetição do indébito se dá pela medida processual na qual uma pessoa pleiteia a devolução de uma quantia paga desnecessariamente

1.4.2 Lei Geral de Telecomunicações (Art. 5º)

Preconiza o art. 5º da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Em análise desse artigo os princípios constitucionais alicerçam as relações econômicas de forma primordial, visto que, o princípio da soberania dirige os interesses da coletividade e propicia meios para que o Estado desenvolva políticas públicas com o escopo dar condições igualitárias a todos; a interpretação da função social da propriedade tem como fim o bem estar da coletividade e liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor visa a redução das desigualdades regionais e sociais, bem como, a repressão ao abuso do poder econômico

Bastos (1990 p. 41) ensina a livre iniciativa como sendo:

[...] uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo.

Pela livre concorrência entende-se que no setor de Telecomunicações se tem a oportunidade de competir de forma justa no mercado.

No que tange a defesa do consumidor esse princípio visa tutelar indivíduos específicos considerados como “vulneráveis” no mercado de consumo, denominados pelo Código.

No serviço de telecomunicações é preciso que se integre o princípio da redução da desigualdade regional e social como forma de qualidade em seu serviço, assumindo assim um compromisso ético e social de construir um mundo mais justo para as futuras gerações.

A Constituição Federal dispõe sobre a necessidade de repressão das formas de abuso econômico. Segundo o art. 173, § 4º da CR 88: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

O princípio da continuidade do serviço prestado no regime público estabelece a prestação ininterrupta do serviço público, considerando o dever do Estado de aplicar os direitos fundamentais.

1.4.3 Resolução Anatel

Existem diversas resoluções da Anatel e elas estabelecem as regras do setor de telecomunicações, de acordo com o art.22 da Lei Geral de Telecomunicações.

Assim, serão analisadas algumas resoluções relacionadas ao tema em acordo com a Lei de Telecomunicações.

1.4.3.1 Resolução 426/05 STFC (Art. 78.)

A Resolução 426/05 resolve aprovar o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC). O STFC tem por objetivo disciplinar as condições de prestação e fruição em regime público e em regime privado. Assim, exercem duas formas de operar, sendo as

autorizadas e as concessionárias. As autorizadas atuam pelo regime jurídico privado e não possuem obrigações de universalização e continuidade, mas estimulam a competição do setor.

As concessionárias prestam serviço em regime público, com obrigações, direitos e deveres sendo regulamentadas por contrato de concessão.

O art. 78 preceitua: “Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 1990, e suas alterações, salvo hipótese de ser a norma regulamentar mais benéfica ao consumidor”.

No referido artigo é reconhecido a relação de consumo ao serviço de telefone fixo comutado que for prestado entre a operadora e o consumidor final.

Segundo Miragem (2014, p.500):

Na execução dos contratos de serviços de telecomunicação prestados ao consumidor identificam-se, igualmente, diversos aspectos que devem ser considerados em vista da proteção legal definida pelo CDC. Em primeiro lugar, observe-se que no dever de qualidade dos serviços de telecomunicação ofertados pelo consumidor, insere-se a continuidade e adequação do serviço. Significa dizer que viola este dever de qualidade as interrupções na disponibilidade do serviço de regra existente quando a oferta ultrapassa a capacidade de atendimento dos próprios fornecedores.

No entanto, pelo art. 78 da referida resolução fica estabelecido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao Serviço de Telefônico Fixo Comutado, considerando seus objetivos, princípios, direitos e obrigações.

1.4.3.2 Resolução 477/07 Móvel (Art. 9º)

A Resolução 477/07 aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal (SMP), considerando as leis já estabelecidas pela Telecomunicação e de conformidade com o art. 9º diz que:

Art. 9º Os direitos e deveres previstos neste Regulamento não excluem outros previstos na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na regulamentação aplicável, no Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações e nos contratos de prestação firmados com os Usuários do SMP. (Redação dada pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014).

Portanto, em relação ao serviço móvel, esta Resolução também estabelece a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos serviços de telefonia celular:

Consequentemente, as operadoras do serviço de telefonia são obrigadas a prestar um serviço de excelência ao consumidor, atendendo a inúmeros princípios impostos pela legislação.

2. DIREITO DO CONSUMIDOR

O Direito do Consumidor surgiu na medida em que se constatou a grande desigualdade na relação entre consumidor e fornecedor, sendo uma garantia muito importante do Direito brasileiro. Em 1990, foi aprovada a Lei 8078, intitulada como Código de Defesa do Consumidor.

Para afirmar a proteção ao consumidor Catalan (2007, p. 26) explica:

Visando solucionar parte dos conflitos de interesses que explodiram diuturnamente no seio social, enquanto fruto de determinação insculpida no artigo 5º da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, foi aprovado em 1990, objetivando ser um instrumento efetivo de proteção às relações de consumo, mas principalmente, visando salvaguardar o pólo mais fraco da relação negocial, explorando desde antes de seu nascimento e até mesmo após sua morte.

O Código de Defesa do consumidor relaciona um conjunto de normas dos direitos do consumidor, assim como estabelece a responsabilidade de quem vende os produtos, relaciona as práticas de comércio e a publicidade, proíbe práticas abusivas e aplica punições para o desrespeito ao consumidor.

Não se pode falar em Direito do Consumidor sem pensar num estado social, fruto de toda essa evolução que a história das conquistas da Idade Moderna até o presente momento da história humana logrou satisfazer em seu benefício (MENDES, 2009).

A Defesa do Consumidor possui mandamentos constitucionais a fim de respaldar um direito fundamental de ordem pública e interesse social.

2.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR (ART. 170,V, CF)

A Constituição Brasileira protege o consumidor, tanto que em seu artigo 5º, inciso XXXII ressalta: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” A proteção ao consumidor caracteriza um interesse social de ordem pública. Assim, o consumidor é reconhecido em sua vulnerabilidade.

Marques (2009, p. 27) afirma que “a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil [...], garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor”.

A defesa ao consumidor possibilita a plena defesa do indivíduo diante de possíveis abusos ocorridos nas relações de consumo de bens ou serviços. E o artigo 170, inciso V da própria Constituição Federal reafirma a necessidade de defesa do consumidor:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

[...]

Pelo ensinamento de Neto (2006, p. 675) podemos compreender que: “a ordem econômica consiste num plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico”.

Tal assento constitucional ganha as seguintes considerações nas palavras de Mendes (2009 p. 1413):

Nesse contexto, é fácil compreender por que, no bojo da constitucionalização da economia, a figura do consumidor mereceu tratamento específico e diferenciado, conferindo-se lhe indiscutível superioridade jurídica para compensar a sua evidente inferioridade de fato, enquanto agente econômico mais vulnerável nas relações e consumo. Trata-se, no particular, de uma ideia essencialmente idêntica à que inspirou, desde as suas origens, a legislação trabalhista como instrumento de proteção do trabalhador, para tanto considerada a parte frágil na relação de emprego.

Para Miragem (2014, p.57) ao expressar a respeito da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, consegue concretizar a importância do mesmo da seguinte forma:

E verifica-se caráter de maior relevo da defesa do consumidor também quando se observa esta determinação elevada pela Constituição a princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, V). Situa-se, pois, no texto constitucional, como princípio da ordem econômica que não se observa exclusivamente como conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão como caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e com princípio. Assume um caráter conformador da ordem econômica.

A liberdade concorrencial entre as empresas deve respeitar a defesa garantida aos consumidores.

Contudo, a garantia constitucional do consumidor prescrita no art. 170, V da Constituição Federal estabelece a competência para explorar o mercado com liberdade desde que sejam observadas as regras em defesa do consumidor.

A Constituição Brasileira protege de forma igualitária a livre concorrência e a defesa do consumidor.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.

Desde o início da humanidade já temos caracterizado a relação de consumo, pois se pode perceber a preocupação de assegurar a qualidade dos serviços prestados.

A origem de consumo nos ensinamentos de Lucca (2008, p.47) se divide em 3 fases:

Na primeira delas, ocorrida após a 2ª Grande Guerra, de caráter incipiente, na qual ainda não se distinguiam os interesses dos fornecedores e consumidores, havendo apenas uma preocupação com o preço, a informação e a rotulação adequada dos produtos. Na segunda fase, já se questionava com firmeza a atitude de menoscabo que as grandes empresas e as multinacionais tinham em relação aos consumidores, sobressaindo-se, na época a figura do advogado americano Ralph Nader. Finalmente, na terceira fase, correspondente aos dias atuais, de mais amplo espectro filosófico - marcada por consciência ética mais clara da ecologia e da cidadania - interroga-se sobre o destino da humanidade, conduzido pelo torvelinho de uma tecnologia absolutamente triunfante e pelo consumismo exagerado, desastrado e trêfego, que põe em risco a própria morada do homem.

A proteção do consumidor no Brasil teve força com a Constituição Federal de 1988. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinava a criação do Código de Defesa do Consumidor, tornando-se cláusula pétrea prevista no inciso XXXII de seu artigo 5º, prescrito que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Antes da Constituição havia leis espalhadas que acalentavam o consumidor.

Rizzato Nunes (2015 p.40) ensina:

Inicia-se colocando um ponto: o CDC, como sabemos, foi editado em 11 de setembro de 1990; é, portanto, uma lei muito atrasada de proteção ao consumidor. Passamos o século inteiro aplicando as relações de consumo no Código Civil, lei que entrou em vigor em 1917, fundada na tradição civil europeu do século anterior.

Com a criação da lei 8.078 em 1990, o direito do consumidor passou a ser mais conscientizado e presente nas obrigações e direitos que cada um.

O propósito do Código de Defesa do Consumidor é garantir a organização e respeito no vínculo entre os prestadores de serviços, fornecedores de produtos e os consumidores finais.

2.3. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A relação de consumo é o relacionamento do negócio jurídico celebrado, obedecendo às normas do consumidor.

2.3.1. Conceito

Entende-se que é toda relação de consumo existente entre consumidor e fornecedor, tendo como objeto o fornecimento de um produto ou da prestação de um serviço.

Para caracterizar a relação jurídica de consumo é preciso haver o sujeito e o objeto.

Rizzato Nunes (2015 p.118) enfatiza:

O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo. Insta, portanto, que estabeleçamos em que hipóteses a relação jurídica pode ser assim definida. [...] haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos pólos da relação o consumidor no outro o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.

Na relação de consumo, o produto ou serviço são considerados como elementos objetivos.

Assim, os elementos subjetivos são considerados como sendo o consumidor designado como sujeito ativo, acolhido pelo Código de defesa do Consumidor e o fornecedor como sujeito passivo que negocia um produto ou serviço.

Se houver relação de consumo é aplicado o Código de Defesa do Consumidor, não havendo relação de consumo aplica-se o Código Civil.

2.3.2. Elementos

Os elementos são imprescindíveis para caracterizar a relação de consumo entre consumidor/fornecedor de produtos ou serviços, sendo fundamental para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

2.3.2.1. Consumidor

Preceitua o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 2º que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final”, em outros termos, é aquele que compra, adquire ou paga por serviços, mercadorias ou bens.

O artigo citado deixa claro quem pode ser o consumidor e traz junto a necessidade de haver um produto ou serviço e que haja destinação final.

Perante a definição do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se o quão extenso é o conceito de consumidor. Assim, a principal problemática do conceito de consumidor refere-se ao destinatário final, que causa controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

Sobre esse assunto, explica Rizzatto Nunes (2015, p. 119), que:

A mera interpretação gramatical dos termos da cabeça do artigo não é capaz de resolver os problemas que surgem. Todavia, devemos lançar mão dela, porquanto permitirá a explicitação da maior parte das questões. [...] A lei emprega o verbo “adquirir”, que tem de ser interpretado em seu sentido mais lato, de obter, seja a título oneroso ou gratuito. [...] O problema do termo “destinatário final” está relacionado a um caso específico: o daquela pessoa que adquire produto ou serviço como destinatário final, mas que usará tal bem como típico de produção.

Miragem (2014, p. 145) ressalta que:

A expressão destinatário final admite distintas interpretações. Por ela podemos identificar em um primeiro momento aquela que implica a utilização do bem, mediante sua destruição, aproximando-se do conceito de bens consumíveis, presentes no direito civil. Por outro lado, por destinatário final pode-se identificar como sendo destinatário fático, ou seja, aquele que ao realizar o ato de consumo (adquirir ou utilizar) retira o produto ou serviço do mercado de consumo, usufruindo de modo definitivo sua utilidade.

Contudo, para o enquadramento das pessoas jurídicas ao conceito de consumidor é preciso analisar o conceito de destinatária final do produto ou serviço e se ela se apresenta

como vulnerável frente à relação de consumo. Perante esses questionamentos foram criadas duas teorias, a Teoria Finalista e a Teoria Maximalista.

Para teoria finalista, o destinatário final é aquele que dá um fim econômico ao produto, ou seja, o consumidor precisa retirar o produto do mercado, não podendo mais obter lucratividade com aquele produto. Marques (2006, p. 304) comentar:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

A ministra Nancy Andrighi (STJ- REsp 1195642 RJ 2010/0094391-6) muito bem explica:

Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

Já para a teoria Maximalista, não é considerada a questão econômica, ou seja, basta que o consumidor retire o produto do mercado para que ele possa dar direção final. Silva (2008, p. 8) fala a respeito da teoria:

Consumidor é quem adquire no mercado de consumo o produto ou serviço; aquele em razão de quem é interrompida a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços, para usufruir ele mesmo, ou terceiro a quem os ceda, das respectivas funções – ainda que esses bens e serviços possam ser empregados, indiretamente, no exercício de sua empresa ou profissão, isto é, ainda que venham a ser interligados, acessoriamente, à sua atividade produtiva ou profissional, coletiva ou individual, voltada ou não para o lucro (destinatário final fático).

Em conclusão, apesar das teorias, as jurisprudências têm analisado não apenas a destinação do produto ou serviço adquirido, mas o porte econômico do consumidor.

2.3.2.2. Fornecedor

O conceito de fornecedor está definido no caput do art 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O conceito de fornecedor também é vasto, uma vez que traz um critério limitador: desenvolver atividade.

Rizzatto Nunes (2015 p.133/134) explica:

É importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos pólos da relação jurídica está o fornecedor como o que se poderá definir se há ou não relação de consumo (para tanto, terá de existir no outro polo o consumidor). [...] É por isso que a definição da relação de consumo é fundamental para se descobrir se é aplicável ou não o CDC.

O conceito de fornecedor considera um modo geral, onde todas as pessoas e até os entes despersonalizados se incluem nesta definição.

O Código de Defesa do Consumidor incluiu entre os fornecedores as pessoas jurídicas de direito público, as quais podem figurar com tal qualidade na prestação de serviços públicos.

O artigo abrange todos aqueles que participam da exposição de um produto e/ou serviço no mercado de consumo. Um fator importante se faz na necessidade de o fornecedor de produto ou serviço ser realizado com frequência, e não esporadicamente.

2.3.2.3. Produtos e Serviços

Nos termos do art. 3º, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, "produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial".

Rizzatto Nunes (2008 e p. 90) diz:

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado e consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É mais vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer

no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicação).

Não há critério limitador de produto. Qualquer produto é considerado perante o CDC, desde que haja relação entre consumidor e fornecedor.

Todo bem que for comercializado no mercado de consumo é considerado produto.

Por serviço, temos a seguinte redação do Código do Direito do Consumidor no art. 3º, § 2º “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Ao tratar da remuneração quis dizer sobre o pagamento direto efetuado pelo consumidor ao fornecedor e também indireto que refere-se à aquele benefício comercial indireto fruto da prestação de serviços ou do fornecimento de produtos aparentemente gratuitos.

Entretanto Tartuce (2014, p. 89) leciona:

Cumpra esclarecer que, apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista. Como primeiro exemplo, invoca-se o caso do estacionamento gratuito em lojas, shoppings centers, supermercados e afins, respondendo a empresa que é beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores.

Caracteriza-se como serviço aquela atividade realizada mediante remuneração, contudo, os serviços gratuitos não alcançam o Código do Direito do Consumidor. Contudo, é preciso observar se o serviço é aparentemente gratuito ou puramente gratuito. No caso do estacionamento gratuito em shopping conforme diz Tartuce, de gratuito não tem nada, pois ele é disfarçadamente gratuito, porque o fornecedor lucra com as compras feitas e os serviços aproveitados pelo consumidor, assim, se houver furto do veículo ou no veículo, o shopping deverá reparar o prejuízo de acordo com as regras do Código de Defesa do Consumidor.

2.4. PUBLICIDADE

A palavra publicidade significa a qualidade do que é público, vulgarização; divulgação; promoção de produto ou serviço através dos meios de comunicação social ou a mensagem que publicita esse produto ou serviço.

Nunes Júnior (2001, p. 22-23) diz que publicidade é “o ato comercial de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direto ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços”.

Conforme o Código de Defesa do consumidor a publicidade é a maneira de veicular uma oferta com o objetivo de promover conceitos ou ideias e incentivar a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Publicidade e propaganda, embora tenham significados diversos, muitas vezes é utilizada indistintamente pelas pessoas e pela mídia de uma maneira geral, o que gera confusão inclusive entre os profissionais do Direito.

2.4.1. Diferença entre publicidade e propaganda

A publicidade é o jeito de despertar no público a vontade de comprar. Possui o objetivo de obter lucro através da atividade comercial. A publicidade é um meio utilizado para incentivar o público a comprar seus produtos.

A propaganda é a difusão de ideias sem finalidade comercial ou lucrativa. Ela tende a influenciar as pessoas com objetivo ideológico, religioso, econômico ou político.

Benjamin (2001, p.270) trata da diferença da seguinte forma:

A publicidade tem um objetivo comercial. [...] enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. [...] A diferença essencial entre publicidade e propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com intenção de alcançar lucro, enquanto que a segunda exclui quase sempre a ideia de benefício econômico.

Miragem (2015, p.248) explica essa diferença:

Doutrinariamente, busca-se distinguir entre fenômenos da publicidade e da propaganda, a publicidade sendo a que se realiza com o fim de estimular e influenciar o público em relação a aquisição de determinados produtos ou serviços, em que em geral enseja que seja feita dentro do mercado de consumo. [...] Já a

propaganda faz-se com relação a uma série de ideias e conceitos, cuja promoção não se vincula ao objetivo de lucro ou obtenção de alguma vantagem econômica. Todavia, tal distinção não se observa, como regra, na legislação, que utiliza os termos publicidade e propaganda, no maior patê das vezes, como expressões sinônimas.

Em termos esclarecedores a propaganda é o ato de divulgar ideias, conceitos e valores sem fins lucrativos e a publicidade é fazer isso com objetivo de ter lucro por parte do anunciante.

2.4.2. Princípios da publicidade

A atividade publicitária é regida por princípios que regulamentam determinadas situações, dentre eles destacam-se o da identificação, da veracidade e da vinculação.

O princípio da identificação da publicidade está prescrito 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.” O anúncio deve ser claramente distinguido pelo consumidor, sendo vedada qualquer publicidade clandestina e subliminar. A publicidade deve ser vinculada de forma que não cause embaraço ao consumidor.

O princípio da veracidade da publicidade está delineado no artigo 37, § 1.º do Código de Defesa do Consumidor:

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.

Por este princípio as informações devem ser necessariamente verdadeiras. Assim, as informações da publicidade não podem induzir o consumidor em erro. As informações devem ser claras, honestas, completas e autênticas.

O princípio da vinculação obriga o fornecedor a cumprir o que foi anunciado. Para ilustrar este princípio há de se anotar dois artigos o 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor:

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.

Art. 35 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 da quantia eventualmente, monetariamente atualizada, e as perdas e danos.

Contudo, os fornecedores precisam prestar atenção ao emitir suas publicidades e ofertas, a fim de evitar as sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor.

2.5. PUBLICIDADE ENGANOSA

A palavra engano tem vários significados, dentre eles o que merece destaque são: Equívoco e Confusão. Portanto, publicidade enganosa é aquela que ilude o consumidor sobre produtos ou serviços ou deixa de dar informações básicas, levando-o ao equívoco ou confusão.

2.5.1. Coibição no Código de Defesa do Consumidor

É um direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa impostas no fornecimento de produtos e serviços;

A prática da publicidade enganosa é proibida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro, artigo 37, caput e parágrafo 1.

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.

O Código protege o consumidor de qualquer informação ou comunicação de caráter publicitário capaz de induzi-lo a erro quanto ao produto ou serviço ofertado, considerando que está lesão acarreta enormes prejuízos a um enorme número de consumidores.

Quem comete a publicidade enganosa comete infração prevista no artigo 67 do Código do Consumidor:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:
Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Além da responsabilidade penal, o Código de defesa do consumidor prevê a responsabilidade civil em seus artigos 18 a 20 prescrevendo a responsabilidade sobre os produtos e serviços pelo fornecedor, o qual responde solidariamente pelos vícios causados ao consumidor quando ocorrer alguma lesão e violação nas relações de consumo. Assim, o artigo 986 do Código Civil preceitua que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

2.5.2. Espécies (comissão ou omissão)

A publicidade enganosa comissiva é aquela que divulga o produto ou serviço que não tem nada a ver com a realidade. Acontece quando o fornecedor da informação contrária da verdadeira para o consumidor. São informações falsas, ou seja, mal-intencionadas do fornecedor. Por exemplo, um anúncio apresenta um celular com proteção contra água, mas na verdade essa função não existe de forma alguma nesse celular.

Almeida (2013, p.315) muito bem explica publicidade enganosa por comissão:

Na publicidade enganosa por comissão, afirma-se algo que não é real ou mostra-se uma situação que não condiz com a realidade, tudo de forma capaz a induzir o consumidor em erro. É o caso do anúncio de um veículo automotor 2.0 em que a informação veiculada é a de que tal carro consegue atingir a milagrosa marca de 20 km/l no trânsito dos grandes centros urbanos. Até o surgimento de tecnologia capaz de conseguir tal façanha, encontra-se aí um bom exemplo de publicidade enganosa por comissão ao afirmar algo que ainda não existe. Também é a hipótese da publicidade das cervejas, que demonstra sempre um ambiente de muita festa e alegria, realidade muito diferente dos malefícios que tal produto é capaz de causar aos seus consumidores, conforme estudaremos em subitem próprio.

A publicidade enganosa por omissão acontece quando o fornecedor deixa de informar sobre dados importantes do produto. Assim, essa informação que deixou de ser feita, poderia influenciar na decisão da pessoa. Por exemplo, uma pessoa vê uma publicidade a respeito de um carro que está muito barato e decide comprar, depois de comprado, ele

descobre que este carro na verdade estava com motor fundido e danos irreparáveis em sua estrutura interna. Percebe-se que neste exemplo o fornecedor omitiu uma informação essencial para o valor baixo de venda deste carro, caracterizando então a publicidade enganosa por omissão.

Almeida (2013, p. 316) ensina a publicidade enganosa por omissão da seguinte maneira:

Já na publicidade enganosa por omissão, o fornecedor deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço, ou seja, há ausência de informação sobre dado relevante que, uma vez existente, poderia influenciar no comportamento do consumidor.

Contudo, a publicidade de produtos ou serviços devem primordialmente informar todos os detalhes do produto a fim de evitar a publicidade enganosa.

2.5.3. Possíveis formas

Não é necessário induzir o consumidor ao erro para que a publicidade seja considerada enganosa. Ainda que o consumidor não tenha sido enganado, a publicidade será considerada ilegal. É suficiente que exista a potencialidade. Portanto existem diversas formas de se caracteriza-la.

2.5.3.1. Clandestina

Clandestino significa fazer as escondidas e contra as leis.

A publicidade clandestina é aquela que não mostra com clareza o que está sendo passado. A publicidade é feita de maneira errada pelo telespectador, que associa o produto às situações e circunstâncias positivas transmitidas. Portanto, não atende o Código de Defesa do Consumidor, onde explica que a publicidade deve ser de fácil entendimento, para a identificação imediata.

Assim, para concluir, Grinover e col. (2008, p. 205/208) comentam:

"A publicidade tem que ser identificada pelo consumidor. O legislador brasileiro não aceitou nem a publicidade clandestina, nem a subliminar (...) publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta

enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor (...) O dispositivo visa impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja por ele percebida como tal (...) Veda-se, portanto, a chamada *publicidade clandestina*, especialmente sem sua forma redacional, bem como a *subliminar*"

2.5.3.2. Subliminar

Subliminar significa aquilo que não está explícito, mas que pode ser entendido de forma indireta pelo subconsciente, ou seja, de forma induzida.

A publicidade subliminar é transmitida às escondidas na tentativa de influenciar o consumidor sem que ele tenha consciência disso.

Almeida (2013, p. 178) entende a publicidade subliminar como:

[...] é aquela que pretende atingir o subconsciente, sendo a mensagem projetada a uma velocidade tão rápida que não chega a ser perceptível conscientemente. No momento da compra, o produto aflora no nível da consciência, como se fosse uma escolha espontânea.

Assim, a publicidade subliminar produz estímulos na consciência do consumidor sendo capaz de alterar seus comportamentos e manipular suas atitudes.

2.5.3.3. Teaser

Significa provocação, assim, o fornecedor utiliza a publicidade para estimular a curiosidade do consumidor em relação a uma notícia. O *Teaser* provoca a imaginação. Contudo, quer dizer que significa um anúncio provocador.

Chaise (2006, p. 8) “o *teaser* pode ser entendido como a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço”.

2.5.3.4. Merchandising

Significa um conjunto de técnicas usadas através do produto para colocá-lo em competição. Ou seja, são técnicas para atrair o consumidor. O *Merchandising* proporciona

melhor informação e melhor visibilidade dos produtos ou serviços, com o objetivo de motivar a decisão de compra do consumidor.

Não é uma prática vedada por lei, contudo, é preciso se especificar na publicidade que está ocorrendo um merchandising.

Almeida (2013, p.177) define Merchandising como:

É a técnica de veiculação indireta de produtos ou serviços por meio da respectiva inserção no cotidiano da vida de personagens de novelas, filmes, programas de rádio ou TV, dentre outros. É o caso do galã da novela que aparece em determinada cena, sentado a uma mesa de bar, tomando certa marca de refrigerante que aparece com seu rótulo no plano central da imagem.

2.5.3.5. *Puffing* ou exagero publicitário

O *puffing*, refere-se a publicidade excêntrica para convencer o consumidor a adquirir certo produto ou serviço.

Almeida (2013, p.178) ressalta que:

O exagero publicitário, também conhecido como “*puffing*”, é uma prática muito comum nas tão premiadas mensagens publicitárias do nosso país. Exemplo típico de exagero é a mensagem que diz ser determinado chocolate “o mais gostoso do mundo” ou imagens que mostram contextos tão fantasiosos que não são capazes de enganar o consumidor, como no caso de um tapete voador. De fato, seu caráter quase sempre jocoso não permite ser encarado como uma informação vinculante para o patrocinador da mensagem.

Esses exageros publicitários não configuram práticas ilícitas, portanto é preciso se adequar aos princípios da veracidade e da transparência na informação para que não ocorra engano.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Historicamente a ideia da responsabilidade está baseada no antigo princípio *neminem laedere* (ninguém se deve lesar), que por sua vez, provém do preceito de Ulpiano previsto no Código de Justiniano (Digesto, 1, 1, 10, 1), onde constam os fundamentos para uma vida justa: (i) *honeste vivere* (viver honestamente), (ii) *alterum non laedere* (a ninguém lesar) e (iii) *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é devido).

E é nesta ideia que Silva (2010, p.240) apresenta os primórdios do instituto da Responsabilidade Civil:

A ninguém ofender é o que se traduz da locução latina *neminem laedere*, um dos três *juris praecepta*, insertos na Institutas de Justiniano, na expressão *alterum non laedere* (a outrem não ofender) (...) fundando um dever social, elementar à própria ordem jurídica, impõe, em princípio, que não se deve lesar a ninguém, respeitando os direitos alheios, como os outros devem respeitar os direitos de todos.

Assim, o dever de não lesar a outrem, tem sua origem nos pensamentos dos filósofos gregos que foram absorvidos por outras sociedades, se tornado assim, a base de vários ordenamentos em relação ao dever de indenizar os danos ou prejuízos causados a outrem. E conforme ensina Diniz (2009, p. 33): “O vocábulo ‘responsabilidade’ é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo”. Daí, o Estado passa a intervir nas relações privadas, surgindo assim as primeiras codificações, como por exemplo, a *Lex Aquila* que conforme Venosa (2007,p.18):

[...] foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do Século II a.C, que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.

O tema Responsabilidade Civil, passou, assim, a estar presente em vários Códigos Civis e a trazer o escopo de restaurar o dano causado que tenha levado a subtração do bem jurídico da vítima, como, por exemplo, no artigo 1.382 do Código Napoleão (Código Civil francês): “qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele do que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano”.

E assim assevera Diniz (2009, p. 23).

A responsabilidade Civil por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela

lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do estado *a quo* antes ou numa importância em dinheiro.

3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme a seguir, a doutrina não traz muita divergência ao apresentar o conceito de Responsabilidade Civil com base na restauração da harmonia moral ou econômica referente ao dano sofrido pela vítima, bem como, em determinar em que condições alguém pode ser considerado responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo.

Inicialmente Rodrigues (2002, p.6) declara que, “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado à outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Venosa (2007, p. 1), por sua vez, afirma que "o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de uma ato, fato, ou negócio danoso".

Diniz (2009, p. 35), por sua vez, apresenta:

A responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa por ela pertence ou simples imposição legal.

Já Silva (2010) ensina:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Gagliano (2012, p.54), por sua vez, conceitua-se como a atividade danosa, onde alguém tenha violado uma norma jurídica preexistente:

[...] conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

E Silva (2015, p.125) declara:

[...] dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não, fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção”.

Enfim, todos os conceitos doutrinários conceituam a Responsabilidade Civil como a obrigação de reparar o dano causado a outra pessoa em razão da ação ou omissão causada.

3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil pode ser apresentada na forma objetiva e na subjetiva, conforme será explicado adiante.

3.2.1 Objetiva

A Responsabilidade Objetiva é aquela que não necessita de uma comprovação de culpa para que haja a obrigação da indenização, basta que o agente tenha atuado com negligência ou imprudência. Nesta responsabilidade basta apenas a existência do nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado à vítima.

Gagliano (2012, p. 60) declara:

Entretanto, há hipóteses em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar. As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encarar-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. É de ressaltar que o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, quando o Direito Civil passou a receber a influência da Escola Positiva Penal.

Cavaliere Filho (2008, p. 137), por sua vez, apresenta a Responsabilidade Civil objetiva como:

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.

Nosso Código Civil, assim, prevê hipóteses de responsabilidade objetiva, não somente em função de previsão legal, mas também em função da atividade desenvolvida pelo autor do dano, sempre que for considerada de risco para os direitos de outrem, conforme se depreende do art. 927, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Enfim, a Responsabilidade Civil Objetiva refere-se à Teoria do Risco, ou seja, aquele que em virtude de sua atividade criar um risco de dano a terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Gonçalves (2003, p. 18) complementa que: “Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano da conduta do réu, porque sua culpa é presumida”.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece a Responsabilidade Objetiva do fornecedor e do fabricante:

Art. 12. 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.

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

Assim, o consumidor não precisa comprovar o dolo ou a culpa do fornecedor de serviços ou produtos, restando apenas demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a prestação de serviços.

Enfim, a Responsabilidade Objetiva se baseia na Teoria do Risco, não havendo a necessidade de comprovação da culpa por parte do prejudicado, sendo necessária apenas a ocorrência do ato ilícito.

3.2.2 Subjetiva

A Responsabilidade Civil Subjetiva, por sua vez, necessita da comprovação de culpa de quem causou o dano, portanto se não houver comprovação, não existirá a obrigação de indenizar. Esta corresponde à corrente tradicional e tem sua base na necessidade do prejudicado provar o dano, a infração ao dever legal, o vínculo de causalidade, e que aquele que prejudica é o único responsável pelo dano.

Gagliano (2012, p.59) ensina:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa — *unuscuique sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.

Rodrigues (2002, p. 11) reforça que:

Se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com o entendimento clássico “a concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente.” De modo que a prova de culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. ‘A responsabilidade é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito’. (grifo do autor)

E Diniz (2009, p. 130) estabelece que:

[...] caso em que se apresenta como: a) responsabilidade subjetiva, se encontrava sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão lesiva a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar.

E o Código de Defesa do Consumidor apresenta a responsabilidade subjetiva, ou seja, a necessidade de verificação de culpa em seu § 4º Art. 14:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE TELEFONIA PELA PRÁTICA ILÍCITA DE PUBLICIDADE ENGANOSA

As operadoras de telefonia estão sujeitas às sanções previstas nas leis, sempre que desrespeitarem os direitos dos consumidores, que pagam caro por um serviço que não tem a qualidade oferecida.

O Código de Defesa do Consumidor se aplica sempre que houver uma parte vulnerável perante outra que detém as informações e conhecimentos técnicos perante o produto ou serviço fornecido ao consumidor hipossuficiente.

O artigo 6º, incisos III e IV, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece como direito do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, e a proteção contra publicidade enganosa e abusiva.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - 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;

Em seu artigo 37, o Código de Defesa do Consumidor ainda proíbe a publicidade enganosa:

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, desrespeite 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.

Restando comprovada a publicidade enganosa, cabe analisar a responsabilidade civil da operadora de telefonia. Cabe ao consumidor buscar a tutela jurisdicional ao seu direito de reparar o dano que foi a ele causado. Verificada, assim, que uma publicidade é ilícita, por ser enganosa ao consumidor passa a ter direito de reparação de eventuais danos causados, sejam individuais ou coletivos, materiais ou morais, podendo ser ou não cumulativos entre eles.

E Camargo (2011), assim, discorre sobre a Responsabilidade Civil do fornecedor que veicula publicidade enganosa e/ou abusiva:

Quanto à responsabilidade civil do fornecedor decorrente da publicidade enganosa e abusiva, tem-se que o CDC adotou a teoria objetivista e procurou abranger todas as formas de evitar prejuízos ao consumidor diante da atuação mercadológica, seja na esfera contratual ou extracontratual. Assim, os elementos desta responsabilidade são o dano e o nexo de causalidade, sendo que a culpa do agente não está incluída, como na subjetiva. A obrigação de indenizar independe da culpa, conforme o disposto no art. 927, parágrafo único do Código Civil. Neste sentido constrói-se a teoria do risco, sendo que aquele que recebe benefícios com sua atividade deve arcar com os riscos que esta possa causar.

Dessa forma, deve o consumidor demonstrar a relação de causalidade entre o dano e a conduta da concessionária de serviço público, dispensando-se da comprovação da culpa ou dolo do agente. Se constatado que a conduta da empresa de telefonia foi ilícita, causando qualquer dano à demandante, verifica-se o dever de indenizar, conforme o entendimento jurisprudencial dos principais tribunais do país.

A jurisprudência tem adotado a responsabilidade objetiva, ou seja, a teoria do risco, como forma de proteger o consumidor nesta relação, conseqüentemente a obrigação de indenizar independe da culpa, considerando o disposto no art. 927, parágrafo único do Código Civil, bastando que o consumidor comprove o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto ou prestação de serviço.

TJ-MG - Apelação Cível : AC 10106140029252001 M

Data de publicação: 24/06/2016

Relatora: Mônica Libânio

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AQUISIÇÃO PRODUTO - PUBLICIDADE ENGANOSA - INDUÇÃO DO CONSUMIDOR A ERRO - ATO ILÍCITO - DANOS MORAIS - COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - MÁ-FÉ COMPROVADA.

TJ-RS - Recurso Cível : 71003643129 RS

Data da publicação: 9 de Julho de 2012

Relator: Ricardo Torres Hermann

Ementa: CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. TELEFONIA MÓVEL. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL OCORRENTE.

1. Tendo em vista que a consumidora foi induzida em erro ao ser informada de que poderia comparecer a uma loja da Vivo e lá selecionar o aparelho telefônico que desejasse, quando, em realidade, era necessário ter determinada pontuação junto ao programa de fidelidade da operadora, ficou comprovada a publicidade enganosa. 2. Comprovando, a autora, ter sido submetida a constrangimento, tendo de devolver o aparelho e cancelar o financiamento destinado à sua aquisição, configurado está o dano...

Ainda que o anunciante não possua o desejo de enganar o consumidor, o entendimento jurisprudencial de responsabilidade objetiva obriga a reparação do dano causado. Assim, reiterando o entendimento jurisprudencial, Nunes (2015, p. 480) explica:

Seguindo a regra geral da Lei 8.078/90, para a averiguação da abusividade do anúncio não há necessidade de exame do dolo ou da culpa do anunciante. Para que fique caracterizada a infração, basta que o anúncio em si comporte abusividade ou que na sua relação real com o produto ou serviço anunciado possa causar dano. Não há que fazer a pergunta a respeito de dolo ou culpa, porque, mesmo que esses elementos não se verifiquem, ainda assim o anúncio será tido como abusivo. A responsabilidade do anunciante, de sua agência e do veículo é objetiva, e como tal será considerada.

Somente se excluem deste resultado aqueles que demonstrarem a existência de caso fortuito ou força maior.

Para concluir o entendimento jurisprudencial, Junior (2002, p. 725) leciona:

A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada de relação de consumo, sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.

Na publicidade o fornecedor-anunciante tem a obrigação de cumprir o anunciado. Se isso não acontecer, estará caracterizada a publicidade enganosa. Em consequência poderá ser

será aplicada a responsabilidade objetiva e o consumidor pode, alternativamente e a sua escolha exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Assim, quando a publicidade traz uma informação falsa capaz de dar uma ideia diferente da realidade do produto ou do serviço é importante que o consumidor responsabilize o fornecedor a fim de estabelecer seus direitos e coibir esta prática.

CONCLUSÃO

Verificamos que a publicidade é o jeito de despertar no público a vontade de comprar. Possui o objetivo de obter lucro através da atividade comercial, ou seja, é um meio utilizado para incentivar o público a comprar seus produtos. Já a propaganda é a difusão de ideias sem finalidade comercial ou lucrativa. Ela tende a influenciar as pessoas com objetivo ideológico, religioso, econômico ou político.

Assim, a publicidade é o ramo profissional dedicado à propagação pública de empresas, produtos ou serviços e que sua atuação é muito importante frente ao consumidor, visto que, promove o consumo perante o público.

Consequentemente, a publicidade possui grande relevância nos tempos atuais, todavia, a prática ilícita da publicidade enganosa pelas operadoras de telefonia tem sido constante ao induzir o consumidor ao erro.

Vimos que palavra engano tem vários significados, dentre eles o que merece destaque são: Equívoco e Confusão. Portanto, publicidade enganosa é aquela que ilude o consumidor sobre produtos ou serviços ou deixa de dar informações básicas, levando-o ao equívoco ou confusão.

A pesquisa, portanto, evidenciou o estudo da Responsabilidade Civil das operadoras de telefonia em razão da prática ilícita da publicidade enganosa, com uma proteção extensiva ao consumidor, visto que, a publicidade enganosa provoca uma deformação na decisão do consumidor, levando-o a adquirir o que foi oferecido.

Verificamos que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), com devido amparo constitucional busca o devido equilíbrio entre fornecedor e consumidor e consequentemente combater os abusos praticados no mercado de consumo.

E constatamos que o Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 30 que 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.

Assim, havendo violação da publicidade por parte das operadoras de telefonia aos

direitos do consumidor, fica sujeito ao causador do dano o dever de reparação, ou seja, quando houver desrespeito às normas e princípios imperativos do direito cabe o dever jurídico de reparar o dano causado ao consumidor, mesmo que não tenha agido com culpa, em razão da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

Embora não haja definição expressa sobre a responsabilidade civil das operadoras de telefonia em razão da prática ilícita da publicidade enganosa, vimos que, a doutrina e jurisprudência têm definido que o consumidor no caso de propaganda enganosa pode requerer seus direitos com fundamento na Responsabilidade Objetiva, ou seja, na Teoria do Risco, independentemente da culpa, considerando para tal o disposto no art. 927, parágrafo único do Código Civil, bastando que o consumidor comprove o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto ou prestação de serviço.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARRICELLI, Roberto. **Privatização da Telebrás – Derrubando o mito**, 2013. < Disponível
<https://www.institutoliberal.org.br/blog/privatizacao-da-telebras-derrubando-o-mito> >. Acessado em 23 /10/2016,

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Editora Forese Universitária, 2001.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Planalto. Brasília, em 25 de fevereiro de 1967; 146º da Independência e 79º da República.

_____. Anatel. **Resolução nº 426**, de 9 de dezembro de 2005. Aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Anatel.

_____. Constituição (1946). **Constituição do Estados Unidos do Brasil**. Planalto. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946.

_____. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Decreto n. 89.271, de 4 de janeiro de 1984. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Planalto. Brasília, em 25 de fevereiro de 1967; 146º da Independência e 79º da República

_____. Lei 4.117, em 27 de agosto de 1962. **Dispõe o Código Brasileiro de Telecomunicações**. Planalto. Brasília, em 14 de dezembro de 1962. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm > Acesso em 15 de ago de 2016.

_____. Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972. Planalto. **Institui política de exploração de serviços de telecomunicações, autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRÁS, e dá outras providências**. Brasília, 11 de julho de 1972; 151º da Independência e 84º da República. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5792.htm > Acesso em 20 de ago de 2016

Lei n.º 8.078, de 1990. Planalto. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em 01 de set de 2016.

Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Planalto. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e da outras providências. Brasília, 13 de fevereiro de 1995; 174ª da Independência e 107ª da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 13 de out de 2016.

Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997. Planalto. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Brasília, 16 de julho de 1997; 176º da Independência e 109º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9472.htm > Acesso em 18 set 2016.

Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181ª da Independência e 114ª da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

Resolução 426, de 09 de dezembro de 2015. Aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Anatel. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2005/7-resolucao-426>> Acesso em: 13 de set de 2016.

Resolução 477 de 07 de agosto de 2007. Aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP. Anatel. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2007/9-resolucao-477>> Acesso em: 13 de set de 2016.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível AC 10106140029252001 MG. Relator: Mônica Libânio. 15ª Câmara Cível. Data da Publicação: 24/06/2016 Processo Publicado no Diário Oficial em 25/06/2016.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível AC 71003643129 RS Relator: Ricardo Torres Hermann. 3ª Câmara Cível. Data da Publicação: 09/06/12 Processo Publicado no Diário Oficial em 12/07/2012.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso Cível 1195642 RJ 2010/0094391 Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª Turma. Data do Julgamento: 13/11/12

CAMARGO, Nathalia Regina Burger de. **Publicidade enganosa e abusiva e a responsabilidade civil do anunciante no código de proteção e defesa do consumidor.** 2011. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/publicidade-enganosa-e-abusiva-responsabilidade-civil-do-anunciante-no-codigo-protecao-defesa-consum/291>> Acesso em: abril 2016.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CATALAN, Marcos Jorge. **Reflexões sobre a leitura dos contratos no código de defesa do consumidor e a importância dos princípios**. In: CONPAVERDE, Aldaci do Carmo;

CONRADO, Marcelo. (Orgs.). **Repensando o Direito do Consumidor –II**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2007, p. 25-43.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CHRISTIANO, LÉO – **EMBRATEL; Interligando o Brasil ao Infinito: memória histórica da EMBRATEL**, 1965/1997. Editorial, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 27ª ed. – São Paulo: Atlas. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23ª edição. Volume 7. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. volume 3: responsabilidade civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo. Editora Saraiva. 2003

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e, FINK, Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery, DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4a. ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 41 -426.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual do Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 ed revista, atualizada e ampliada, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, páginas 725 – 726.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Ver e atual. São Paulo. Saraiva. 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5ª edição. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA NETO, José Queiroz de. **REDES, TERRITÓRIO E COMPETITIVIDADE: A Estratégia das Empresas de Telefonia Celular no Estado do Pará**. 2008. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Geografia, Universidade Federal do Pará, Belém, 2008. Disponível em: <http://www3.ufpa.br/ppgeo/arquivos/dissertacoes/2008/Jose_Neto.pdf > Acesso em: 19 de set 09 de 2016

MARQUES, Claudia Lima. **Introdução ao Direito do Consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Marques, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Direito das Telecomunicações**. Belo Horizonte: editora Forum, 2008.

NETO, Floriano Azevedo Marques. **Direito das Telecomunicações e Anatel**. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo. Saraiva. 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo. Saraiva. 2015.

PADILHA M.L. (2001). A telefonia fixa em perspectiva. V.1 – Gazeta Mercantil Penna Filho, Pedro Baptista de Araújo – **Telecomunicações: O Desafio da Integração Nacional, Embratel 1967-2004**, Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2009. Disponível em: < http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialgpter1/pagina_2.asp>. Acesso em 30 de ago de 2016.

PENNA, Filho, Pedro Baptista de Araújo – **Telecomunicações: O Desafio da Integração Nacional, Embratel 1967-2004**, Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil volume IV**. Editora Saraiva 19ª edição. São Paulo 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** v. I-IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SHIMA, W. T. (2007). **O desmonte do sistema setorial de inovação em telecomunicações no Brasil e o surgimento de um novo arranjo institucional**. Eptic On-Line (UFS), Brasil, v. 9, n. 2. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialmbassin/pagina_3.asp>. Acessado em 16/09/2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** /Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014

TECMUNDO. **Justiça de São Paulo condena VIVO por propaganda enganosa**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/vivo/53378-justica-de-sao-paulo-condena-vivo-por-propaganda-enganosa.htm>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

TELEBRAS - TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS - S.A (Brasil). **A Telebras e a Evolução das Telecomunicações: HISTÓRICO**. Disponível em: < http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=41 > Acesso em: 23 de ago de 2016

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.