

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**ANDRÉ AMBRÓZIO DIAS**

**PUBLICIDADE E AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

**CURITIBA  
2007**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**ANDRÉ AMBRÓZIO DIAS**

**PUBLICIDADE E AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Rodrigo Xavier Leonardo

**CURITIBA  
2007**

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Elisabeth e Ademir.  
Ao meu irmão, Philippe.  
Aos amigos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Ademir e Elisabeth, e ao meu irmão, Philipe, pois sem seu amor e compreensão essas linhas jamais seriam escritas.

Agradeço ao Professor Rodrigo Xavier Leonardo, pela incansável paciência, dedicação e motivação em todos os momentos da orientação desse trabalho.

Agradeço aos amigos, especialmente aos do “Clube”, que comigo compartilharam momentos da mais verdadeira amizade, indo além das paredes do Prédio Histórico da Praça Santos Andrade .

Agradeço aos funcionários da Biblioteca de Ciências Jurídicas da UFPR, pela solicitude e atenção ao longo de toda a pesquisa bibliográfica.

Agradeço por fim, ao pequeno Jordan, pela fidelidade e companhia em momentos de solidão....

## RESUMO

Inegável é a influência que a publicidade tem no mercado de consumo de massa que se vivencia na contemporaneidade. Para se compreender o objeto desta pesquisa, a relação entre publicidade e autonomia da vontade no direito do consumidor, fundamental foi a reflexão sobre direito, mercado e consumo, na medida em que a publicidade enquanto meio para a oferta de produtos e serviços, é um poderoso instrumento para o desenvolvimento das relações empresariais em mercado e acaba por vezes rompendo os limites da licitude, que resultam em ofensas a valores, éticos, sociais e morais, no intuito de manipular a manifestação da vontade do consumidor. Daí surge a necessidade de se disciplinar o exercício da atividade publicitária, inicialmente por meio de uma intervenção do Estado, com a instituição de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais (no Brasil de grande importância foi o surgimento do Código de Defesa do Consumidor) e o desenvolvimento de órgãos específicos; complementados pelo surgimento de órgãos e normas de conduta extrajudiciais. Busca-se proteger a manifestação de vontade do consumidor, que se encontra em relação de hipossuficiência nas relações de mercado, e proteger a relação contratual originada com base na expectativa de qualidade do produto ou serviço transmitida pela publicidade, expectativa que é continuamente frustrada e resulta no inadimplemento contratual por parte do fornecedor e na insatisfação de necessidades e anseios do consumidor. Coube então refletir-se acerca dos limites e possibilidades do controle da atividade publicitária, para demonstrar que a tentativa de reequilibrar a relação contratual, que instrumentaliza a relação de consumo, e de proteger a autonomia da vontade do consumidor, encontra certos obstáculos, não só encontrados nas inovações tecnológicas atinentes a produção das mensagens publicitárias, mas também dentro do próprio contexto sócio-econômico vivenciado na contemporaneidade, onde consumir é um importante meio de inserção social do indivíduo.

Palavras-chave: Publicidade. Autonomia da Vontade. Direito do Consumidor.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 DIREITO, MERCADO E CONSUMO: PREMISSAS PARA REFLEXÃO</b> .....	8
2.1 DIREITO E MERCADO.....	8
2.2 EMPRESA E MERCADO.....	16
2.3 O EXERCÍCIO DA EMPRESA EM MERCADO E A PUBLICIDADE.....	20
<b>3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA PUBLICIDADE: ENTRE O MERCADO E O DIREITO...</b>	23
3.1 CONCEITO JURÍDICO DE PUBLICIDADE.....	23
3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA PUBLICIDADE .....	25
3.3 CONFLITO ENTRE MERCADO E DIREITO E A RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE NO CDC.....	30
3.3.1 Publicidade enganosa.....	32
3.3.2 Publicidade abusiva.....	37
3.3.3 Publicidade simulada: merchandising.....	40
<b>4 PUBLICIDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E DIREITO DO CONSUMIDOR</b> .....	43
4.1 AUTONOMIA DA VONTADE E CONTRATO NUMA PERSPECTIVA TRADICIONAL..	43
4.2 CRÍTICA A AUTONOMIA DA VONTADE E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO DOS CONTRATOS.....	48
4.3 PUBLICIDADE E AUTONOMIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	55
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	71
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	73
<b>7 ANEXOS</b> .....	78

## 1 INTRODUÇÃO

Nossa sociedade contemporânea resulta de profundas alterações econômicas e sociais que, dentre outros fatores, se originaram com o advento do liberalismo no século XVIII e introduziram um novo modo de produção do capital regido pela “economia de mercado”. Para a existência desse modelo sócio-econômico é fundamental a consolidação do binômio oferta/procura que está centrada na relação entre fornecedor e consumidor.

Tal relação sofreu profundas alterações com a busca por parte de um número cada vez maior de fornecedores em empreender ações em mercado voltadas para vencer a concorrência em setores altamente competitivos, utilizando-se de instrumentos publicitários com o objetivo de não apenas informar aos potenciais consumidores, sobre o bem ou serviço ofertados, mas também criar desejos e forjar necessidades nesse público-alvo.

Assim a publicidade pode ser entendida como um instrumento do marketing que por sua vez pode ser entendido como uma técnica para facilitar e consumar as relações de troca, promovendo uma expansão das relações em mercado. Nesse sentido cabe questionar os limites da licitude no exercício da atividade publicitária, perquirindo sua compatibilidade com a ordem jurídica, a partir da grave influência projetada na manifestação livre e autônoma de vontade por parte dos consumidores.

É a partir desta reflexão que se desenvolve o presente trabalho. Em um primeiro momento será feita uma análise acerca da relação entre direito, mercado e consumo refletindo-se sobre a relação entre direito e mercado para logo após se fazer uma interlocução entre o exercício da empresa em mercado e a importância da publicidade como instrumento para o desenvolvimento otimizado da atividade empresarial.

Na seqüência, far-se-á uma abordagem jurídica da publicidade, apresentando como esta é disciplinada no ordenamento jurídico pátrio constitucional e infraconstitucional e como ela pode ser limitada se ofender a sociedade não só sob o aspecto jurídico, mas também ético e moral. Por fim, será feita a interlocução entre publicidade e autonomia da vontade, trazendo-se em primeiro plano a concepção da autonomia da vontade à luz das teorizações contratuais clássicas e contemporânea,

para depois se refletir acerca dos limites e possibilidades de proteção da autonomia da vontade do consumidor diante de atividades publicitárias ofensivas.



## 2 DIREITO, MERCADO E CONSUMO: PREMISSAS PARA REFLEXÃO

### 2.1 DIREITO E MERCADO

Antes de se fazer reflexões sobre a relação entre Direito e Mercado, deve-se realizar uma análise sobre o contexto sócio-econômico que é vivenciado em nossa sociedade contemporânea.

Deve-se destacar que o homem, enquanto ser vivo e organizado em sociedade, vêm sofrendo ao longo de sua existência, uma série de processos adaptativos, biológicos, psicológicos e sociológicos. Estabelecendo-se maior atenção em relação aos processos sociais de adaptação<sup>1</sup>, pode-se dizer que a Economia constitui-se em processo social que proporciona diversas alterações e em curto espaço de tempo ao *modus vivendi* do homem, exigindo deste uma adaptabilidade cada vez mais célere às variações econômicas.

Nossa sociedade contemporânea ainda é influenciada por ideais liberais, que dominaram o pensamento das elites intelectuais no século XVIII<sup>2</sup> e propiciaram o seu *nascimento*<sup>3</sup> enquanto modelo de organização de atividades econômicas. Consolida-se o modo de organização do Estado como “Estado-empresa”, que deu azo à mudanças não somente no aspecto econômico, mas também nos aspectos culturais e sociais das nações que o adotaram. Não é de se acreditar que os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário permanecessem alheios aquilo que se passa dentro da coletividade a que pertencem, por serem sujeitos ativos e passivos da reestruturação social que vivenciavam. É de se falar que tais mudanças constituíram-se novas fontes do Direito, pois este enquanto instrumento

---

<sup>1</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 4.

<sup>2</sup> STEWART JR, Donald. **O que é o liberalismo?** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988, p. 20-21.

<sup>3</sup> Destaca Donald Stewart Jr. que “o fato de o liberalismo só ter sido enunciado e explicitado recentemente nos permite considerar o período anterior como um período de ‘gestação’, quando ainda não havia plena consciência do que fosse o ideário liberal. Na realidade, o liberalismo é uma idéia moderna e muito pouco conhecida. A maior parte dos nossos contemporâneos não sabe o que é o liberalismo porque não viveu na prática, e não o conhece na teoria porque só agora as obras a seu respeito começam a ser divulgadas e traduzidas para os diversos idiomas.” (STEWART JR, Donald. **O que é o liberalismo?** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988, p. 32).

do Estado para regular as relações que se dão entre seus cidadãos e entre estes e o próprio Estado, teve de se adaptar a um novo contexto histórico e as novas relações sociais, que trouxeram grandes mudanças em outras esferas do conhecimento fundamentais ao estudo do Direito, como a Filosofia, a Sociologia e a Economia.

Para se compreender o funcionamento dessas novas relações econômicas, torna-se fundamental uma aproximação conceitual do que seja o mercado. Para STEWART JR, em clara concepção liberal, apresentada aqui em caráter expositivo, o mercado:

Não é um local, uma praça onde se realizam trocas. O mercado é um processo de transmissão de informações, informações essas que são representadas pelos preços. As pessoas, ao comprarem ou deixarem de comprar um produto por um determinado preço, estão dando uma informação. O conjunto dessas informações é que, por assim dizer, comanda, dirige, orienta a utilização dos recursos escassos, de forma a que seja obtida a maior satisfação possível.<sup>4</sup>

No mesmo sentido destaca o teórico liberal VON MISSES, para o qual no mercado de uma sociedade capitalista, “o homem comum é o consumidor soberano, aquele que, ao comprar ou ao se abster de comprar determina em última análise o que deve ser produzido e em que quantidade”<sup>5</sup>. Fundamental compreender-se que para os pensadores liberais, o mercado deve ser entendido como condição necessária<sup>6</sup> para que se realizem os anseios da sociedade, quais sejam, a produção de riqueza e a satisfação de necessidades.

De maneira diversa e rompendo com a questionável concepção liberal que tem no mercado algo natural e neutro, pensa-se que esse enquanto *estrutura aberta* é marcado por um regime jurídico de caráter *abstrato*, na medida em que suas normas não buscam regulamentar um único negócio, mas sim estabelecer regulamentações que sejam adequadas a um número indefinido de casos e ainda *genérico*, pois não são suas normas dirigidas a sujeitos determináveis, mas sim a uma determinada classe ou coletividade de sujeitos.<sup>7</sup>

No dizer de LEONARDO “os mercados apresentam-se a partir da interação do agir humano e, tal como diversas outras instituições sociais, acaba sendo

---

<sup>4</sup> STEWART JR, Donald. **O que é o liberalismo?** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988, p.46.

<sup>5</sup> VON MISES, Ludwig. **A mentalidade anticapitalista.** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988, p. 9.

<sup>6</sup> Nesse sentido SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 22-23.

<sup>7</sup> IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato.** Roma: Editori Laterza, 2004, p. 41-42.

modelado ou disciplinado pelo direito”<sup>8</sup> Natalino IRTI é ainda mais enfático ao escrever que o mercado não é “um instituto originário e espontâneo, mas um instituto jurídico.”<sup>9</sup>

Adotando-se tal pensamento, pode-se ressaltar que esta concepção de mercado torna-se mais evidente nas trocas econômicas realizadas entre particulares, ou seja, entre empresa e consumidor. Cabe então ao direito tutelar a liberdade e a consciência da escolha feita por esse consumidor, para que este possa ser responsabilizado por essa, arcando com os eventuais riscos oriundos de tal opção; assim como disciplinar a concorrência na oferta de produtos e serviços, para estimular a capacidade de confronto entre estes, dilatando o poder de escolha do consumidor, assim como diminuindo os riscos desta, na medida em que este pode se utilizar de um juízo comparativo<sup>10</sup>.

Assim, pode dizer-se que a economia de mercado, não pode operar sem a intervenção estatal, fundada tão somente na livre e soberana manifestação de vontade do consumidor, pois como já destacou STUART MILL:

estará o comprador sempre qualificado para fazer um julgamento sobre a mercadoria? Se a resposta for negativa, se aplica ao caso a presunção a favor da concorrência do mercado; e caso se tratar de uma mercadoria cuja qualidade apresenta muito interesse para a sociedade, a balança das vantagens pode pender a favor de algum modo e grau de intervenção por parte dos representantes autorizados do interesse coletivo do Estado.<sup>11</sup>

Dessa maneira, quebra-se a concepção de mercado enquanto uma composição de ordem natural e universal, pois como já destacou IRTI:

não existe mercado fora das decisões políticas e das escolhas legislativas: também o abandono do assunto ao puro jogo dos interesses individuais é uma decisão e uma escolha. Aparece, assim, a intrínseca politicidade do mercado, que a lei pode modelar e definir segundo princípios diversos: ora prestigiando a reserva, ora a absoluta e genérica visibilidade; ora exaltando a autonomia e a responsabilidade dos negócios, ora, ao invés, tutelando os incautos e os divergentes.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes Contratuais: uma contextualização entre a Empresa e o Mercado. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 2, n.7, p. 225-233, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p.227.

<sup>9</sup> IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Editori Laterza, 2004, p. 290.

<sup>10</sup> IRTI, Natalino. Persona e Mercato. **Rivista di Diritto Civile**, ano XLI, n.3, p. 289-294, Padova, Cedam, mar-giu.1995, p. 292 e 294.

<sup>11</sup> STUART MILL, John. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações a filosofia social**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 403.

<sup>12</sup> Non c'è mercato fuori dalla decisione politica e dalla scelta legislativa: anche l'abbandono degli affari al puro gioco degli interessi individuali è una decisione e una scelta. Si scopre così l'intrinseca

Assevera LEONARDO que:

se o problema fundante da economia corresponde à busca de soluções para a contrariedade entre a escassez de recursos e a infinidade de necessidades econômicas, não se pode deixar de perceber que o estabelecimento e o funcionamento dos mercados determinam-se por escolhas políticas muito particulares”.<sup>13</sup>

Adotando-se como verdadeira a afirmação proposta pelo supracitado jurista de que o funcionamento dos mercados é determinado por escolhas políticas muito particulares, propõe-se o seguinte questionamento: Será que de fato apenas o mercado é disciplinado pelo direito ou também o direito e conseqüentemente as normas jurídicas podem ser modeladas de modo a atender aos interesses dos agentes econômicos que operam em mercado? Não há aqui uma relação dialética entre direito e mercado?

Um dos possíveis caminhos para se achar uma resposta a esse questionamento seria uma reflexão acerca do que sejam normas jurídicas e normas mercadológicas e por conseguinte, uma reflexão sobre a gênese da norma.

Pertinente é a reflexão de TELLES JR., para o qual:

chamam-se normas, as convicções, concepções ou princípios, em razão dos quais um procedimento ou estado é tido como normal ou anormal. Logo, as normas são expressões mentais, juízos ou proposições, de como procedimentos ou estados costumam ser, podem ou não podem ser, devem ou não devem ser, sempre que dadas circunstâncias se verificarem. As normas são concepções ideais de procedimentos e de estados usuais e comuns,<sup>14</sup> ou de procedimentos e estados que se quer que sejam usuais e comuns<sup>14</sup>.

Sendo as normas entendidas como expressões mentais, estão elas sujeitas a determinada concatenação ou seqüência lógica, para cumprirem com a sua finalidade, qual seja, tornar determinado procedimento usual ou comum. Assim sendo, pode-se falar em ordenação normativa, que para TELLES JR “é um conjunto articulado de disposições, para a orientação do comportamento, segundo o que é

---

politicalità del mercato, che la legge puó modelare e definire secondo principi diversi: ora pregiando la riservatezza, ora l' assoluta e generale visibilitá; ora esaltando l' autonomia e la responsabilitá dei negozi, ora invece tutelando gli incauti e i disaccorti” .(IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **Rivista di Diritto Civile**, ano XLI, n.3, Padova, Cedam, mar-giu.1995, p. 186).

<sup>13</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes Contratuais: uma contextualização entre a Empresa e o Mercado. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 2, n.7, p. 225-233, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 227.

<sup>14</sup> TELLES JR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 255.

tido, dentro de uma comunidade, como bom e mau, conveniente e inconveniente, útil e prejudicial, belo e feio.”<sup>15</sup>

Do acima exposto, pode-se dizer que está o homem, enquanto membro de determinada sociedade ou coletividade, sujeito a diversas ordenações normativas, não só as jurídicas, como também as éticas e as morais; ordenações estas que podem potencializar ou até mesmo obstaculizar a eficácia umas das outras.

Assim, ao buscar-se compreender a norma jurídica, deve-se ter em mente que o ordenamento jurídico não é algo alheio aos demais ordenamentos normativos que permeiam o *modus vivendi* do homem enquanto ser pertencente a determinada sociedade. REALE já destacou que:

a regra de Direito, por conseguinte, não é criação arbitrária do espírito, nem fruto de um capricho de déspota, porquanto, para ser tal, deve necessariamente pressupor um valor a realizar, a análise das condições culturais, a apreciação racional das soluções que os diferentes casos comportam, para que o valor ético do preceito emanado de uma autoridade competente possua real eficácia no seio do grupo.”<sup>16</sup>

Das lições do jusfilósofo brasileiro pode-se concluir que as relações entre Direito e Moral são extremamente íntimas, e assim ao vivenciar a experiência jurídica o pensador do direito não pode se esquecer do homem enquanto ser histórico<sup>17</sup> pois como diz TELLES JR “a experiência jurídica há de ser apreendida como uma experiência integral, em que não só os fatos objetivos, mas também, as categorias subjetivas, que os qualificam, são igualmente partes da experiência, e igualmente se acham incluídos na história do homem.”<sup>18</sup>

Categorias subjetivas, enquanto qualificadoras de fatos objetivos, remetem a idéia de sistema axiológico de referência<sup>19</sup>, pelo qual o homem, através de sua inteligência irá valorar determinado fato e de tal valoração o próprio homem pode estabelecer um dever de conduta consigo mesmo, ou seja, em norma para suas ações, e por meio destas espera receber a simpatia<sup>20</sup> dos demais membros da

<sup>15</sup> TELLES JR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 257.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 2ªed.rev. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972, p. 302.

<sup>17</sup> TELLES JR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 420.

<sup>18</sup> TELLES JR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 418.

<sup>19</sup> TELLES JR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 312.

<sup>20</sup> SMITH, Adam. **Teoria de los sentimientos**. México: Fondo de Cultura Economica, 1941, p.139.

coletividade. Inevitavelmente, seguindo tal linha de raciocínio, pode-se dizer que a norma jurídica, deve se coadunar com os anseios e necessidades de determinada sociedade, e se as normas jurídicas na concreção a determinado suporte fático devem refletir um ideal de Justiça, este ideal não pode estar afastado das normas morais e éticas que permeiam a conduta dos membros de determinada sociedade. Nesse sentido destaca REALE que:

a idéia de Justiça liga-se de maneira imediata e necessária, a idéia de pessoa. Em seu significado mais genérico, o Direito, como a Moral, é uma ordem social de relações entre pessoas e a definição de DANTE brilha sempre com impressionante atualidade. (...) Quem antepõe personalismo a transpersonalismo esquece que a pessoa é, antes de mais nada, uma realidade moral que não se circunscreve ao casulo de seu bem particular, mas cresce e avulta à medida que serve ao bem da coletividade inteira.”<sup>21</sup>

Desta forma, pode-se dizer que os membros de determinada coletividade compactuam de um sistema axiológico de referência similar e assim poderia se pensar em um *caráter social*<sup>22</sup> de determinada sociedade. Para FROMM:

a gênese do caráter social não pode ser entendida pela simples referência a uma causa única, mas pelo conhecimento da interação de fatores sociológicos e ideológicos. Os fatores econômicos têm, porque de mais difícil variação, certa predominância nessa interação.”<sup>23</sup>

Nesse cenário, cabe refletir se o consumidor tem de fato soberania para decidir e guiar seu destino da forma que melhor lhe aprouver. Para VON MISSES em uma sociedade guiada pelos valores liberais:

o que torna um homem mais ou menos próspero não é a avaliação de sua contribuição a partir de um princípio “absoluto” de justiça, mas a avaliação por parte de seus semelhantes, que aplicarão somente o critério de suas necessidades, desejos e objetivos pessoais.”<sup>24</sup>

Sobre o papel do homem dentro de nossa sociedade contemporânea, pode-se dizer que, se por um lado, o indivíduo, que com sua força de trabalho, fornecida para o empregador/empresário traz os produtos e serviços com os quais este ingressará nas relações mercadológicas; por outro este mesmo indivíduo ao receber

---

<sup>21</sup> REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 2ªed.rev. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972, p. 308,310.

<sup>22</sup> FROMM, Erich. **Psicanálise da sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Zahar, 1959, p. 89.

<sup>23</sup> FROMM, Erich. **Psicanálise da sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Zahar, 1959, p. 91.

<sup>24</sup> VON MISES, Ludwig. **A mentalidade anticapitalista**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal. 1988, p. 14.

a contraprestação pela sua força de trabalho, o salário, volta a contribuir como elemento ativo de tais relações mercadológicas.

Obviamente, se este indivíduo não preencher as expectativas que os demais membros da coletividade têm sobre ele, sofrerá sanções não exclusivamente de caráter econômico, mas também de caráter moral, e a possibilidade dessa situação lhe traz sentimentos negativos, como angústia e medo.<sup>25</sup>

Depois destas reflexões e retomando o questionamento anteriormente feito, parece-nos que não são apenas as normas jurídicas que disciplinam o mercado, mas também que este enquanto mecanismo regulador das atividades econômicas e por conseguinte da produção social, tenha suas normas como deveres ou valores que influenciam a vontade política e a ação humana dos legisladores no ato de confecção das leis. Assim a relação entre direito e mercado é dialética, são normatividades sociais que se interpenetram, e ainda que haja uma contínua tentativa de invasão do espaço econômico pelo jurídico, este último encontrará certos limites, não sendo possível extirpar completamente a racionalidade instrumental, galgada nos parâmetros de eficiência e de contínua competitividade, inerentes ao desenvolvimento das atividades econômicas em mercado. Sem sombra de dúvida que orientado pela racionalidade instrumental, o mercado pode trazer, ainda que este não seja seu fim específico, certos benefícios para a coletividade, mas são frutos não necessariamente desejados da contínua busca pela eficiência e competitividade maximizando os benefícios econômicos (lucros) e diminuindo as perdas.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Pode se dizer que sentimentos humanos, como o medo, são utilizados com o fulcro de implementar relações mercadológicas. Nesse sentido destaca LEVITT que “munidos de informações os especialistas podem exercer uma pressão gigantesca, embora não-verbalizada: a do medo. Medo de que seus filhos descubram você morto de infarto no banheiro por não ter feito uma angioplastia. Medo de que um caixão barato condene sua avó a um destino terrível debaixo da terra. Medo de que um carro de \$ 25 mil seja destruído como um brinquedo em um acidente, enquanto um de \$ 50 mil protegeria seus entes queridos tal qual um escudo inviolável. O medo criado pelos especialistas comerciais talvez não rivalize com o medo gerado por terroristas como a Ku Klux Klan, mas o princípio é o mesmo.” (LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen J. **Freaknomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta** . Rio de Janeiro: Campus. 2005, p.113.)

<sup>26</sup> Nesse sentido destaca Carlos RUZYK que “se essa “mão invisível” do mercado pode, efetivamente, produzir benefícios não intencionais à coletividade, tais benefícios não são uma consequência necessária. O mercado em sua suposta “neutralidade” é, na verdade, niilista, uma vez que seu único valor é a competitividade. Esta não produzirá, necessariamente, benefícios, haja vista que a escolha de seus fins específicos deixa à margem todos os outros valores que não sejam pautados na eficiência: ou seja, a busca pela eficiência a qualquer custo pode gerar – e, efetivamente, gera – violações à dignidade da pessoa humana”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianowski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa

Atestando a possibilidade da norma jurídica ser um instrumento para a satisfação de interesses econômicos, GOMES afirma que:

a regra de direito passou a ter função meramente instrumental e sofreu sensível alteração no seu substrato clássico. Passou a desempenhar função instrumental por que os imperativos econômicos a que se subordina atualmente transformam-na numa técnica de controle social, num mecanismo a serviço do Estado, idôneo à consecução dos fins a que se propõe, tanto quanto a propaganda, o imposto, ou a prestação administrativa.<sup>27</sup>

Com o surgimento das crises econômicas do século passado, demonstrou-se a ineficiência do modelo liberal clássico, sendo fundamental preservar o mercado, que não poderia mais se auto-regrar, como pregavam os teóricos liberais. Assim surge o Direito Econômico, o ramo adequado para tutelar estas relações entre direito e mercado. Segundo VIDIGAL, este ramo do direito:

pode ser descrito como a disciplina da organização dos mercados, sob a inspiração do interesse coletivo. No conjunto dos condicionamentos do mercado, mediante orientação, estímulo e limitações, localiza-se a possibilidade de situar juridicamente o planejamento, o equilíbrio econômico, a regulamentação da competição e a redução dos desníveis econômicos (...). implanta sua tutela do consumo a partir da consciência dos fenômenos de dominação dos mercados. Na esfera de Direito Econômico, os conflitos que se colocam são, por exemplo, qualidade diferente da imposta por lei, pagamento além do preço regulamentar, fraude à obrigação legal de declarar peso ou medida.<sup>28</sup>

Já em linhas derradeiras, pode-se dizer que as reflexões acima feitas não pretendem exaurir as discussões sobre direito e mercado, pois parece que esta relação não se esgota no campo jurídico ou econômico, transcendendo estas ciências para alçar vôos em ciências conexas, como a Filosofia, a Sociologia e a Psicologia, algo que de forma breve foi lançado como marco para a continuidade desta pesquisa.

Destas profundas relações pode-se dizer que é cada vez mais difícil ao pensador do direito dentro das relações entre este e o mercado, conseguir distinguir, até mesmo didaticamente, o que seja pertinente ao estudo do Direito Público e o que

---

humana: o critério do dano ineficiente. In: **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea** – Organizadora Carmen Lucia Silveira Ramos, p. 142.

<sup>27</sup> GOMES, Orlando. **Direito Econômico e outros ensaios**. Salvador: Ed. Distribuidora de Livros Salvador Ltda. 1975, p. 133.

<sup>28</sup> VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: RT, 1977, p. 50



seja pertinente ao estudo do Direito Privado, pois torna-se cada vez mais árdua a tarefa de definir o que seja “interesse público”.<sup>29</sup>

Ainda que não se possa definir tal expressão pensa-se que uma adequada conceituação passa pelo atendimento das necessidades mais básicas daqueles que não tem a oportunidade de constar nas “estatísticas” do mercado, como os desempregados. E na impossibilidade do pesquisador no apontamento de todas as soluções para a resolução destas “falhas do mercado”, destaca-se o preceito disposto no artigo 170 da Constituição da República, que deve constituir-se em dever de conduta para aqueles que querem promover ações jurídicas e portanto, humanas, em busca da satisfação do interesse público: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

## 2.2 EMPRESA E MERCADO

Parece ser interessante refletir em um primeiro momento acerca do significado do que seja *empresa*. Para REQUIÃO “é preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma abstração. A muitos tal afirmativa parecerá absurda e incompreensível, dado aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material e visível.”<sup>30</sup>

Na legislação brasileira, mais especificamente no Código Civil de 2002 em seu artigo 966, está disposto que: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”.

Assim ao definir não a empresa, mas sim o empresário, destaca LEONARDO que “a definição de empresa (e a correlata definição de empresário) no Código Civil Brasileiro acaba por privilegiar uma perspectiva econômica, mediante a

---

<sup>29</sup> VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: RT, 1997, p. 48.

<sup>30</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

atribuição de um valor especial à atividade econômica de produção e distribuição de produtos e serviços”.<sup>31</sup>

Aqui a palavra organização parece ser fundamental para uma adequada compreensão do que seja empresa, pois como nos mostra SZTAJN:

tanto a organização de pessoas, centrada nas relações de trabalho subordinado, cuja disciplina é a dos contratos de trabalho, quanto a organização dos meios patrimoniais (recursos e bens) para o exercício de uma atividade, estão presentes no desenho da empresa.<sup>32</sup>

Evidente, entretanto, que a compreensão do que seja, e de como se dá tal organização, transcende uma mera análise jurídica, estando ligada ao estudo de ciências conexas ao Direito, como Economia e Administração. Não tendo tal pesquisa a pretensão de aprofundar seus estudos nessas ciências, buscar-se-á entender a empresa a partir de seus fins, qual sejam produção e circulação de produtos e serviços, a satisfação de necessidades sociais e a criação de riquezas, assim como por meio da análise de seus elementos, assunção dos riscos da organização, a economicidade da atividade e sua produtividade.<sup>33</sup>

O exercício da atividade empresarial implica a contínua produção de bens e serviços para o mercado na medida em que é nesse que tais bens serão valorados como necessários e fundamentais à satisfação das necessidades dos consumidores. Quanto à conceituação do que seja valor, afirma TELLES JR que:

o valor de uma coisa é aquilo em que ela importa. É o “quantum” disto ou daquilo a que ela corresponde. É o preço da coisa, tomando-se a palavra preço no seu sentido amplo, como na proposição: “ O preço da liberdade é a eterna vigilância”. Preço designa a importância atribuída a uma coisa como resultado de uma apreciação<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais: uma contextualização entre a Empresa e o Mercado**. Revista de Direito Público da Economia, ano 2, n.7, p. 225-233, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 229.

<sup>32</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 129.

<sup>33</sup> SZTAJN adota o pensamento de BUONOCORE, asseverando que “economicidade tem relação com o escopo de lucro; produtividade tem a ver com a criação de bens ou serviços, o que exclui atividades de mera fruição, mas não atividades de prestação de serviços de natureza assistencial, ou cultural. Por escopo lucrativo, há de se entender tanto o ganho quanto a redução de despesas ou qualquer outra vantagem de natureza patrimonial, portanto qualquer utilidade econômica.” (SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 118.)

<sup>34</sup> TELLES JR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 301.

Entretanto, para ter a possibilidade de apreciação dos seus bens e serviços no mercado, devem as empresas se adaptar ao novo contexto mercantil de nossa sociedade contemporânea.<sup>35</sup> Este novo contexto pressupõe uma análise da coexistência entre empresas e mercados e de como se dão cada vez as relações de interdependência entre os agentes econômicos, que deixam de ter o perfil competitivo peculiar ao início das relações econômicas do início do século XX, para dar origem a uma ação mais cooperativa, configurando uma teia de relações contratuais<sup>36</sup> mais duradouras entre as pessoas, deixando de se pensar que seria necessário um único centro de imputação na cadeia produtiva.

Tendo-se como objetivo fazer uma análise da natureza jurídica da empresa, interessante é o posicionamento dos juristas que a entendem como um feixe de contratos, algo que transcende a mera análise desta como ligada à determinada formação societária, sendo fundamental analisar a cadeia produtiva que liga diversos agentes econômicos ou empresários. Ressalta SZTAJN que o feixe de contratos:

é o núcleo da empresa à medida que reúne e organiza os fatores da produção, harmoniza interesses múltiplos e não homogêneos como o de empregados e empregadores, fornecedores, consumidores. Por isso a sociedade valoriza a empresa como estrutura que produz utilidades para oferecê-las maciça, continuamente e de forma estável em mercados, satisfazendo, dessa forma, às necessidades das pessoas.<sup>37</sup>

Além da estruturação da empresa enquanto feixe de contratos, outro fator que busca potencializar o exercício da atividade empresarial no mercado é o *marketing*. Para SANTOS este pode ser definido como o:

conjunto de atividades humanas que tem por objetivo facilitar e consumir relações de troca, as quais, por sua vez, visam satisfazer necessidades humanas situadas dentro de determinado momento histórico, pois, como já dito, tais necessidades variam desde as mais básicas de subsistência até aquelas ligadas ao lucro ou as meras atividades de lazer.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Como destaca SZTAJN “a ampliação geográfica dos mercados presa à busca de economias de escala tenda a fazer com que os operadores econômicos se associem para atender à demanda, nem sempre sob forma societária. Estruturas associativas diferentes unidades operacionalmente autônomas que, ao longo da cadeia produtiva, se ligam umas às outras são a nova realidade do universo mercantil ou empresarial.” (SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 27).

<sup>36</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p.14.

<sup>37</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004 p. 148.

<sup>38</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 20.

No que diz respeito à função mercadológica do marketing empresarial destaca o supracitado autor que esta reside em:

provocar um aumento na demanda; ou seja, diferentemente de ser o ato de fornecimento em si, consiste em um prática que a este leva ou induz, representando, assim, a atividade empresarial que provoca o consumo e, ipso facto, um aumento da lucratividade, além de providenciar, ao consumidor, os serviços de pós-venda ( os quais, de um certo ponto de vista, visam futuras vendas).<sup>39</sup>

Pode-se afirmar que empresa e mercado constituem uma relação de interdependência, semelhante ao mutualismo, na medida em que a atividade empresarial tem por objetivo principal proporcionar um aumento e circulação de riquezas, o que deve acarretar uma expansão do mercado e quanto mais importante for o papel que esta empresa desempenhar no mercado, maior será a possibilidade de esta ter determinado bem ou serviço de sua produção como algo útil e necessário aos anseios de determinada sociedade, e assim maior deve ser a acumulação de riqueza obtido pelos seus operadores econômicos, os empresários.

Entretanto o desenvolvimento deste processo não se dá de forma natural, pois há aqui o império da racionalidade instrumental, que consolidou os critérios de eficiência e competitividade como premissas inafastáveis para o exercício da atividade empresarial e isto pode levar ao aniquilamento dos agentes econômicos mais fracos em relação aos mais fortes, dando margem a criação de oligopólios e monopólios que podem conduzir o mercado à derrocada. Daí advém a necessária intervenção estatal na relação entre empresa e mercado, para corrigir as "falhas de mercado", que obstaculizam a consolidação do modelo da livre concorrência e livre iniciativa na atividade empresarial.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 133.

<sup>40</sup> Como bem pontua SZTAJN a "massificação da produção e desequilíbrio entre oferta e procura são causas de inadequação da concepção de mercado como estrutura alocativa eficiente. O dilema está entre tutela e garantia das novas formas de produção de riqueza e tutela de trabalhadores e consumidores; por isso, a imposição de sanções pelo Estado é crucial para a segurança do desenvolvimento de atividades econômicas". (SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 64).

## 2.3 O EXERCÍCIO DA EMPRESA EM MERCADO E A PUBLICIDADE

Pensa-se que dentro do contexto no qual vivemos, os agentes econômicos buscam promover uma “ânsia” dentro de determinada sociedade para que seus membros acreditem que de fato determinado bem ou serviço é necessário e portanto útil para esta coletividade. Determinado produto recebe uma valoração, e desta valoração que é feita em juízo de comparação a outro produto, surge uma conduta dirigida ou não dirigida por parte dos consumidores, para serem estes então valorados positivamente ou negativamente por seus comuns, por terem ou não adquirido determinado produto ou serviço.

Nesse contexto, surge a publicidade, enquanto instrumento fundamental para realização do marketing, entendendo-se este último com um instrumento para tornar ainda mais lucrativas as atividades econômicas empresariais. SANTOS conceitua publicidade “como qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção de produtos e serviços, realizada por patrocinador identificável.”<sup>41</sup> Já CENEVIVA afirma que a publicidade:

provoca efeito reflexo do negócio jurídico sobre a coletividade, relacionando-se nesse sentido, com a norma legal. Todavia, o sistema jurídico distingue a publicidade sistemática, garantidora de autenticidade, segurança e eficácia (Lei dos Registros Públicos, art. 1) e a publicidade para divulgação de fatos, serviços ou produtos de interesse dos fornecedores, repercutindo, assim, no âmbito econômico-social<sup>42</sup>

Inevitavelmente a escolha de determinado produto ou serviço, através de um juízo de preferência, é precedida por um período psíquico-cognitivo e aí está a publicidade como centro do processo<sup>43</sup>.

Destaca SMITH que:

quando concedemos nossa aprovação a algum objeto ou a alguma ação, os sentimentos que experimentamos, segundo a doutrina que antecede, tem quatro origens que em certo sentido são distintos uns dos outros. Primeiro simpatizamos com os motivos do agente; segundo, compartilhamos a

---

<sup>41</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 135.

<sup>42</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 71.

<sup>43</sup> IRTI, Natalino. Persona e Mercato. **Rivista di Diritto Civile**, ano XLI, n.3, p. 289-294, Padova, Cedam, mar-giu.1995. p. 294.

gratidão daqueles que recebem o benefício de seus atos; terceiro, advertimos que sua conduta foi conforme as regras gerais pelas quais essas duas simpatias usualmente atuam, e, por último, quando consideramos que tais atos formam parte de um sistema de conduta que tende a fomentar a felicidade do indivíduo e da sociedade, tal parece que deriva certa beleza dessa utilidade, não muito distinta da que atribuímos a qualquer máquina bem projetada<sup>44</sup>.

É de se ter em mente que o exercício da publicidade de determinado bem ou serviço busca não somente criar certa necessidade de ordem econômica para os consumidores, mas também uma necessidade que reflita na esfera moral do homem, pois se ele não adquirir determinado bem poderá sofrer o desvalor moral dos demais membros da coletividade a que pertence.

Destaca JACOBINA que a publicidade:

atinge também extratos da sociedade, gerando desejos e necessidades em quem não pode satisfazê-los e , além disso, induzindo-as a ação imediata para a satisfação desse desejo. Daí a violência e os conflitos gerados por essa forma de comunicação.<sup>45</sup>

Nesse sentido também reflete AMARAL JR., para quem a:

publicidade deixa de ser exclusivamente mecanismo de informação ao público para converter-se em instrumento destinado a convencer os consumidores sobre as virtualidades reais ou fictícias dos bens existentes no mercado.<sup>46</sup>

Imprescindível é a idéia de que a publicidade pode ser equiparada a oferta, obrigando o fornecedor de determinado bem ou serviço que dela se utilizar ou a ela veicular certa informação essencial para a caracterização de seu produto. Corrobora tal pensamento CENEVIVA ao afirmar que “a publicidade integra o contrato, que vier a se formar como declaração de vontade do fornecedor ou do prestador de serviço, porque atua o negócio jurídico, como manifestação apta a criar efeitos de direito.”<sup>47</sup>

Deve se refletir também sobre qual deve ser o papel das agências publicitárias enquanto empresas hábeis para a confecção de materiais publicitários. SEMLER fez tal questionamento:

---

<sup>44</sup> SMITH, Adam. **Teoria de los sentimientos**. México: Fondo de Cultura Economica, 1941, p. 160.

<sup>45</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.17.

<sup>46</sup> AMARAL JR, Alberto do . O princípio da vinculação da mensagem publicitária. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, p. 41-51. São Paulo: RT, 1995, p. 42.

<sup>47</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 57.

“Qual a agência que considera ser seu papel investigar a veracidade das afirmações do fabricante? Quase nenhuma. Porque acham que foram contratados para encontrar um meio de vender mais ou melhor, sendo responsabilidade das afirmações exclusiva do fabricante...”<sup>48</sup>

Infelizmente, tal comportamento se reproduz cotidianamente, e aquele que é mais prejudicado é sem sombra de dúvida o consumidor, não soberano, mas hipossuficiente, cabendo aos operadores do direito utilizar de todo o aparelho normativo para tornar cada vez menos díspare a relação entre anunciante-publicitário e consumidor. Deve-se propiciar uma maior liberdade de produção aos potenciais fornecedores de bens e serviços e primordialmente possibilitar que o receptor da mensagem publicitária ao adquirir determinado bem, tenha a consciência da decisão que tomou, ainda que seja impossível garanti-la em sua plenitude, pois a atividade publicitária, ainda que regulada pelo direito, pressupõe a interferência na autonomia da vontade do indivíduo.

---

<sup>48</sup> SEMLER, Ricardo. **Virando a própria mesa**. São Paulo: Best Seller, 1988, p. 231.

### 3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA PUBLICIDADE: ENTRE O MERCADO E O DIREITO

#### 3.1 CONCEITO JURÍDICO DE PUBLICIDADE

É de se admitir que o termo publicidade tem diversas acepções dentro do contexto jurídico. A palavra publicar, como destaca CENEVIVA:

corresponde a ação de registrar e de tornar conhecível o direito assentado, bem como o agente que interferiu (ou os agentes que interferiram) no negócio jurídico alusivo ao direito ou ao bem da vida mencionado. Publicar tem, nessa acepção, como regra, caráter passivo.<sup>49</sup>

Pode-se afirmar que a publicidade, dentro do mundo jurídico, significa, precipuamente, o conhecimento público de determinado ato<sup>50</sup>, ou ainda tem a função de velar o arbítrio das autoridades<sup>51</sup>, propiciando dessa forma o controle dos atos administrativos.

Obviamente que não são as significações acima citadas, as mais pertinentes para o objeto desta pesquisa, cabendo aqui refletir-se acerca do conceito de *publicidade comercial* que para JACOBINA deve ser compreendida “como aquela realizada com o objetivo de ofertar um bem ou serviço a consumo, através de um meio de comunicação capaz de atingir, ainda que potencialmente, um número indeterminado de pessoas, e veiculada às expensas do fornecedor.”<sup>52</sup>

Em pensamento similar, destaca SANTOS em consonância com o conceito da *American Association of Advertising Agencies* que a publicidade pode ser

---

<sup>49</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 70

<sup>50</sup> Paulo Vasconcelos Jacobina destaca que "Na verdade, o termo publicidade, no mundo jurídico, sempre possui uma significação muito específica- significa o conhecimento público de determinado ato, seja pela natureza mesma do próprio ato- como os casamentos, que, de acordo com o Código Civil, devem ser realizados com toda a publicidade e a portas abertas, mesmo que celebrado em casa particular-seja pela necessidade jurídica de preservação e conservação dos direitos- como no caso dos registros públicos-seja, ainda, como pressuposto para a própria eficácia dos atos, como no caso do Direito Administrativo." (JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 67)

<sup>51</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 7.

<sup>52</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 11.



definida como “qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção de produtos e serviços realizada por um patrocinador identificável.”<sup>53</sup>

Para ALMEIDA "será considerada como actividade publicitária toda a divulgação que vise dirigir a atenção do público para um determinado bem ou serviço de natureza comercial, com o fim de promover a sua aquisição."<sup>54</sup>

Já para MARTINEZ a *publicidade de consumo* pode ser definida:

como o ato lícito, efetuado às expensas do fornecedor, que visa levar ao conhecimento exclusivo do público consumidor uma imagem ou uma mensagem com um conteúdo informativo, com fins econômicos destinados a fomentar direta ou indiretamente a realização de negócios jurídicos de consumo.<sup>55</sup>

Deve-se ressaltar que a utilização dos termos propaganda e publicidade enquanto sinônimos é comum tanto dentro do meio publicitário quanto no meio jurídico. Entretanto acredita-se que estes termos tenham significados divergentes, e adotar-se-á aqui o posicionamento de CENEVIVA, para o qual a propaganda é a "arte ou técnica de informar ou notificar a coletividade, comunicando-lhe fatos ou versões, que a fonte de divulgação deseja tornar conhecidos"<sup>56</sup> e ainda de BENJAMIN, alertando que "a publicidade é o discurso de objetivo comercial ou profissional; já a propaganda tem claro escopo político, ideológico, filosófico, ético ou religioso".<sup>57</sup> Nesse sentido a propaganda é, assim como a publicidade, uma forma de divulgação de idéia, crença, ou ideologia, que busca esclarecer ou persuadir seu receptor; entretanto diverge da última por não ser dotada de fins econômicos.

Acredita-se que tal discussão de ordem etimológica não deve ser objeto de maiores reflexões sob pena de desvirtuarmos o objeto central da pesquisa, qual seja, a publicidade enquanto instrumento para a consolidação da atividade de marketing,

---

<sup>53</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 135.

<sup>54</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 80.

<sup>55</sup> MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58, p. 223-254. São Paulo: RT, 2006, p. 231.

<sup>56</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 3.

<sup>57</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 314.

entendida enquanto instrumento meta jurídico, para a exposição de bens e serviços fundamentais para o exercício da atividade empresarial em mercado.

### 3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA PUBLICIDADE

Impreterivelmente ao discorrer sobre qualquer tema que tenha por substrato uma análise principiológica, à luz do ordenamento constitucional, são encontradas na melhor doutrina distinções quanto a qualificação e enumeração de princípios. Tal situação se repete na análise dos princípios orientadores do exercício da publicidade, que acabam sendo por muitas vezes reflexo dos princípios orientadores da legislação consumeirista.

Fundamental em um primeiro momento destacar o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, que positiva determinados princípios relevantes a atividade publicitária.

Já em seu inciso I, destaca o necessário reconhecimento *da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*<sup>58</sup>, algo que representa a essência da tutela do hipossuficiente “consumidor soberano”, pois jamais poderia se pensar em igualdade formal deste com o prestador de serviços, ou produtor de bens de consumo, principalmente em matéria publicitária, sendo a manipulação da informação algo mais do que suficiente para a configuração da desigualdade material entre os contratantes.

No inciso II, afirma-se a possibilidade de *intervenção do Estado no domínio econômico*<sup>59</sup> que conforme distingue GRAU<sup>60</sup> se dá por meio da *absorção ou*

---

<sup>58</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

<sup>59</sup> Art. 4º (...)

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

*participação e direção*. A absorção do domínio econômico, está exposta constitucionalmente no art. 173 §1º, cabendo ao Estado quando do exercício da atividade publicitária a sujeição as mesmas normas que as entidades privadas, já a direção representa a atuação direta do Estado sobre o domínio econômico, seja pela promoção de normas de caráter coativo, visando a repressão de determinada conduta, como por exemplo a repressão a utilização de publicidade ilícita, ou pela promoção de norma de caráter indutivo, visando o estímulo de determinada conduta por intermédio da manipulação de instrumentos de intervenção.

Da análise do art. 4º pode se inferir o *princípio da repressão dos abusos praticados no mercado de consumo* que conforme destaca JACOBINA tem por escopo:

assegurar que as práticas ilícitas nesses campos, na medida em que atinjam os princípios da correção, da veracidade e da clareza, sejam também reprimidas, porquanto ofendem também aos interesses dos consumidores. Assim, para o direito do consumidor não interessa o uso irregular de uma marca de comércio, pura e simplesmente. Interessa somente na medida em que esse mau uso possa trazer prejuízos ao consumidor, desinformando ou confundindo.<sup>61</sup>

SANTOS ainda faz observação mais pertinente afirmando que:

na verdade, o Estado, como se verá, representa o duplo papel de herói e vilão perante a sociedade, ora atuando ao lado dos cidadãos na coibição dos abusos do poder econômico, ora tornando-se o próprio alvo das garantias individuais e coletivas previstas na Carta Magna como forma de repressão ao poder por ele próprio exercido.<sup>62</sup>

Tal afirmação está em consonância com a orientação da atividade estatal para tutelar os interesses dos indivíduos, aqui no papel de consumidores, no que diz respeito aos abusos praticados no exercício da atividade publicitária por parte daqueles que buscam espaço no mercado pela prestação de serviços ou produção de bens e o fazem por muitas vezes rompendo qualquer limite ético ou moral, e ainda corresponde ao segundo aspecto, o de vilão, a consolidação do Estado-

---

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

<sup>60</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. 2ª Edição, São Paulo: RT, 1991, p. 162.

<sup>61</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 64.

<sup>62</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 65.

empresa que busca também arrecadar fundos para o exercício de suas atividades, e o faz de acordo com a lógica mercadológica<sup>63</sup>.

Adota-se aqui o pensamento de JACOBINA no que diz respeito à existência de *sobreprincípios*<sup>64</sup> regulamentadores da matéria publicitária e estariam estes centrados na idéia de liberdade e boa-fé. Liberdade que para o supracitado doutrinador<sup>65</sup> decorreria dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, expostos nos artigos 170, caput e inciso IV, e subsidiariamente dos princípios da manifestação do pensamento e da liberdade de informação, expostos nos artigos 5º, inciso IV e 220 e ss. da Constituição da República, enfatizando que a publicidade é primordialmente uma atividade econômica e não informativa ou artística. Já para SANTOS tal princípio estaria vinculado a idéia de “liberdade de comunicação” transposta no art. 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV da Constituição da República e assim adota a idéia de publicidade enquanto espécie “comunicação social”. Pensa-se que esta segunda acepção do princípio da liberdade é mais adequada, por acreditar-se que em matéria publicitária a idéia de liberdade de comunicação irradie maiores efeitos sobre a disciplina legal infraconstitucional pertinente ao objeto de nossa pesquisa, do que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; devendo-se destacar que o controle a ser exercido sobre a atividade publicitária não é de natureza ideológica ou política, mas primordialmente de caráter protetivo ao consumidor que não dispõe de recursos necessários para detectar quaisquer ilicitudes encontradas nos meios de comunicação em que se dá a realização da atividade publicitária, proteção esta que está expressa (ainda que com

---

<sup>63</sup> Nesse sentido destaca BENJAMIN que “a liberdade da atividade publicitária não pode, de fato, colidir com certos imperativos de ordem superior que se sobrepõem às intenções promocionais das empresas. O Direito, então cria, com o intuito de proteger o consumidor na sua dupla face existencial (como partícipe do mercado e como cidadão titular de direitos e garantias constitucionais), mecanismos de controle para tais desvios publicitários.” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 2 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 340.)

<sup>64</sup> Conforme apontou JACOBINA “Dentre os princípios que regem a matéria, dois são especialmente importantes, vez que se refletem inclusive nos demais, conformando-os. Pode-se dizer, mesmo, que os outros princípios são corolários destes. Por isso, foram denominados, aqui, de sobreprincípios, porque funcionam como verdadeiros alicerces da matéria.” (JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 64-65.)

<sup>65</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.65.

a utilização equivocada do termo propaganda de produtos) no art. 220, §3º, II da Constituição da República.<sup>66</sup>

Já a idéia de boa-fé está predominantemente demarcada no art. 4º, III do CDC, com a expressão *harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo*. Isto dentro do microsistema do consumidor se dá efetivamente por uma interpretação do vínculo obrigacional que vá além do mero processo hermenêutico literal, buscando-se compreender qual é a intenção que permeia a formação daquele pacto, e ainda colaboração entre as partes ao longo da relação obrigacional, que deve ser precedente a formação do vínculo e deve perdurar até que a obrigação atinja seu fim, nada mais do que a satisfação dos interesses de ambas as partes<sup>67</sup>. Dentro da atividade publicitária a boa-fé manifesta-se pelos deveres de veracidade, correção, informação ou transparência na fundamentação e clareza ou identificação da mensagem publicitária, constituindo-se estes deveres em verdadeiros princípios específicos<sup>68</sup> em matéria publicitária.

Por *princípio da veracidade* entende-se que todos os dados veiculados a determinado produto ou serviço em mensagem publicitária correspondam a características verdadeiras destes, não devendo induzir o consumidor em erro, algo que já está exposto no art. 37 §1º do CDC, que será abordado oportunamente no que diz respeito à publicidade enganosa. Pensa-se que não seja veracidade a palavra mais adequada para a nomeação deste princípio, mas sim verossimilhança, por acreditar-se que a verdade está eminentemente ligada a subjetividade do

---

<sup>66</sup> “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 3º - Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

<sup>67</sup> Neste sentido destaca MARQUES que “as novas exigências deste paradigma objetivo de boa-fé, deste pensar refletido no outro que recebe a informação, neste cujos desejos e impulsos de consumo são despertados, teve consequências importantes também no relacionamento entre empresas e anunciantes, que viram aumentada sua responsabilidade de bem orientar e servir seus clientes, como já previa o Código Brasileiro de Auto-regulamentação publicitária.” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 674.)

<sup>68</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.66.

receptor da mensagem publicitária, sendo assim inconcebível falar-se em características verdadeiras deste.

Já o *princípio da correção*<sup>69</sup> está vinculado a idéia de que a mensagem publicitária não pode ofender valores sociais primordiais que estejam resguardados pela legislação constitucional e infraconstitucional, deve a atividade publicitária assim ser compatível e ir ao encontro e não de encontro a tais valores sociais importantes para o desenvolvimento da sociedade em determinado contexto histórico. Foi utilizado o termo correção por pensar-se que este retrata melhor a idéia que permeia a existência deste princípio, ainda que muitos autores prefiram utilizar os termos *ordem pública, legalidade e não abusividade*<sup>70</sup>.

O *princípio da informação*<sup>71</sup> está centrado na idéia de que a mensagem publicitária deve ser orientada por um suporte de dados fáticos, técnicos ou científicos que garantam a transparência desta perante os consumidores que, se for necessário, podem acionar o fornecedor de determinado bem ou serviço para que este comprove as características anunciadas no exercício da atividade publicitária. Este princípio é consolidado nos EUA por meio da atuação da FTC (Federal Trade Commission), órgão administrativo que regula quaisquer conflitos relacionados a atividade de consumo e que passou a exigir teste científicos e clínicos, primordialmente dos profissionais que trabalham na produção de equipamentos de exercícios físicos, produtos dietéticos e produtos médicos; conduta que não encontra analogia em nosso país, seja pelos PROCONS, seja jurisprudencialmente.

Ainda resta discorrer sobre o *princípio da clareza*<sup>72</sup> ou *identificação da mensagem publicitária*<sup>73</sup> que já encontra amparo nos artigos 36 e 4, VI do CDC e expressa a idéia de que o consumidor deve ter a percepção de que está diante de uma mensagem publicitária, independentemente de qual seja o veículo de

---

<sup>69</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 68.

<sup>70</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 204.

<sup>71</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 69.

<sup>72</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.67.

<sup>73</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 203.

comunicação que a transmita, e assim tem a possibilidade de se portar ou não enquanto receptor daquela mensagem que retratará uma visão parcial de determinado bem ou serviço. A grande ofensa a este princípio se dá por meio da utilização da publicidade subliminar (conceito este questionável por parte da doutrina) que busca induzir a cognição do consumidor, causando efeitos no inconsciente do destinatário, como se dá com a utilização de merchandising (conceito que será melhor explanado no próximo tópico), que seria a dissimulação da publicidade em meios não aptos ao exercício da atividade publicitária, como filmes, novelas e telejornais; e ainda por meio da publicidade clandestina que se constitui na utilização de meios técnicos e imparciais (adota-se tal termo na ausência de um mais adequado) de transmissão de informações para a promoção de determinado produto ou serviço, como “informes” econômicos.

Ao lado dos princípios que regulam as relações entre fornecedor e consumidor, pode se inserir o princípio da *lealdade*, que irá orientar a relação entre fornecedores<sup>74</sup> entendendo-se aqui que o CDC preza pelo fortalecimento da concorrência no mercado<sup>75</sup> e tal princípio irradia efeitos primordialmente no regramento acerca da publicidade comparativa e da concorrência desleal.

### 3.3 CONFLITO ENTRE MERCADO E DIREITO E A RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE NO CDC

Com o desenvolvimento do mercado, centrado na expansão da economia de massa, houve o crescimento de corporações transnacionais que buscavam travar um número cada vez maior de relações em mercado, por meio da oferta de uma universalidade de produtos e serviços destinados ao mesmo fim. Assim, para que estas corporações pudessem superar a intensa concorrência na oferta destes produtos e serviços foi necessário o desenvolvimento de técnicas de vendas cada

---

<sup>74</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 203.

<sup>75</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 2 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 318.

vez mais persuasivas, transformando a publicidade de mero instrumento de informação em um instrumento de persuasão e nesse sentido destaca AMARAL JÚNIOR que "a publicidade deixa de ser exclusivamente mecanismo de informação ao público para converter-se em instrumento destinado a convencer os consumidores sobre as virtualidades reais ou fictícias dos bens existentes no mercado".<sup>76</sup>

Essas grandes corporações, nessa busca incessante pelo lucro e pelo domínio das relações mercadológicas, promoveram a utilização intensa de campanhas publicitárias que não tinham quaisquer preocupações éticas ou morais e como destaca CENEVIVA "o rebaixamento ético ficou mais evidente, como subproduto da massificação da economia, dificultando o discernimento dos consumidores quanto aos produtos e serviços fornecidos".<sup>77</sup> A publicidade de consumo passa a ter grande influência na vida dos cidadãos e também pode ser entendida como um instrumento de dominação em um modelo concentracionista de mercado, já que além de deturpar o discernimento do consumidor, acaba sacrificando a livre concorrência, pois apenas alguns agentes econômicos poderiam utilizar-se deste instrumento, algo que foi objeto de insurgências por parte de pequenos comerciantes e industriais.

Logo, o modelo de mercado que estava em desenvolvimento, passou a ofender a ordem econômica e social, impedindo o desenvolvimento da livre iniciativa, da liberdade de escolha pelos consumidores e da justiça social, tornando-se evidente a situação de hipossuficiência dos consumidores perante os fornecedores e anunciantes publicitários. Desse modo, foi fundamental a criação de normas jurídicas que visassem a superação dessa desigualdade oriunda de uma "falha de mercado". Em nosso país dentro do sistema público de controle de publicidade, as normas expostas na Constituição da República e no CDC constituem os principais mecanismos para uma possível obstaculização e reparação dos danos oriundos do exercício de atividade publicitária, seja ela abusiva ou enganosa, categorias que serão agora objeto de reflexão.

---

<sup>76</sup> AMARAL JR, Alberto do. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, p. 41-51. São Paulo: RT, 1995, p. 42.



### 3.3.1 Publicidade enganosa

Encontra-se a definição legal do que seja publicidade enganosa no artigo 37, parágrafo primeiro do CDC:

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.

Entende-se que qualquer tentativa de conceituar determinado objeto apresenta lacunas e imperfeições e isto não deixa de ocorrer nesta definição acima apresentada. Mesmo assim pensa-se que por meio desta definição podem ser extraídos os dois elementos fundamentais para a caracterização da publicidade enganosa, quais sejam, a mentira e a indução em erro.

Acredita-se que a mentira esteja aqui relacionada a idéia de o emissor da mensagem publicitária retratar intencionalmente, ou dolosamente (*dolus malus*), de forma errônea, falsa, determinado produto ou serviço, de maneira que tal caracterização não encontre representação no mundo dos fatos, ou seja, na realidade objetiva, constituindo-se assim um ardil, que frustra todas ou boa parte das expectativas que o receptor da mensagem publicitária, tinha para com as características essenciais do objeto de consumo.<sup>78</sup> Inevitavelmente, a definição do

---

<sup>78</sup> Dentro do contexto estadual, interessante o julgado de autoria do Des. Miguel Kfourri Neto do Tribunal de Justiça do Paraná em Apelação Cível nº. 349924-9, j. 19.10.2006: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROMESSA DE EMPREGO E ESTABILIDADE NO JAPÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA DA AGÊNCIA DE TURISMO. RELAÇÃO DE CONSUMO ESTABELECIDADA ENTRE AS PARTES. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO. LUCROS CESSANTES DEVIDOS DIANTE DA REAL EXPECTATIVA DE RENDA NO EXTERIOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. RECURSO PARCIALMANTE PROVIDO. O cerne da presente demanda reside na responsabilidade civil da agência de turismo, ao angariar clientes com destino ao Japão, mediante promessas de difícil cumprimento. Foram ofertados ao apelado: emprego garantido em grandes empresas; excelente salário; assistência de embarque e idioma; auxílio alimentação e moradia nos períodos de desemprego. Entretanto, as promessas não foram cumpridas. O apelado, na qualidade de consumidor, foi mais uma vítima das inúmeras propagandas enganosas que existem no mercado.

que seja mentira esbarra em conceitos de ordem subjetiva, como falsidade, realidade, e expectativas, sendo extremamente difícil, para não dizer impossível, instituir-se uma definição objetiva de mentira, que deverá ser analisada em cada caso concreto. Ademais, parece que a tentativa de retirar toda e qualquer representação mentirosa da mensagem publicitária é algo inconcebível, na medida em que esta sempre vai retratar uma visão parcial de determinado produto ou serviço e assim sendo sempre será errônea em determinado aspecto.<sup>79</sup>

Quanto a indução em erro, destaca CAMPOS que:

a publicidade não é falsa no sentido literal do termo, mas mostra-se suficientemente sugestiva para enganar o público(...) a indução em erro será frequentemente fruto de uma justaposição de texto e imagem, permitindo que o consumidor faça uma previsão otimista dos dois, e que não corresponde à realidade do produto ou do serviço<sup>80</sup>.

Parece-nos que a indução em erro possa ser apreendida enquanto ação que proporcionará percepção equivocada do objeto de consumo ou de algumas características essenciais por parte do consumidor e é justamente desta cognição deturpada que surgirá o elemento persuasivo necessário a manifestação de vontade do consumidor para que este venha a adquirir determinado produto ou serviço. Destaca CENEVIVA que:

a vontade determinada por erro (é o caso do consumidor iludido pela publicidade) não deve ser considerada real e eficaz. Há certa semelhança entre a falta de discernimento e o erro. Não é que o erro determinou a vontade, mas a força determinante daquele que errou deu origem ao erro instigado (na relação de consumo) por vários elementos previstos na lei, entre os quais pela propaganda enganosa ou abusiva.<sup>81</sup> e prossegue

---

(...) No caso em foco, José tinha uma expectativa concreta de auferir, no Japão, os salários prometidos pela agência. Isso, em razão da proposta atrativa feita pela apelante. Ademais, é de se considerar que as estatísticas indicam que muitos brasileiros ganham a vida no Japão e voltam com um certo conforto financeiro para o Brasil. Portanto, era muito provável que José lucraria no exterior.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 349924-9. Relator Desembargador Miguel Kfourri Neto. j. 19.10.2006. Disponível em < <http://www.tj.pr.gov.br>.> Acesso em 01.07.2007)

<sup>79</sup> Nesse sentido destaca Maria Luiza de Sabóia Campos que: “Na publicidade não prepondera o uso de apelos racionais que oferecem bases objetivas de informação na oferta de certo produto; como o intuito é levar o consumidor a adquirir algo, mantendo a presença da marca anunciada na mente do consumidor até que ele se dirija ao ponto de venda, os apelos aos desejos e emoções não verbalizadas acabam por ser mais utilizados na formação do conteúdo da mensagem publicitária, e isso faz com que a informação perca sua objetividade.” (CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 293.)

<sup>80</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Sáboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 226.

<sup>81</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 120.

afirmando que “em cada caso concreto o que se vai verificar, em matéria publicitária, consiste em aferir se ela poderia ter força de viciar a vontade do adquirente médio, ainda que a pudesse ter, no caso de consumidores desprovidos de conhecimentos compatíveis com a ação de qualquer homem comum.”<sup>82</sup>

Ademais, para se ter uma adequada apreensão do artigo 37 do CDC, não se faz necessário que o agente promotor da mensagem tenha dolo ou culpa na produção da mensagem com o fulcro de induzir o consumidor em erro, basta apenas que se consolide o resultado, podendo-se falar em responsabilidade objetiva.<sup>83</sup>

É oportuno destacar o conceito de publicidade oferta, vinculado com o problema da publicidade enganosa por omissão. Assim disciplina o parágrafo terceiro do artigo 37 do CDC: “Art. 37 (...) §3º. Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

O grande questionamento que surge quanto ao tema é em relação a completude de informações que deve trazer a mensagem publicitária, pois como já se destacou anteriormente (item 2.1) a atividade publicitária é regida pelo princípio da transparência e assim devem estar a disposição do consumidor informações técnicas e científicas pertinentes a funcionalidade e características do produto ou serviço. Entretanto para a realização plena de tal princípio seria necessário que a mensagem publicitária tivesse uma longa duração, algo que não se coaduna com a essência da atividade publicitária com a atualidade dos anúncios publicitários na medida em que estes em meio televisivo tem duração de apenas alguns segundos e outros meios midiáticos não ofertam o espaço necessário a detalhadas informações sobre o produto ou serviço.

Daí advém outro problema, fundado no questionamento acerca do que constitui “dado essencial” do produto ou serviço a ser ofertado<sup>84</sup>. Uma das

---

<sup>82</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 122.

<sup>83</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 677-678.

<sup>84</sup> Muito elucidativo é o julgado da Min. Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial 327257 / SP, j.22/06/2004 : “Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Publicidade enganosa por omissão. Aquisição de refrigerantes com tampinhas premiáveis. Defeitos de impressão. Informação não divulgada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Responsabilidade solidária por publicidade enganosa. Reexame fático-probatório. O Recurso Especial carece do necessário prequestionamento quando o aresto recorrido não versa sobre a questão federal suscitada. Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerante cujas tampinhas contém impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e o fornecedor do produto. A ausência de

alternativas adotadas para se atribuir objetividade a este conceito está centrada na idéia dos efeitos materiais que tal omissão causará, ao ponto de poder se configurar uma alteração comportamental no consumidor, configurando se assim a indução em erro deste. SANTOS destaca que:

na verdade, a omissão material será considerada tomando-se por base a carga informacional contida na publicidade. Suponha-se que uma construtora anuncie um imóvel pela mídia impressa (jornal), oferecendo unidades condominiais, de metragem x , ao preço y, sem contudo informar que esta oferta somente é válida para três apartamentos, pois somente estes apresentam a metragem anunciada. Não há dúvida que tal publicidade contém uma omissão relevante, induzindo o consumidor em erro de uma maneira material, sujeitando-se, portanto, às sanções aplicáveis à publicidade enganosa.<sup>85</sup>

Em busca de critérios objetivos para a identificação e apuração da publicidade enganosa, nos Estados Unidos a *Federal Trade Commission* instituiu três critérios, que conforme destaca SANTOS<sup>86</sup> poderiam ser aplicáveis dentro do ordenamento jurídico nacional:

- a) existência de uma afirmação, omissão ou prática com grande probabilidade de induzir o consumidor em erro ("There must be a representation, omission or practice that is likely to mislead the consumer")
- b) consideração da enganiosidade pela perspectiva do consumidor-padrão ("the act or practice must be considered from the perspective of the reasonable consumer")
- c) materialidade da prática ("the representation, omission or practice must be material")

Aqui entende-se que deve a mensagem publicitária ser vista como um todo, sendo considerada a falha publicitária na medida em que a integralidade da mensagem tenha a potencialidade de induzir o consumidor em erro, e não apenas

---

informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. A comprovação do dissídio jurisprudencial exige o cotejo analítico entre os julgados tidos como divergentes e a similitude fática entre os casos confrontados. Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração quando o o órgão julgador pronuncia-se sobre toda a questão posta à desate, de maneira fundamentada. É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto. É inviável o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial. Recurso Especial conhecido parcialmente e não provido." (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. em Recurso Especial 327257 - SP.3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi . DJ 16.11.2004. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em 01.07.2007)

<sup>85</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 219.

<sup>86</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p.213.

frases isoladas as quais possam ser atribuídas significados não adequados ao que pretendeu o emissor de tal mensagem.

Assim como a concepção do que seja mentira, o entendimento do que seja indução em erro e de quando se dá a declaração de vontade viciada – que nas relações de consumo implicará na aquisição de determinado produto ou serviço – está permeado por conceitos subjetivos, devendo-se evitar a utilização de abstrações como “homem-médio”, “consumidor-médio” ou “adquirente-médio”, pois estas conduzem a um equívoco de ordem psíquica, filosófica e social na análise do homem, aqui no exercício de suas atividades de consumidor, e por conseguinte a um processo hermenêutico inadequado do objeto desta pesquisa.

A constatação da indução em erro se dará mediante a análise em cada caso concreto<sup>87</sup>, devendo estar atento ao contexto social a que pertence o receptor da pressuposta mensagem publicitária enganosa e se de fato poderia este artil poder influir na capacidade cognitiva do sujeito de forma a deturpar a percepção ideal que este teve em relação as características essenciais do objeto de consumo.

Parece ser fundamental, mais do que a tentativa de atribuição de critérios objetivos para a identificação e punição da publicidade enganosa, a compreensão de que não cabe aos pensadores e aplicadores do Direito do Consumidor extirpar a falsidade da mensagem publicitária, pois isso é imanente ao exercício da atividade publicitária enquanto instrumento para a promoção e distinção de determinado bem

---

<sup>87</sup> Nesse sentido é interessante o julgado do Min. Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial 447.303-RS, j. 02.10.2003 : “ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE ÁGUAS. NORMAS BÁSICAS DE ALIMENTOS. SLOGAN PUBLICITÁRIO APOSTO EM RÓTULO DE ÁGUA MINERAL. EXPRESSÃO “DIET POR NATUREZA”. INDUÇÃO DO CONSUMIDOR A ERRO.1. A definição sobre ser o slogan "diet por natureza" apostado em rótulo de Água Mineral inerente à própria água mineral ou à sua fonte, demanda o reexame de matéria fático-probatória insindicável por esta Corte Superior em sede de recurso especial, ante a incidência do verbete sumular n.º 07/STJ. 2. É assente que "não poderão constar da rotulagem denominações, designações, nomes geográficos, símbolos, figuras, desenhos ou indicações que possibilitem interpretação falsa, erro ou confusão quanto à origem, procedência, natureza, composição ou qualidade do alimento, ou que lhe atribuam qualidades ou características nutritivas superiores àquelas que realmente possuem.” (art. 21, do Decreto-lei n.º 986/69) 3. Na redação do art. 2º, inciso V, do Decreto-lei n.º 986/69, considera-se dietético “todo alimento elaborado para regimes alimentares especiais destinado a ser ingerido por pessoas sãs;”4. Somente os produtos modificados em relação ao produto natural podem receber a qualificação de diet o que não significa, apenas, produto destinado à dieta para emagrecimento, mas, também a dietas determinadas por prescrição médica, motivo pelo qual a água mineral, que é comercializada naturalmente, sem alterações em sua substância, não pode ser assim qualificada porquanto não podem ser retirados os elementos que a compõem. 5. In casu, o aumento das vendas do produto noticiado pelo recorrido caracteriza a possibilidade de o slogan publicitário encerrar publicidade enganosa capaz de induzir o consumidor a erro. 6. Legalidade da autuação imputada à empresa recorrida.7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 447.303-RS. 4ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux . DJ 28.10.2003. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em 01.07.2007)

ou serviço em relação a outros semelhantes, possibilitando assim que o seu produtor venha a ter maior sucesso com o desenvolvimento de relações mercadológicas. Devem os pensadores e aplicadores do Direito do Consumidor buscar meios para coibir a transmutação de falsidade em enganabilidade, ou seja, limitar o potencial que tal mensagem tem para induzir a erro a universalidade de seus receptores, ou seja, o consumidor, aqui entendido dentro de sua subjetividade e em consonância com o contexto social a que pertence.<sup>88</sup>

### 3.3.2 Publicidade abusiva

Conforme destaca SANTOS “o regramento dado pelo CDC à segunda espécie de publicidade ali prevista, a abusiva, constitui uma grande novidade no campo jurídico mundial”<sup>89</sup>. E assim dispõe o art. 37 §2º do CDC:

---

<sup>88</sup> Interessante o julgado do Desembargador Irineu Mariani do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em Apelação Cível 70003821626, j. 05.02.2003 :“DIREITO DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. CARACTERIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE NÃO MAIS PROCEDÊ-LA, SOB PENA DE MULTA. 1. Ostenta-se enganosa a publicidade que, em página inteira de jornal, na parte superior, supermercado lista produtos e preços e, na inferior, com destaque, anuncia garantia total extra, seguida de texto com destaque ainda maior, dizendo que a pessoa ganha grátis o produto se encontrá-lo com preço mais baixo junto a concorrente do que o praticado pelo anunciante, como tal entendido (preço praticado) aquele do jornal, e não o da loja sujeito a manipulação instantânea para frustrar o direito do consumidor. De outra parte, não há falar em obrigação de pagar apenas a diferença entre o preço do anunciante (maior) e o do concorrente (menor), invocando texto que, embora na mesma publicidade, revela promoção diversa. Na realidade, face à clareza da mensagem no sentido de ganhar grátis o produto, o anunciante fez um desafio a todas as pessoas, sob promessa de recompensa, prevista inclusive na legislação civil comum, CC.1916 art. 1.512; CC/2002, art. 854), qual seja a prestação de um serviço consistente em encontrar um produto, integrante de uma lista, com preço mais baixo na rede de concorrentes. Para fazer jus ao produto, não era preciso comprá-lo. Bastava encontrá-lo com menor preço na rede de concorrentes. Desde o momento em que pessoas fizeram a pesquisa e encontraram produtos com menor preço e o anunciante negou-se à entrega grátis a pretexto de apenas cobrir a diferença a quem comprasse, e o preço praticado para fins de parâmetro não ser aquele publicado no jornal, e sim o da loja sujeito a prestidigitação, restou evidenciada, pelo suficiente potencial de enganabilidade, tratar-se de publicidade enganosa. Se a lei prevê, em tal caso, a contrapropaganda, sanção mais severa, nada obsta que o pedido se limite a um minus, impondo-se a obrigação de não veicular a publicidade, sob pena de multa. Exegese dos arts. 37, § 1º, 56, XII, e 60, do CDC; e art. 30 do CDC, art. 1.512 do CC/1916 e art. 854 do CC/2002. 2. Apelação provida. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70003821626. Relator Desembargador Irineu Mariani. j. 05.02.2003. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> . Acesso em 01.07.2007)

<sup>89</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 220.

Art. 37 (...) §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.

Da análise do dispositivo conclui-se que a conceituação do que seja publicidade abusiva, se dá do modo *numerus apertus*, deixando-se espaço para que eventualmente sejam adequadas a esta classificação mensagens publicitárias que tragam em si efeitos danosos similares para o público alvo.

Dentre as espécies de publicidade abusiva não descritas no CDC, está a publicidade abusiva por correio eletrônico, por intermédio do SPAM que conforme conceitua BENJAMIN “é o nome vulgar, de origem anglo-saxônica, para ‘mensagem eletrônica comercial não solicitada’, ou seja, o envio, reiterado e de forma maciça, de mensagens indesejáveis, normalmente na forma de oferecimento de serviços ou produtos”<sup>90</sup>. Sua abusividade está justamente no fato de tolher a possibilidade de escolha do consumidor sobre o recebimento da mensagem, o que ofende frontalmente os princípios da liberdade e privacidade garantidos constitucionalmente. Ademais gera danos patrimoniais e morais aos consumidores que tem de perder tempo e principalmente dinheiro com programas eletrônicos que contém medidas de controle desta modalidade abusiva de publicidade, programas estes que se não adquiridos diretamente, são adquiridos indiretamente na medida em que os provedores de internet tem de utilizá-los para evitar a sobrecarga das redes, algo que torna a relação contratual mais onerosa ao consumidor final.<sup>91</sup>

Como bem define CAMPOS:

abusiva é aquela mensagem que quer obter vantagem sobre as fraquezas e medos humanos- é a da empresa de assistência médica que se utiliza do medo da morte latente na pessoa humana como argumentação de vendas. A abusividade tem caráter coercitivo, intimidatório e manipulador. Sua ofensividade é inerente às características da mensagem que teve seu

---

<sup>90</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 2 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 345.

<sup>91</sup>MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 2 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 346.

nascimento no conceito e na estratégia publicitária criada com finalidade específica e pré-determinada.<sup>92</sup>

Inevitavelmente, a compreensão do que seja publicidade abusiva, pressupõe a compreensão de alguns conceitos, dentre os quais destaca-se o conceito de violência e medo<sup>93</sup>. Aqui a concepção de violência deve ser de ordem social e analisada conforme a realidade brasileira, que promove a violência real não apenas contra o estado físico, mas também contra o estado psíquico de determinada coletividade, bastando que a mensagem publicitária tenha o potencial de induzir o seu receptor a comportar-se de forma violenta, deturpando assim valores morais e sociais fundamentais tutelados juridicamente. Já a idéia de medo, por muitas vezes presente em comunhão com a idéia de violência, pode ser caracterizada pela perturbação psicológica que a mensagem publicitária provoca ao seu destinatário, induzindo-o a aquisição de determinado objeto de consumo, sob pena de sofrer sanções de ordem física, moral ou social, sanções estas que estão contidas implícita ou explicitamente na mensagem publicitária. Essa perturbação psíquica deve ser vista sobre a ótica da coletividade enquanto público-alvo e não de um único indivíduo, pois só assim poderá a mensagem publicitária receber o desvalor da norma jurídica. Obviamente que as condições de vida em que se encontram o consumidor e seu grau de desenvolvimento cognitivo, como no caso da abusividade publicitária em relação a crianças e adolescentes, são fundamentais para a análise do julgador em cada caso concreto em que estejam envolvidas situações como a de violência ou de medo.

Da análise da publicidade abusiva pode-se entender que a ilicitude que em si está presente gera agressões a direitos difusos e coletivos, e por conseguinte a valores que se constituem em fundamentos para a harmonia de nossa sociedade, como o necessário desenvolvimento da criança e do adolescente, as crenças religiosas, a igualdade étnica e o meio-ambiente. Pode se afirmar, em consonância com o pensamento de SANTOS<sup>94</sup> que a publicidade abusiva – ao contrário da

---

<sup>92</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 224.

<sup>93</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 129.

<sup>94</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p.226.



publicidade enganosa que tem a potencialidade de trazer um dano material ao consumidor – traz em si a potencialidade de gerar um dano a moral ou a integridade física do indivíduo, ou seja, danos não-patrimoniais; lembrando-se que nada impede a existência de uma publicidade abusiva e enganosa, ainda que ontologicamente distintas. Ademais como afirma MARQUES “o consumidor na atividade publicitária não é a penas aquele consumidor potencial, mas todos os expostos, logo, toda a população, mesmo os excluídos do consumo, mas atingidos pelas práticas, especialmente as práticas abusivas.”<sup>95</sup>

Novamente surgem óbices conceituais no desenrolar desta pesquisa, pois extremamente subjetivos são os conceitos de moralidade e ainda de valores sociais fundamentais, pois é notória a heterogeneidade histórico-cultural de nossa sociedade. Assim deve-se deixar maior espaço para o aplicador do Direito, enquanto sujeito imerso em determinado contexto histórico e social, para que consiga captar da análise dos fatos, determinados valores e modelos comportamentais essenciais a harmonia de tal coletividade, e garantir a manutenção destes quando da consolidação da abusividade de certa mensagem publicitária. Também não deve se furta o operador do Direito da utilização de ciências conexas como a Sociologia, a Filosofia, que trazem de melhor maneira a concepção do que seja valor social, ainda que isso não seja objeto de maiores reflexões em nosso trabalho.

### 3.3.3 Publicidade simulada: merchandising

Fazendo-se uma análise etimológica<sup>96</sup>, pode-se afirmar que a palavra subliminar advém do latim SUB, equivalente a “abaixo de” e LIMEN, equivalente a “limiar”. Logo, a mensagem subliminar, que é o sustentáculo da publicidade subliminar, pode ser entendida como aquela que está situada abaixo da percepção

---

<sup>95</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 683.

<sup>96</sup>O que é subliminar? Disponível em: <<http://www.mensagensubliminar.com.br/conteudo.php?id=LTM4OC44NQ==>> Acessado em 01 de julho de 2007.

consciente do receptor e pode provocar alterações ou profundas influências comportamentais neste.

Ao discorrer sobre essa modalidade ilícita de publicidade CENEVIVA destaca que “esta se destina a operar abaixo do nível do consciente do destinatário. Surge de modo tão disfarçado que não é percebida como tal, o que, no atual estado de desenvolvimento das pessoas é quase impossível de ocorrer no ‘merchandising’.”<sup>97</sup>

Pensa-se que tal afirmação é equivocada, pois na medida em que se entender *merchandising* como prática de divulgação de produtos em filmes, novelas, livros ou qualquer espécie de veículo não conceituado como mídia<sup>98</sup>, pode-se concluir que ele pressupõe para a sua eficácia que o público-alvo não tenha a consciência de que em determinado veículo de informação está se fazendo a divulgação de certo produto ou serviço, sendo então induzido a perceber que se trata apenas de uma simples informação ou narração de fatos e que aqueles produtos ou serviços são meros acessórios para a consolidação de um contexto. Isso nos remete ao conceito de mensagem subliminar, pois a percepção do receptor é totalmente deturpada, não tendo este a opção de obstaculizar conscientemente os efeitos dessa modalidade publicitária, algo que ofende frontalmente a autonomia da vontade do sujeito, conceito que será tratado com maior profundidade adiante.

Ainda que haja proteção legal contra a publicidade subliminar em diversos ordenamentos jurídicos, o entendimento do que seja mensagem subliminar ainda é controverso, não só entre os juristas como entre cientistas de outras áreas, sendo difícil mensurar seus efeitos sobre a manifestação volitiva de determinado consumidor, pois cada indivíduo pode se mostrar mais suscetível a ser persuadido conforme a percepção sensorial que seja enfatizada na publicidade, por meio de estímulos auditivos, visuais e cinestésicos, e ainda assim a apreensão subconsciente dos efeitos desta mensagem pode gerar alterações comportamentais diversas em indivíduos pertencentes a um mesmo público-alvo. Novamente será da casuística, ainda que rara quanto ao tema, e de estudos mais aprofundados na área da psicologia humana, que poderemos inferir preceitos para a tipificação do que seja

---

<sup>97</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 78.

<sup>98</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000, p. 229.

publicidade subliminar, tornando-se aqui ainda mais difícil trazer ao mundo dos fatos o “consumidor-médio” e suas possíveis e previsíveis alterações comportamentais.

## 4 PUBLICIDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E DIREITO DO CONSUMIDOR

### 4.1 AUTONOMIA DA VONTADE E CONTRATOS SOB UMA PERSPECTIVA TRADICIONAL

Para se entender o contrato nas teorias clássicas e assim compreender a importância da vontade humana<sup>99</sup> enquanto elemento indispensável para o desenvolvimento deste, ao promover uma conceituação deve-se ter em mente, como já destacou ROPPO que:

os conceitos jurídicos-e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato-reflectem sempre uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, de relações de situações economico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.<sup>100</sup>

O século XIX, período em que se deu maior ênfase as teorizações acerca do vínculo contratual, foi marcado pela grande influência das idéias liberais na economia e dentro da ciência jurídica pelo chamado voluntarismo jurídico, em que a autonomia da vontade era tida como pedra angular para o desenvolvimento das relações jurídicas contratuais. A vontade em seu aspecto jurídico pode ser entendida como um elemento fundamental para a distinção de fatos e atos jurídicos, além de ser indispensável para a origem de direitos subjetivos.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Destaca Manoel Inácio Carvalho de Mendonça que “A vontade, ao contrário disso, é uma função eminentemente composta do cérebro e para cuja formação concorrem as afeições, como motores, o espírito e os centros diretores da motricidade, como elementos da deliberação. A operação cerebral nesse fenômeno é, portanto, das mais complexas. A princípio é uma de nossas tendências egoísticas, ou um dos nossos instintos altruísticos, que é solicitado por uma imagem qualquer de objeto ou acontecimento. Essa operação inicial constitui o desejo ou a repulsa; aquele, quando a imagem atua ou colabora no sentido da tendência: esta, quando se lhe apresenta sob a forma de um empecilho ou obstáculo que com ela colide. No primeiro caso, o instinto construtor concorre logo para a formação do fenômeno; no segundo, desperta-se o instinto destruidor para o mesmo fim. O espírito, ou a porção intelectual do aparelho cerebral, que já entrou em ação, quando forneceu a imagem inicial, continua agora a combinar e reviver outras imagens acessórias, de maneira a esboçar a impulsão que deve imprimir à ação o fim a atingir, o objeto a realizar, ou os obstáculos suscitados a vencer. Eis a combinação dos meios que têm de levar aos centros motores a primeira excitação; eis, portanto, o cérebro todo, o conjunto do complicado aparelho, a colaborar na produção do fenômeno da vontade.” (MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho. **Doutrina e Prática das Obrigações**. t. 01, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p.82-83.)

<sup>100</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 31.

<sup>101</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Direito Civil**, ano 12, n.46, p. 7-26, São Paulo, out-dez. 1988, p. 9.

Desta concepção pode-se vislumbrar a distinção entre o princípio da autonomia da vontade, que traduz a faculdade atribuída ao agente de produzir atos jurídicos, determinando-lhe, forma, conteúdo e efeitos, e o princípio da autonomia privada que reside no poder dos agentes de fazerem um auto-regramento de seus comportamentos, dentro das condutas permitidas ou proibidas pelo Direito<sup>102</sup>.

Como destaca AMARAL “a expressão autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.”<sup>103</sup> BARCELLONA afirma que:

o reconhecimento da autonomia privada, como poder de construir fattispecies jurídicas, equivale, em realidade, ao reconhecimento aos sujeitos privados de uma posição excepcional, quase uma prerrogativa típica do legislador: aquela de contribuir para determinar o âmbito do juridicamente relevante.<sup>104</sup>

Inevitavelmente, o exercício da autonomia privada pressupõe a idéia de liberdade, que entendida em sentido amplo, está relacionada ao exercício do livre-arbítrio por parte do agente, independente de quaisquer condicionamentos materiais ou sociais, mas enquanto liberdade jurídica entende-se como faculdade de exercer ou não os direitos subjetivos que dispõe.

Nesse contexto, SAVIGNY define contrato como “a união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes”.<sup>105</sup> Esta conceituação, é adequada para se mostrar que a concepção tradicional de contrato está fundada em dois dogmas, o da autonomia da vontade e o da liberdade contratual, cabendo aqui ao direito oferecer meios para que os indivíduos desenvolvam estas relações jurídicas próprias sem quaisquer interferências que pudessem viciar ou tornar defeituosa esta vontade, que somente quando livre e real pode ser entendida como fonte de obrigações e direitos, pois como assevera ROPPO:

---

<sup>102</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Direito Civil**, ano 12, n.46, p.7-26, São Paulo, out-dez. 1988, p. 10.

<sup>103</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil- Introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.345

<sup>104</sup> BARCELLONA, Pietro. Formazione e sviluppo del diritto privato moderno. p. 275 *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2003. p. 71.

<sup>105</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002p. 53.

os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições: estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controles: não concluir um certo contrato, não inserir nele uma certa cláusula.”<sup>106</sup>

Entretanto a situação econômica e social dos contratantes não era entendida como um óbice a manifestação livre destes, pressupondo-se a igualdade e liberdade entre os pactuantes ao momento de contrair a obrigação, pois a igualdade da relação contratual se dava na medida em que estes determinavam espontânea e conscientemente, de acordo com os seus interesses, o conteúdo do pacto.<sup>107</sup>

Fundamental entender-se que a teoria clássica do contrato não se origina de um único momento histórico, devendo-se refletir acerca das influências do direito canônico, do direito natural e das teorias políticas e econômicas insurgentes no século XVIII.

Do direito canônico pode-se destacar sua importância, no combate ao *fetichismo da forma*<sup>108</sup> por intermédio da valoração do dever moral enquanto dever jurídico e de fidelidade à palavra dada. Vinculou-se então o descumprimento do pacto à idéia de pecado, originando-se daí a idéia de *pacta sunt servanda*, sustentáculo do princípio da força obrigatória dos contratos, resultando na compreensão do contrato enquanto categoria jurídica e instrumento abstrato.

Já em relação ao direito natural pode se dizer que sua importância está centrada no entendimento do homem enquanto ente de razão livre, sendo do seu agir, ou seja, das suas manifestações de vontade que surgiriam quaisquer expressões jurídicas. De grande relevância para a consolidação desse pensamento foram as teorizações de KANT, que chegou a afirmar que a autonomia da vontade seria “o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que lhes correspondem”<sup>109</sup>. Daí advém o dogma da liberdade de contratar, enquanto reflexo da liberdade natural do homem, pois a liberdade passou a ser compreendida como

---

<sup>106</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina. 1988, p.35.

<sup>107</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina. 1988, p. 32.

<sup>108</sup> VARELA, José de Matos A. **Das obrigações em geral**. 10 ed., 1.v. Coimbra: Almedina, 2000. p. 215.

<sup>109</sup> KANT, Immanuel. *Kritik der Praktischen Vernunft apud Reale, Miguel*. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 60.

centro ideológico do sistema jurídico,<sup>110</sup> cabendo ao indivíduo utilizar-se do contrato conforme melhor lhe aprouvesse, já que, à luz do pensamento kantiano, só poderia submeter-se às leis que ele próprio criasse, como manifestação livre de sua vontade.

Ademais, deve-se destacar o liberalismo, que constituiu o fundamento ideológico do princípio da autonomia privada, e influenciou de maneira definitiva a construção do Direito das Obrigações, sendo tal modelo econômico resultado das teorias político-econômicas do século XVIII que pregavam a livre circulação de riquezas na sociedade. Assim o contrato, tendo-se como premissa a liberdade de contratar, passa a ser entendido como um instrumento em essência justo e equo para a promoção da harmonia social<sup>111</sup>. Economicamente, acaba cumprindo uma dupla função que reside, como destaca MARQUES<sup>112</sup>, na idéia de instrumentalizar a livre circulação das riquezas na sociedade e ao mesmo tempo indicar o valor de mercado de cada objeto cedido, algo que ainda permeia a sua funcionalidade na sociedade contemporânea, enquanto instrumento – antes somente individual e agora social – de alocação de riscos para a segurança dos pactuantes, viabilizando assim o alcance dos objetivos almejados por estes.

Nesse contexto histórico, surge o Code Civil francês em 1804, que veio a influenciar diversos ordenamentos jurídicos mundiais, estando nele presente os ideais individualistas e voluntaristas, bem retratados na concepção da autonomia da vontade como imanente ao desenvolvimento das relações jurídicas contratuais, tendo o contrato o valor de lei<sup>113</sup> para os contratantes. Assim entendido, como afirma VARELLA:

o contrato é o mais genuíno expoente da autonomia privada, precisamente porque através do instrumento contratual criam as partes, por sua livre

---

<sup>110</sup> VARELLA, José de Matos A. **Das obrigações em geral**. 10 ed., 1.v. Coimbra: Almedina, 2000, p. 215.

<sup>111</sup> Nesse sentido destaca Orlando Gomes que “O contrato surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social”. (GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 6.)

<sup>112</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 60.

<sup>113</sup> Nesse sentido MARQUES, traduz o art. 1134 do Code: “as convenções legalmente formadas têm lugar de leis para aqueles que as fizeram”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 59.)

iniciativa, as normas reguladoras dos seus conflitos de interesses. Esta é a concepção normativista, preceptivista ou objectivista do contrato.<sup>114</sup>

Outra codificação de grande relevância para a consolidação da concepção clássica de contrato e que constituiu-se em uma tentativa de sistematização do direito privado foi o código civil alemão de 1896 (BGB) que difere primordialmente de seu modelo francês primordialmente pela inserção da categoria de contrato dentro de uma categoria mais geral que é o negócio jurídico<sup>115</sup>, conceito este que engloba em si uma categoria muito maior de fenômenos jurídicos que os contratos e eleva ainda mais a importância da vontade humana, à luz do pensamento jusnaturalista e iluminista, enquanto fonte de qualquer transformação operada no mundo do direito, como força criadora de direitos e obrigações, como motor primeiro de toda a dinâmica jurídica.

Sob a orientação do dogma da autonomia da vontade, pode-se dizer que para tornar uma relação jurídica válida, é imprescindível que a manifestação da vontade esteja livre de qualquer tipo de coação advinda de fenômenos externos,<sup>116</sup> dentre estes a própria intervenção estatal.

Entretanto, vai se reduzindo a importância da vontade enquanto pilar da construção da relação jurídica contratual, pois dentro do sistema capitalista de produção, distribuição e consumo em massa é fundamental que o contrato seja um instrumento célere apto a garantir a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, não sendo interessante a ligação da constituição destas a elementos psíquicos imanentes a produção da vontade individual das partes, mas sim a

---

<sup>114</sup> VARELA, José de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10 ed., 1.v. Coimbra: Almedina, 2000, p.219.

<sup>115</sup> Dentre os autores nacionais relevante é a conceituação de PONTES DE MIRANDA, afirmando que "negócio jurídico é o ato humano consistente em manifestação, ou manifestações de vontade, como suporte fático, de regra jurídica, ou de regras jurídicas, que lhe dêem eficácia jurídica". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 01, 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 92.)

<sup>116</sup> Nesse sentido RAO destaca que "é longo o iter constitutivo da vontade jurídica atuante. Antes de formar e pôr em ação a sua vontade, o agente procura conhecer o bem de que precisa, ou deseja, pois *nihil volitum nisi praecognitum*. É o conhecimento consciente do bem que atrai a vontade. Conhecido o bem, e eleito, o agente, auto-determinando-se, passa a querê-lo. Auto-determinado, o agente, a seguir quer declarar a sua vontade e efetivamente a declara, realizando o ato jurídico destinado a lhe proporcionar, por seus resultados práticos tutelados pelo direito, o bem que pretende e assim procura alcançar. Mas, o conteúdo da declaração deve corresponder à vontade e à vontade de declaração do agente; preciso é, pois, que este possua a vontade do conteúdo do ato". (RAO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 200.)



elementos objetivos exteriormente reconhecíveis, ou seja atos que configuram tais relações. Nesse contexto, caberá agora as normas jurídicas a tutela da confiança na validade da relação jurídica contratual na medida da cognoscibilidade social que seus elementos exteriores proporcionem. Em suma, é a objetivação do direito contratual, como reflexo da despersonalização das operações econômicas cada vez mais afastadas de seu suporte fático particular.

Mas a conceituação da autonomia privada atingiu uma crise de identidade, já que com o surgir de um novo século, seu caráter individual não mais poderia suportar os anseios que a sociedade tinha para com a sua relativização, pois a autonomia da vontade era uma categoria formal, que materialmente consolidava cada vez mais a “escravização da vontade”.<sup>117</sup>

#### 4.2 CRÍTICA A AUTONOMIA DA VONTADE E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO DOS CONTRATOS

Ao fim do século XIX e início do século XX, como reflexo de movimentos sócio-econômicos, como a revolução industrial e a conseqüente massificação do consumo, o contrato, enquanto instrumento de circulação de riquezas, acompanhou tais movimentos, promovendo-se a constituição dos contratos em massa, tendo-se como conseqüência a desmaterialização e despersonalização da relação jurídica contratual. Pela necessidade de buscar incessantemente espaço para atuar em relações mercadológicas, desenvolveram as entidades empresariais, assim como o próprio Estado, contratos adaptados aos seus anseios, os chamados contratos de adesão, em que haveria uma pré-disposição das cláusulas de forma a induzir o outro

---

<sup>117</sup> Nesse sentido já destaca RADBRUCH: “(...) só numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, com é obvio, ser igual liberdade para todos. Desde que os contraentes se distinguem entre se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de a aceitar. À proporção pois que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos (...) A liberdade contratual do direito converte-se, portanto, em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se na ordem dos fatos sociais, em servidão. Daí, para a lei, a missão de inverter de novo as coisas e de, por meio de certas limitações impostas à liberdade, restabelecer a liberdade social de contratar.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, v.2, 1961, p.52-53.)

contratante economicamente inferiorizado a simplesmente anuir com a vontade do primeiro.

Sem sombra de dúvida, pode se falar em crise do dogma da autonomia da vontade, sendo a massificação das relações contratuais, como bem destaca NALIN:

um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos ou socialmente típicos que ocupam o posto da manifestação volitiva. É o que basta para, mais uma vez, confirmar a crise pela qual passa a definição clássica do contrato. Mas, é uma crise que constrói, ou melhor, como antes já se disse, desconstrói, para outro paradigma ser edificado no seu lugar.<sup>118</sup>

No mesmo sentido assevera COUTO E SILVA que a:

autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações, que com ela se vincula, se encontram em período de transformação e de reelaboração dogmática. De um lado, a intervenção estatal, os atos de planificação e os formativos de direitos privados, de outro, a tipificação social, e sobretudo os atos jurídicos de caráter existencial, forçaram a revisão dos conceitos<sup>119</sup>

Nesse novo cenário, de mudança paradigmática, tornou-se imperiosa a intervenção do Estado nas relações contratuais, guiado pelo princípio da boa-fé objetiva que deveria acompanhar toda a existência da relação obrigacional. Esta atuação estatal consolidou uma limitação da autonomia da vontade, pois era necessário romper com a "livre" manifestação de vontade, que tinha validade apenas enquanto categoria formal, para garantir-se o equilíbrio contratual e a justiça na nova sociedade de consumo, como reflexo da socialização da teoria contratual. Assim a equidade e justiça passariam a assumir o centro gravitacional<sup>120</sup> do novo conceito de contrato, em substituição ao individualismo do elemento volitivo imanente as teorizações clássicas. Fato é que o ato intervencionista demonstra o reconhecimento do Estado de uma situação que já existia em período contemporâneo a formulação da teoria clássica, qual seja, a hipossuficiência do indivíduo enfraquecido economicamente, sendo o dogma da autonomia da vontade um sustentáculo para a

---

<sup>118</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Conceito Pós-Moderno de Contrato: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba, 2000, 285 f. Tese (Doutorado em Direito) Pós- Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná. p. 112.

<sup>119</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 27.

<sup>120</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 167.

reprodução legitimada das relações de dominação econômica fundamentais para o desenvolvimento do sistema capitalista de produção.

Sobre os contratos na contemporaneidade, primordialmente os de consumo, incidem os efeitos que irradiam dos princípios da igualdade (art. 5, caput CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 5 XXXII), podendo ser entendidos como ponto de encontro de direitos fundamentais, na medida em que são instrumentos hábeis a satisfação do consumidor, entendido então como sujeito de direitos fundamentais e portanto como ser humano digno que tem um fim em si mesmo.<sup>121</sup>

Desta afirmação, advém, como destaca MARQUES<sup>122</sup> duas conseqüências: não só o contrato deve ser interpretado de forma diferente, a proteger o sujeito de direitos especiais, mas também o direito daí resultante merece interpretação teleológica (de proteção dos mais fracos na sociedade) e “ conforme a Constituição”.

E aqui reside, como bem destaca NALIN, o maior desafio do intérprete da lei na contemporaneidade :

a tentativa de conciliação entre os valores constitucionais que repersonalizaram os institutos jurídicos privados, dentre os quais não escapa o contrato, e o seu local de aplicação, predominantemente situado no mercado relevante. Valores constitucionais protetivos do homem no seu contexto social e regras de livre mercado, que sempre escravizaram este mesmo homem no seu egoísmo patrimonial, conforme descrição moderna antes vista, se apresentam como extremos inconciliáveis, numa clássica perspectiva do contrato, mas devem agora ser enfocados de modo convergente, mesmo que tal visão cause estranheza.<sup>123</sup>

Busca-se um modelo contratual que valoriza a palavra empregada, que trará uma valorização da informação e da confiança despertada no contratante mais fraco, podendo se falar em renascimento da autonomia da vontade, protegida por meio do intervencionismo estatal, na tentativa de se libertar ao máximo de pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda. Superou-se o clássico modelo de prestações momentâneas e de pactuantes

---

<sup>121</sup> Destaca HORSTER que “o personalismo ético de Kant atribui ao homem, pela razão de ele ser ‘pessoa’ em sentido ético, um valor em si – não tendo valor como meio para os objetivos dos outros – e, neste sentido, ‘dignidade’. A dignidade, que resulta do fato de o homem representar um valor em si, é reconhecida pelas outras pessoas que a respeitam. (HORSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil Português**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 154.)

<sup>122</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 259.

<sup>123</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Conceito Pós-Moderno de Contrato: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba, 2000, 285 f. Tese (Doutorado em Direito) Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná, p. 114.

livremente escolhidos e em igualdade de condições, exigindo-se um tratamento isonômico entre os contratantes, sopesando suas desigualdades.

Desse modo, a crise da confiança<sup>124</sup> entre os agentes econômicos, pode ser considerada extremamente relevante para a contemporânea concepção do contrato. O retrato dessa crise da confiança, como destaca ITURRASPE<sup>125</sup> é o fato de ser por muitas vezes economicamente mais benéfico ao fornecedor de produtos e serviços causar danos aos consumidores, atingindo frontalmente o princípio da boa-fé, pois a produção de determinados danos torna atividade empresarial mais lucrativa, atendendo aos anseios do fornecedor enquanto agente econômico que deseja expandir suas relações mercadológicas.

Inevitavelmente a atuação harmoniosa dos dois princípios basilares do direito privado, boa-fé (bona fides) e confiança (fides), constitui um pilar fundamental para a construção de uma nova teoria contratual, cabendo ao contrato, enquanto instrumento social de alocação de riscos, propiciar uma maior segurança jurídica para que ambos os contratantes, ainda que em posição de desigualdade, atinjam seus objetivos. Um instrumento normativamente hábil para a promoção dessa mudança dentro da realidade sócio-econômica brasileira é sem dúvida o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Esta codificação, composta por normas imperativas, retrata a necessidade da intervenção estatal para a proteção da ordem social, sendo o contrato sujeito a lei cogente, que poderia limitar o poder da vontade, para a proteção da boa-fé e da confiança entre os contratantes.

---

<sup>124</sup> Acerca da confiança negocial leciona Luiz Edson Fachin que "Um claro cenário se produz em torno da confiança: o repensar das relações jurídicas nucleadas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil. O tema de tutela da confiança não pode ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado da Pandectística e dos postulados clássicos do Direito Privado. Pode estar além de sua formulação inicial essa temática se for posta num plano diferenciado de recuperação epistemológica". (FACHIN, Luis Edson. **O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial**. In: Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 145.)

<sup>125</sup> Assim descreve Jorge Mosset Iturraspe no prólogo da obra de Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*: " Los daños nos scean a la vuelta de todas las esquinas. El imperativo romano, el 'no dañaras', há dejado paso a una consigna de la posmodernidad: 'dañaras si te conviene', si logras un beneficio mayor al costo que significa perjudicar a outro. Ni la vida ni el honor son barreras que conmuevan a los danãdores. Todo está colocado o enfrentado a la ecuación 'costos-beneficios'. Es talvez outra consecuencia del 'fin de las ideologias', que parece ser también el fin de la humanidad y el apogeo del más crudo pragmatismo" (WEINGARTEN, Célia. **La confianza em el sistema jurídico-Contratos y derecho de daños**. Mendoza: Cuyo, 2002, p.10)

De modo intrínseco a relação jurídica contratual, em sua nova significação funcional, deve estar presente o princípio da boa-fé objetiva, entendido como um parâmetro geral de atuação do contratante que deve por meio de uma atuação refletida no parceiro contratual, respeitar seus interesses, suas expectativas, sem provocar-lhe quaisquer tipo de lesões ou desvantagem excessiva, visando-se atingir o fim obrigacional desejado por ambos os contratantes. A boa-fé pode ser entendida como algo que transcende a mera posição de dever de conduta para ser um instrumento de captação da realidade pelo julgador.<sup>126</sup>

Nesse sentido, surge como dever conexo ao da boa-fé objetiva o dever de informar, possibilitando-se ao consumidor o conhecimento do pacto que está travando, em consonância com o ideal de transparência e confiança nas relações obrigacionais<sup>127</sup>, algo que deve permear, como já vimos, o desenvolvimento da atividade publicitária.

Dentre suas funcionalidades, o princípio da boa-fé tem sido mais utilizado por intermédio de sua função interpretadora, expressa no art.422 do CC, que por meio de sua cláusula geral<sup>128</sup>, impõe ao juiz que em seu processo hermenêutico, faça as correções contratuais necessárias. Nítido aqui está o papel intervencionista atribuído ao Poder Judiciário, que por meio de seus agentes pode exercer o controle

---

<sup>126</sup> Destaca Clóvis do Couto e Silva que "A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma 'Geschlossenheit' como um mundo fechado, mas sim, como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativados, flexibilizados, ao contato com a regra ética." (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 42.)

<sup>127</sup> Nesse sentido dispõe o art. 36 do CDC:  
"Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.  
Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem."

<sup>128</sup> Ao discorrer acerca da definição de cláusula geral destaca Judith Martins Costa que " constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ' aberta', fluída ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização; estes elementos, contudo fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico". (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. 1 ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 303.)

efetivo da manifestação de vontade dos contratantes, presente aqui o necessário caráter protetivo do contrato.

Surge então o conceito de função<sup>129</sup> social como um contraponto histórico ao princípio da autonomia da vontade, que acaba sendo uma superação das desigualdades reais subjacentes à igualdade formal do contrato, pois como destaca NORONHA:

o interesse fundamental da questão da função social está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidades, atentatórias de valores de justiça, que igualmente tem peso social. O problema, também aqui, estará na determinação do ponto em que liberdade e justiça se equilibrem.<sup>130</sup>

Pode se afirmar que a internalização da concepção de função social pelo nosso ordenamento constitucional, dá a este preceito o caráter de cláusula geral que terá seus limites interpostos na construção da hermenêutica jurisprudencial, não sendo mais suficiente que a relação obrigacional, instrumentalizada pelo contrato, chegue ao seu termo; necessário se faz que ela cumpra sua função social, o que se dá pela não violação dos interesses dos contratantes e também dos anseios da sociedade civil, que sofre efeitos reflexos da relação contratual.

Esta readequação metodológica imposta ao estudo do sistema contratual contemporâneo é fruto do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, deixando de ser o homem econômico, representado nas personagens de proprietário e consumidor, o objeto central da tutela do constitucionalizado Direito civil, ocupando seu espaço o homem existencial, que deve ter seus interesses enquanto indivíduo – acobertado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – garantidos ao longo do desenvolvimento das relações jurídicas contratuais<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p 81-82.

<sup>131</sup> Pietro Pierlingieri define muito bem a mudança paradigmática que se dá no entendimento do antropocentrismo nas relações contratuais, destacando que “a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; essa antes se configura sempre mais como uma relação de cooperação voltado à atuação de um interesse patrimonial do credor a realizar no pleno respeito do valor da dignidade da pessoa humana diretamente ou indiretamente protagonista do episódio atuativo”.(PIERLINGIERI, Pietro. *Le obbligazioni tra lo vecchi i nuovi dogmi Apud NALIN*, Paulo Roberto Ribeiro. **Conceito Pós -Moderno de Contrato: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba, 2000, 285 f. Tese (Doutorado em Direito) Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná. p. 261-262.)

Assim os princípios da força obrigatória dos contratos, da intangibilidade dos negócios e dos efeitos relativos dos contratos, podem tornar-se inócuos quando se verifique em determinada relação jurídica contratual o rompimento com os princípios da boa-fé objetiva, da dignidade da pessoa humana e da função social, sendo necessário deixar de se estudar o contrato de forma estanque, como estrutura jurídico-formal<sup>132</sup>, pois jamais pode se esquecer que sua gênese está ligada ao movimento dos recursos econômicos em determinado contexto histórico.

Nesse sentido o contrato deixa de ser exclusivamente o instrumento que promova exclusivamente a circulação de riquezas em prol da satisfação pessoal dos contratantes, para ser compreendido como o melhor meio para atender as necessidades sociais da circulação de bens e serviços, que estão centradas na idéia de igualdade material e justiça social. Assim a moderna acepção de autonomia privada está ligada diretamente ao conceito de liberdade de iniciativa econômica, na medida em que as limitações a esta última refletem diretamente na primeira, não cabendo ao direito exercer nesse momento apenas o controle repressivo de condutas, por meio da imposição de limites a liberdade de iniciativa através de permissões ou proibições, mas também dar margem ao exercício de funções distributivas ou promocionais que tragam maior impacto na esfera sócio-econômica.

É de se destacar que a crescente utilização de contratos atípicos, constitui-se em um reflexo da nova compreensão do contrato enquanto o elo de ligação entre a nova concepção do princípio da autonomia privada e o mercado, na medida em que os agentes econômicos precisam de um meio para consolidar as novas relações em mercado<sup>133</sup>, cada vez mais específicas e complexas que não encontram amparo nas classificações típicas.

Em caráter conclusivo, pode-se dizer que o grande problema ao se promover a constitucionalização do Direito Civil é a crença de que uma Constituição

---

<sup>132</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2003, p. 83.

<sup>133</sup> Nesse contexto de necessidade de tutela jurídica de novas relações negociais em mercado, advém a idéia das redes contratuais enquanto instrumento para o reconhecimento de vínculos sociais não perceptíveis e declaráveis expressamente quando do império do paradigma do direito contratual clássico. Profundas são as reflexões de Rodrigo Xavier Leonardo quanto ao tema, afirmando que “não se procura apenas superar a análise do contrato sob a perspectiva estrutural, individualizante, em favor de uma perspectiva capaz de perceber a vinculação econômica entre os negócios, com efeitos jurídicos. Na teoria das redes contratuais sobressai, especialmente, o caráter sistemático da ligação entre os contratos, de maneira que os eventos ocorridos em um elemento do sistema (contrato isolado) vêm se refletir, em maior ou menor proporção, em todo o sistema.” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2003, p. 133.)

permeada por normas de cunho dirigente ou intervencionista seja o suficiente para obstaculizar ou refrear os danos causados ao(s) contratante(s) que se encontra(m) em nítida posição de desigualdade material. Pode-se dizer que o poder estatal expresso através do direito é apenas uma das fontes de poder que podem interferir no comportamento do sujeito, não tendo ele soberania sobre os demais, algo que vai de encontro ao pensamento dos filósofos modernos britânicos como LOCKE e HOBBS. Desta ruptura paradigmática, pode-se concluir que a constitucionalização do direito civil, com grandes reflexos na nova disciplina contratual, pode acabar se transformando em mais um belo arcabouço doutrinário, que não trará resultado material algum se ainda entender-se o contrato como um conceito universal capaz de expressar toda a realidade e se não houver uma maior reflexão acerca de fontes de poder conexos conformadores da conduta humana, como o mercado.<sup>134</sup>

#### 4.3 PUBLICIDADE E AUTONOMIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Nesse espaço deve ser feita uma investigação sobre as possibilidades de se limitar e proteger a autonomia da vontade do consumidor diante de mensagens publicitárias que se mostram cada vez mais persuasivas e se valem de inovações tecnológicas para induzir o seu receptor a determinada manifestação comportamental, e por utilizarem de técnicas cada vez mais inovadoras e complexas, não recebem o desvalor por parte do ordenamento jurídico, na medida em que nem o legislador nem o julgador tem o conhecimento de sua utilização, pois tais tecnologias exigem um estudo aprofundado que acaba ficando restrito a um grupo restrito de indivíduos.

---

<sup>134</sup> Nesse sentido é pertinente a análise feita por Sérgio Staut Jr., à luz do pensamento de Boaventura de Sousa Santos: "Boaventura de Souza SANTOS partindo da concepção proposta por Foucault, vai procurar identificar espaços de poder na sociedade, sem perder a dimensão que estes espaços estão relacionados e o poder não é algo estático. Boaventura identifica seis espaços de poder que são: o espaço doméstico, o espaço da produção; o espaço do mercado; o espaço da comunidade; o espaço da cidadania e o espaço mundial. Em cada espaço destes verifica-se uma forma preponderante de poder, de saber e de direito." STAUT JR. Sérgio Said. Poder e Contrato(s): um diálogo com Michel Foucault In: **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Organizadora: Carmen Lucia Silveira Ramos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 284.



A subordinação dos consumidores à capacidade persuasiva das mensagens publicitárias é fato insuprimível de nossa sociedade contemporânea, promovendo orientações comportamentais e modificações culturais, pois como alerta ROCHA:

embora afirmem que a publicidade seria um fenômeno cultural derivado, no sentido de não inventar, não inovar, não revolucionar e somente lidar com aquilo que já é aceito socialmente, parece-me que, pela publicidade, podemos criar, reforçar, transformar ou extinguir os valores e concepções dominantes na sociedade.<sup>135</sup>

Pode-se afirmar que mais do que satisfazer a necessidades tem agora a publicidade a finalidade de criar artificialmente demandas, favorecendo a aquisição e utilização irracional de produtos e serviços de diversas classes, nada mais do que o consumismo, enquanto consequência da racionalidade liberal inerente ao modelo sócio-econômico em que vivemos, existindo a necessidade constante de lutar pela conquista da liderança do mercado e isso irá se realizar pela presença da marca da empresa anunciante na mente do consumidor.<sup>136</sup>

Dentro da acepção clássica de negócio jurídico, enquanto categoria jurídica fundada para o desenvolvimento de relações obrigacionais, faz-se necessário para a sua consolidação a presença de dois sujeitos de direito que irão transacionar acerca de determinado objeto. Na relação de compra e venda, que constitui uma relação jurídica contratual e obrigacional, dois atos são primordiais para que ela atinja seu fim; por um lado faz-se necessária a oferta de certo produto ou serviço por um dos sujeitos de direito (ofertante) e por outro faz-se necessário o aceite deste produto ou serviço por parte do outro sujeito de direito (aceitante), originando-se assim o vínculo obrigacional.

O exercício da atividade publicitária, que se dá pela utilização de diversos meios de comunicação, não pode ser considerado algo irrelevante para a construção desse vínculo obrigacional, na medida em que a exposição por si só de determinado bem não é um ato desprovido de finalidade<sup>137</sup>; pois aquele que exerce a atividade

---

<sup>135</sup> ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **A oferta no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997, p. 94-95.

<sup>136</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 105.

<sup>137</sup> Nesse sentido destaca ROCHA que "A afirmação de o anunciante agir sem vontade de obrigar-se resulta de mal definida noção de vontade baseada em obscura realidade intimista que esquece que todo reclame de uma atividade econômica denota a intenção genérica de concluir negócios; a eventual insinceridade da promessa não afeta o valor da sua expressividade social e a atividade

empresarial faz desse um meio para atingir determinada universalidade de potenciais consumidores, e fazer com que estes aceitem o que ele está a oferecer.

Nesse cenário, deve-se entender a mensagem publicitária como ato de oferta<sup>138</sup>, pois o seu receptor ao realizar o processo cognitivo de absorção de seu conteúdo, irá vislumbrar quais seriam os efeitos fáticos que ele sofreria com a aquisição desse produto ou serviço e se isso lhe satisfaria alguma necessidade. O ato de ofertar o bem traz deveres para o ofertante, pois a oferta deve ser condizente com as características do bem a ser oferecido, na medida em que esta traz elementos essenciais que irão instigar o consumidor a declarar a sua vontade, pode-se dizer que ela é a mola propulsora da possível manifestação de vontade, nutrindo expectativas e fazendo com que o receptor adote os valores nela expostos como verdadeiros, e a partir desses consiga mediante construção ideal antever os efeitos que sua manifestação de vontade pode trazer. Uma representação inadequada do objeto no ato de ofertar pode trazer conseqüências funestas ao receptor da mensagem publicitária e deturpar a sua manifestação de vontade, algo que irradiará efeitos jurídicos, pois a crença que tinha na aquisição do bem para saciar alguma de suas necessidades será quebrada.

Assim não se pode deixar de entender que a mensagem publicitária, quando traga elementos essenciais para a celebração do futuro contrato é o suficiente para caracterizar a oferta e esta acaba constituindo um vínculo jurídico contratual, pois é preciso que o consumidor tenha a confiança de que a oferta reflete a vontade efetiva do fornecedor<sup>139</sup>. Pode-se afirmar à luz do pensamento de PONTES DE MIRANDA<sup>140</sup> que a oferta é um negócio jurídico unilateral, e como tal, pode ser

---

publicitária, com exceção das hipóteses em que não esteja relacionada diretamente com o conteúdo do contrato, desperta a confiança dos destinatários e não se diferencia das demais declarações negociais.” (ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **A oferta no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997, p.96).

<sup>138</sup> Afirma CAMPOS que “Pode-se identificar uma oferta onde as palavras fazem aflorar determinada expectativa na mente de uma pessoa média, colocada na posição do ofertado, de tal modo que, fazendo uma promessa ou desempenhando um ato como requisitado, nada mais precisará ser feito por qualquer uma das partes no sentido de se constituir um contrato: formando-se o binômio promessa/aceitação configura-se o negócio jurídico. Essa promessa deve ser entendida como uma oferta dotada de força vinculante, preenchidos os requisitos jurídicos aplicáveis à espécie.” (CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 110.)

<sup>139</sup> AMARAL JR, Alberto do. **O princípio da vinculação da mensagem publicitária**. Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 41-51. São Paulo: RT, 1995, p. 50.

<sup>140</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 03, 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 138 e 142.

embutido em um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, na medida em que se tenha uma correlação com outro negócio jurídico unilateral, tornando-se recíprocas as manifestações de vontade, mas não se despidendo daquilo que estava contido no preceito negocial unilateral, como aquilo que foi objeto de publicidade.

Ademais traz em si a publicidade, por constituir um vínculo que se origina pré contratualmente, o dever de informar, que está exposto no artigo 31 do CDC<sup>141</sup>. Segundo CENEVIVA:

o dever de informar o consumidor é feição nova de direito pré-existente, pois amplia objetivamente (impõe elementos próprios da informação legal) e subjetivamente (atinge pessoas indeterminadas) conceitos integrados do ordenamento jurídico vigente antes do Código. Com a ampliação conceitual, as regras de conduta impostas ao fornecedor tornaram-se mais fáceis de serem compreendidas e, assim, mais simples de serem aplicadas.<sup>142</sup>

O dever de informar constitui-se em suporte do direito de informação, entendendo-se este como um dos temas de maior prioridade na política de defesa do consumidor<sup>143</sup>, pois é justamente da disparidade no conhecimento das características acerca dos bens e serviços ofertados que advém a possibilidade dos profissionais de mercado se locupletarem sobre os consumidores, incapazes de fazer um julgamento prévio e uma análise comparativa entre o desempenho de produtos ou serviços concorrentes.

Por características essenciais dos bens e serviços pode-se entender, à luz do pensamento de CALAIS-AULOY, aquelas indispensáveis para o consentimento do consumidor, estando relacionadas ao preço, condições de pagamento, ingredientes, indicações particulares de conservação, identificação do fabricante, entre outras.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Assim dispõe o artigo 31 do CDC:

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

<sup>142</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 107.

<sup>143</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 292.

<sup>144</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996., p. 293.

A ausência de informação ou dirigida de forma defeituosa enseja reparação civil, podendo desencadear a responsabilização da empresa em caráter pré-contratual ou ainda dar margem a responsabilização civil pelo fato do produto ou do serviço e pelo vício ou pelas práticas comerciais, tendo-se como legitimado ativo o consumidor, desde que comprove sua condição.<sup>145</sup>

Deve-se aqui pensar em uma relação jurídica de consumo em sentido amplo<sup>146</sup>, caracterizada por contatos de consumo antecontratuais entre o consumidor potencial e o fornecedor ofertante e destes contatos surgiriam deveres colaterais de informação e de advertência; deveres colaterais de conservação, de proteção e de custódia da pessoa e dos bens do consumidor; de deveres colaterais de cuidado e de assistência quanto àquela pessoa e quanto aqueles bens. Tais deveres surgiriam como corolário do princípio da boa-fé (expostos no artigo 4, inc. III e 51, inc. IV do CDC) e no caso de seu não cumprimento, teria o fornecedor o ônus de reparar os danos gerados, algo que resultaria da utilização da mensagem publicitária enquanto um instrumento para ferir frontalmente a autonomia da vontade do consumidor. Daí pode concluir-se que a publicidade passará a integrar o contrato como cláusula extra, não escrita, mas que produzirá efeitos legais, como as dispostas no artigo 35 do CDC.<sup>147</sup>

Assim, justifica-se o controle jurídico da atividade publicitária pelo fato de ser um instrumento que pode interferir negativamente no desenvolvimento da livre concorrência de mercado, além de impedir o fluxo adequado e preciso de informações e servir como modelo de manipulação de preferências, de introjeção de valores e concepções no modelo cultural.

O exercício do controle da atividade publicitária se dá na maior parte das vezes por meio de uma atuação repressiva à ocorrência da publicidade patológica,

---

<sup>145</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 107.

<sup>146</sup> TOMASETTI JR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 13, p.12-17, São Paulo, 1995, p. 15 e ss.

<sup>147</sup> Assim dispõe o art. 35 do CDC:

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 de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

ainda que se observe a atuação preventiva em ações de divulgação a coletividade sobre tipos publicitários proibidos, ou ainda na análise de anúncios publicitários ainda não divulgados<sup>148</sup>. Como dispõe MARTINEZ, o controle da publicidade de consumo se perfaz quando da soma de três componentes básicos, assim sintetizados<sup>149</sup> : “a) subjetivo: entidades atuantes; b) objetivo: normas estruturais e materiais; c) teleológico: proteção dos consumidores”.

E assim pode ser definido como “uma atividade de verificação e de punição dos atos publicitários tidos por patológicos, realizada por entidades, públicas ou privadas, embasadas em normas estruturais e materiais, visando a proteção do consumidor.”<sup>150</sup>

Pode-se falar que o exercício do controle da publicidade de consumo se realiza por sistemas, divididos em privado, público e misto.

O sistema privado é marcado pelo autocontrole e movimentado dentro dos parâmetros da livre concorrência por parte das associações ou sociedades de classe do meio publicitário que se reúnem e consolidam por intermédio de um negócio jurídico, um conjunto de normas de cunho preponderantemente ético para estabelecer certos limites para a criação publicitária.

Aqui quaisquer denúncias de abusos no exercício da atividade publicitária serão apuradas por ação privada<sup>151</sup> em órgão deliberativo interno, e se necessário for, cominarão sanções éticas que terão eficácia para aqueles que voluntariamente aderiram ao Código de Ética, estabelecendo assim um vínculo praticamente contratual<sup>152</sup>. Já a sua atuação preventiva realiza-se de forma consultiva aos sócios do órgão deliberativo que verificarão a adequação da mensagem publicitária ao Código de Ética.

---

<sup>148</sup> MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58, p. 223-254. São Paulo: RT, 2006, p. 242.

<sup>149</sup> MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58, p. 223-254. São Paulo: RT, 2006, p. 243.

<sup>150</sup> MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58, p. 223-254. São Paulo: RT, 2006, p. 244.

<sup>151</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p.97.

<sup>152</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O Controle Jurídico da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 9, p. 25-62. São Paulo: RT, 1994, p. 50.

No Brasil a evolução em relação ao desenvolvimento da auto-regulamentação, teve como marco a aprovação, em 1978, do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBAR), objetivando afastar qualquer interferência governamental no exercício da atividade publicitária<sup>153</sup>. É dotado de normas de cunho ético, portanto não jurídicas, constituindo segundo JACOBINA uma "importante fonte subsidiária de interpretação para o direito estatal – ou seja, é o que os próprios destinatários da norma reconhecem e admitem, espontaneamente, como mínimo ético necessário para reger a atividade."<sup>154</sup> Esta Codificação possui seis capítulos denominados *Introdução, Princípios Gerais, Categorias Especiais de Anúncios, Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária e Disposições Transitórias*.

Pensa-se que de maior importância para esta pesquisa seja discorrer acerca do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), podendo ser entendido enquanto um tribunal ético privado dos publicitários, buscando afastar da tutela jurisdicional lides relacionadas a esta matéria, algo que foi atingido até o surgimento do Código de Defesa do Consumidor.<sup>155</sup>

O surgimento desse Conselho é datado de 05 de maio de 1980, iniciando-se com uma comissão interassociativa composta por representantes de várias classes do mercado publicitário e sua atuação se dá por meio de denúncia, representação ou iniciativa própria, submetendo-se a minuciosa análise as mensagens publicitárias que sejam objeto de conflito<sup>156</sup>. É uma entidade sem fins lucrativos, com sede em São Paulo, tendo como objetivo principal a arbitragem e o julgamento ético, por meio da aplicação das normas dispostas no CBAR. Dentre os seus órgãos é o Conselho de Ética o órgão que mais contribui para a realização de sua atividade fim, sendo composto pelo Presidente e Vice-Presidente do Conar, além de 31 membros

---

<sup>153</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 36.

<sup>154</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 31.

<sup>155</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 36.

<sup>156</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Sáboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p.241.

titulares, que agregam membros do Conselho Superior, representantes dos consumidores e de associações profissionais dos operadores de publicidade.

Deve-se destacar que as medidas aplicadas por parte do Conselho de Ética e executadas pelo Conselho Superior tem grande aceitação por parte dos veículos de comunicação, tornando viável até mesmo a aplicação da pena máxima do art. 50, alínea c, que recomenda a sustação da veiculação da publicidade que fere os padrões éticos ditados pela classe, algo que demonstra a respeitabilidade e a seriedade que permeia a atividade deste órgão. Entretanto, não resta outra função ao CONAR senão a de ter atuação auxiliar no controle da publicidade negocial de consumo, na medida em que suas sanções não têm a coercitividade necessária para impelir ao infrator o cumprimento do negócio jurídico formulado por meio da oferta publicitária.

Acredita-se que este sistema por si só não parece ser o suficiente para um controle efetivo da publicidade. Dentre as razões que comprovam esta afirmação está o fato de este sistema ser pouco acionado por parte dos consumidores, que desconhecem o seu funcionamento. Ademais pode se questionar a eficácia das normas e sanções promanadas por estes órgãos, na medida em que são essencialmente éticas e de aplicabilidade restrita apenas aos que voluntariamente se dispuserem a esse tipo de controle, o que reduz seu grau de coercibilidade e não assegura o cumprimento da decisão pelo ente infrator.

Por outro lado é de se valorá-lo positivamente no que diz respeito a economia de recursos econômicos estatais, na celeridade procedimental, na especialização dos seus membros julgadores e na adaptabilidade de suas normas as modificações sócio-econômicas contemporâneas.

Logo pode-se dizer que não tem os instrumentos necessários para ofertar de forma universal a proteção adequada ao consumidor, mas é um importante subsídio para auxiliar o exercício do controle público da publicidade.<sup>157</sup>

Agora deve-se refletir acerca do sistema público de controle publicitário na medida em que este busca coibir os desvios de conduta e os abusos publicitários, utilizando-se de normas cogentes e de órgãos públicos de controle, sejam administrativos, sejam judiciais. Aqui há de fato a interferência estatal na esfera

---

<sup>157</sup> MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58, p. 223-254. São Paulo: RT, 2006, p. 246.

privada, caracterizando-se também como sistema de controle externo<sup>158</sup> de atos publicitários patológicos atuando de forma repressiva e reparatória para diminuir a produção de danos aos consumidores.

Um dos instrumentos para a consolidação do controle externo da atividade publicitária são as associações de consumidores<sup>159</sup>, que deveriam informar ao consumidor seus direitos e ainda alertá-los sobre as características essenciais de produtos e serviços. Entretanto, devido aos altos custos para se utilizar meios de comunicação que atinjam o grande público muitas dessas instituições acabam não cumprindo sua função educativa e informativa e os consumidores deixam de ter um grande aliado na defesa de seus interesses.

Outro órgão de relevância para a atuação em defesa dos direitos dos consumidores é o PROCON, que pode, segundo MARTINEZ, ser caracterizado como “órgão de natureza jurídica de direito público, pertencente à administração direta dos estados ou dos municípios, e que visa atuar em defesa dos interesses dos consumidores.”<sup>160</sup> Este pode ser entendido como a autoridade pública hábil a aplicabilidade de sanções administrativas, além de ser um órgão competente para a propositura de ações coletivas e para atuar em caráter conciliatório em relação a demandas individuais de pretensos consumidores lesados por determinada mensagem publicitária. No exercício preventivo do controle de publicidade atua de maneira a educar os consumidores, por meio de palestras, cartilhas explicativas ou ainda pela transmissão de notícias em veículos de comunicação social. Entretanto não possui esta a competência para de forma coercitiva impor a realização de publicidade corretiva, exigir a suspensão de publicidade lesiva ao consumidor de

---

<sup>158</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p.97.

<sup>159</sup> Como destaca MARTINEZ uma das poucas associações que conseguiu superar a falta de estímulo governamental e obter repercussão nacional foi o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), que foi fundado em 1987 como uma associação independente sem qualquer tipo de vínculo com empresas, governos ou partidos políticos, tendo seus recursos oriundos de anuidades pagas por associados, que recebem em troca uma assinatura da sua revista e também o direito de receber assistência jurídica na área de direito do consumidor. Traz ainda a informação de que desde 1987 até o início de 1998, o IDEC figurou como autor em 1180 processos judiciais coletivos, voltados não só para a defesa dos interesses de seus associados, mas também na defesa de interesses difusos, fazendo também o encaminhamento de denúncias ao PROCON e ao Ministério Público. (MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo e propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 184-185.)

<sup>160</sup> MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo e propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 187.



sanções pecuniárias, ou ainda impor sanções de ordem pecuniária, algo que fica restrito ao Poder Judiciário.

Pode-se dizer que o Ministério Público é o órgão que melhor retrate o sistema público de controle da publicidade. Inicialmente sua atuação realizava-se exclusivamente no âmbito administrativo, mas com a criação da Lei 7347/1985 e da Lei 8078/90 (que instituiu o CDC) encontrou na Ação Civil Pública o instrumento judicial adequado para a defesa em juízo da coletividade de consumidores, diante da lesividade de determinada mensagem publicitária de consumo, que pode ter sua veiculação suspensa e ainda dar margem a responsabilização do anunciante-fornecedor pelos danos causados.

Outro instrumento que está a disposição do Ministério Público e também foi criado na Lei 7347/85 é o inquérito civil<sup>161</sup>, tendo natureza inquisitorial e informativa, constituindo-se, como destaca MARTINEZ, em um meio de:

influência de natureza psicológica sobre o fornecedor que, pressionado por estar prestes a figurar como réu em uma ação civil pública, acaba por possibilitar a solução conciliada da lide de consumo, independente da propositura daquela ação, fato que possibilita a célere resolução dos conflitos de consumo, contribuindo ainda mais para a efetividade da atuação deste órgão como parte integrante do sistema público de controle da publicidade<sup>162</sup>

Cabe asseverar que o microsistema consumeirista é normativamente o instrumento que melhor tutela tanto penal quanto administrativamente o desenvolvimento adequado da atividade publicitária.

---

<sup>161</sup> Quanto ao inquérito civil assim disciplina a Lei 7347/85:

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. (...)

Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

<sup>162</sup> MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo e propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 194.

Enquanto sanção administrativa, dentre aquelas dispostas no artigo 56<sup>163</sup> do CDC, pode-se destacar a contrapropaganda que como destaca CAMPOS:

consiste na formação de uma obrigação ao causador de dano material ou moral de fazer veicular mensagem antagônica àquela de caráter lesivo, executando o mesmo plano de mídia, respeitando o número de inserções, horários e veículos de comunicação pelos quais foi veiculada a peça publicitária que deu origem ao prejuízo<sup>164</sup>.

Já CENEVIVA entende que esta seja “punição impositiva ao fornecedor de bens ou serviços, consistente na divulgação publicitária esclarecedora do engano ou do abuso cometidos em publicidade precedente do mesmo fornecedor”.<sup>165</sup>

Mais do que um caráter sancionador a contrapropaganda tem em primeiro aspecto um caráter educativo na medida em que promove a obstaculização dos efeitos da publicidade enganosa e abusiva<sup>166</sup> e permite ao consumidor fazer a comparação entre o que tinha sido divulgado de forma inadequada e agora passava ser entendido como correto em termos de mensagem publicitária<sup>167</sup>, restaurando a visão da realidade dos fatos pertinentes ao produto ou ao serviço. Como efeito secundário está o descrédito que o anunciante passa a ter para com a sociedade; tendo de ver os efeitos negativos que a imposição dessa sanção trará a sua marca e ao produto e serviço objeto da atividade publicitária. Ademais deve-se ressaltar os

---

<sup>163</sup> Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

<sup>164</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 297.

<sup>165</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991, p. 133.

<sup>166</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.104.

<sup>167</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 298.

prejuízos que a própria agência de publicidade terá ao ter de recriar uma nova campanha publicitária provavelmente com utilização de verbas próprias, algo que acaba contribuindo para uma atuação de melhores profissionais no mercado. Obviamente que deve-se considerar a eficácia reduzida de tal instrumento, pois provavelmente nem todos aqueles que integraram o público-alvo da publicidade lesiva terão a oportunidade de recepcionar os efeitos da contrapropaganda.

No que diz respeito à tutela penal, o regramento consumerista está vinculado ao direito penal econômico, sendo a ordem econômica<sup>168</sup> o bem jurídico a ser tutelado. Como destaca CAMPOS:

“o direito penal do consumidor, me matéria de informação, acompanhou a revolução efetuada pela tutela civil do consumidor. Em vez de punir apenas os comportamentos positivos – ativos – do fornecedor (alegações enganosas, por exemplo) sanciona, cada vez mais, a simples abstenção, impondo ao fornecedor o dever afirmativo de informar, obrigação essa mais rígida que aquela- quase que universal nos diversos sistemas jurídicos- de, em informando, fazê-lo adequadamente.”<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestaçãoVII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>169</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 302.

Todos os crimes expostos nos artigos 63 a 69 do CDC<sup>170</sup> estão relacionados a determinada falha de informação na transmissão da mensagem publicitária, sendo irrelevante a prova da existência material do dano. Basta, para tornar a conduta típica, a potencialidade da mensagem em induzir em erro, abuso, ou ainda provocar danos a saúde segurança ou ao patrimônio do consumidor. Respondem criminalmente não só a empresa anunciante, mas também a agência de propaganda e o veículo de comunicação, ainda que se concentre na empresa anunciante o centro de imputabilidade<sup>171</sup>. Ademais, de acordo com o artigo 75 do CDC, é cabível a desconsideração da personalidade jurídica, no caso da participação de diretor, administrador ou gerente de pessoa jurídica em crime contra o consumidor; mas deve tal artigo ser interpretado com reservas, à luz da sistemática penal e do ordenamento constitucional, pois ainda que não tenha o CDC adotado a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode o representante legal ser um

---

<sup>170</sup> Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente:

Pena Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposo;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

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.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa

<sup>171</sup> CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 305.

mero “bode expiatório” para que a empresa usufrua dos efeitos da conduta ilícita de forma reiterada.<sup>172</sup>

Deve-se destacar que a atuação dos órgãos atinentes ao sistema público de controle da publicidade é vantajosa na medida em que suas decisões apresentam alto grau de coercibilidade e podem propiciar uma adequada reparação dos danos morais e materiais oriundos de mensagem publicitária lesiva, mas a morosidade, devido ao excesso de formalismo oficial, assim como a demora imposta ao processo legislativo, impedem o seu rápido ajustamento às alterações sociais e de mercado.<sup>173</sup>

Logo, pode-se afirmar que para um adequado controle da publicidade deve-se adotar de forma conjunta os sistemas público e privado, resultando no sistema misto, que possibilita, segundo MARTINEZ:

o estabelecimento de harmonia entre o sistema público e o privado, a possibilitar duas frentes de controle dos atos publicitários. Desse modo, cabe ao meio publicitário regular sua atividade, e ao Estado intervir, quando da ocorrência de uma publicidade infratora das regras legais de proteção aos consumidores.<sup>174</sup>

Após a análise das possibilidades de proteção da autonomia da vontade do consumidor quando submetido a oferta de produtos e serviços, cabe refletir um pouco mais sobre os limites encontrados no exercício do controle da atividade publicitária.

Em um primeiro momento deve-se considerar que no contexto sócio-econômico que vivenciamos atualmente, não tem o homem a faculdade de recusar-se a desempenhar o seu papel de consumidor, pois se não exercer esta função acabará tendo problemas não só sob o aspecto econômico, mas também sob o aspecto existencial, na medida em que o consumo, como já destacado anteriormente, é um dos meios de inserção do indivíduo dentro da “sociedade civilizada”.

---

<sup>172</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 109.

<sup>173</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O Controle Jurídico da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 9, p. 25-62. São Paulo: RT, 1994, p. 51.

<sup>174</sup> MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo e propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 249.

A atividade publicitária então vai interferir na autonomia da vontade do indivíduo, pois isso é algo imanente a sua essência de eliciar valores no seu receptor, que serão transmitidos como essenciais ao seu *modus vivendi*. Aqui deve-se pensar que o homem está sendo submetido diariamente a uma grande quantidade de ofertas de bens e serviços, por intermédio de um volume cada vez maior de mensagens publicitárias vinculadas em uma diversidade cada vez maior de mídias, o que impossibilita um controle repressivo de todas as mídias potencialmente lesivas aos consumidores, na medida em que tecnologias cada vez mais complexas, manipuladas por um restrito número de profissionais, como as utilizadas na reprodução das controvertidas “mensagens subliminares”, tornam imperceptíveis a enganosidade ou abusividade aos olhos dos membros de órgãos públicos e privados de controle de publicidade.

Ademais pode-se dizer que certas mensagens publicitárias terão potencial lesivo para determinado público-alvo, o que conduz a uma relativização do que possa ser considerado enganoso ou abusivo, tendo em vista o senso crítico adquirido por determinada parcela da população. Pode-se afirmar ainda que a contínua repetição de mensagens publicitárias, traz em si um instrumento para persuadir o público-alvo a adquirir determinado produto ou serviço e também um meio de introjetar valores de determinada parcela da sociedade. Isso ao longo do tempo pode conduzir a uma mudança nos valores éticos, morais e culturais de determinada coletividade e aquela mensagem que era considerada patológica já não se apresenta como tal.

Posto isso, pode-se afirmar que a regulação da publicidade tem por fim proteger a vontade do consumidor diante da pressão exercida por métodos cada vez mais agressivos de contínua oferta de produtos e serviços. Como já destaca MARQUES:

a sociedade atual traz consigo uma grande carga de “pressões” juridicamente relevantes, que nem sempre são bem resolvidas ou resistíveis pelos indivíduos em geral, os quais necessitam, então de uma carga extra de proteção para alcançar o reequilíbrio de suas relações contratuais originadas destas pressões.<sup>175</sup>

A regulação da publicidade tem por escopo fazer o revival da autonomia da vontade do consumidor, pois sua vontade foi progressivamente depreciada e

---

<sup>175</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 236-237

limitada com a massificação das relações de consumo. Busca-se então que o indivíduo manifeste sua vontade de modo racional, de maneira a legitimar o vínculo contratual, que se estabeleceu tendo como base a expectativa de qualidade que a atividade publicitária gera sobre determinado produto ou serviço. Assim pode-se afirmar que além de proteger a vontade, a regulação da publicidade tem por fim proteger a relação jurídica contratual que surge da promessa unilateral de qualidade inserida pelo fornecedor na mensagem publicitária e que se não atender as expectativas legítimas criadas nos consumidores, pode ensejar o inadimplemento contratual.

## 5 CONCLUSÃO

Demonstrou-se em um primeiro momento a importância da compreensão da relação entre direito e mercado para situar a publicidade enquanto instrumento fundamental para o desenvolvimento da atividade empresarial em mercado. Superado este ponto, é imprescindível a compreensão de que o desenvolvimento da atividade publicitária por muitas vezes se desenvolve de maneira ilícita, provocando não somente a ofensa a valores éticos e morais que permeiam a vida em sociedade, mas também a interferência na autonomia da vontade do potencial consumidor de certo bem ou serviço. Assim, faz-se necessária a intervenção estatal, que se traduz em interferência na autonomia privada, superando-se a concepção clássica de autonomia da vontade que tinha como premissa a igualdade e liberdade entre as partes no momento de estabelecer um pacto particular, instrumentalizado pelo contrato. Reconhece-se na contemporaneidade a limitação do consumidor em manifestar sua vontade sem nenhum vício ou coação, causado em boa parte pela ofensa do dever de informar, intrínseco ao princípio da boa-fé, que em conjunto com o princípio da função social e da dignidade da pessoa humana, deve constituir as bases para o estabelecimento da relação jurídica contratual. Tal vínculo jurídico contratual se origina, por muitas vezes, à partir da mensagem publicitária que pode ser entendida como ato de ofertar, e traz efeitos para a continuidade dessa relação jurídica de consumo, cabendo ao ofertante arcar com os eventuais danos oriundos dos vícios de informação de seu produto ou serviço.

Ademais, fez-se a reflexão acerca das possibilidades de controle do exercício da atividade publicitária, tanto de ordem privada, pública, judicial e extrajudicial. Nesse sentido pode-se concluir que a proteção da autonomia da vontade do consumidor esbarra em certos limites, como a grande quantidade de mensagens publicitárias com tecnologias mais inovadoras que impedem um controle totalmente efetivo das eventuais ilicitudes nela inseridas, algo evidenciado com as ditas mensagens subliminares e com a utilização do *merchandising*. Pode-se destacar também a desobediência a normas éticas como um grave problema no exercício e portanto no controle da atividade publicitária, mesmo dentre os profissionais filiados a Conselhos como o CONAR. Além disso, pode-se afirmar que o desenvolvimento do senso crítico dos consumidores ao fazer a valoração das



mensagens publicitárias não se dá de forma uniforme, sendo de difícil mensuração o potencial dano que a mensagem publicitária tenha causado ao indivíduo.

Deve-se ressaltar que a regulação da atividade publicitária tem por fim a proteção da vontade do consumidor, e assim o fornecedor de produtos e serviços deve garantir o cumprimento da expectativa de qualidade criada por meio da publicidade. Isto resultará também na proteção da relação jurídica contratual, na medida em que o vínculo que se estabelece é determinantemente fundado nas expectativas criadas no consumidor, contratante mais fraco. Logo, pode-se falar na tentativa de resgatar a autonomia da vontade do consumidor, ainda que esta não atinja a sua plenitude, pois o indivíduo está inserido dentro um contexto sócio-econômico que o induz ao exercício cada vez maior de relações de consumo, e o ato de consumir acaba se consolidando em um dos principais meios de inserção social do indivíduo.

## 6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Direito Civil**, ano 12, n.46, p.7-26, São Paulo, out-dez.1988.

AMARAL JR, Alberto do. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, p. 41-51. São Paulo: RT, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O Controle Jurídico da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 9, p. 25-62. São Paulo: RT, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 447.303-RS. 4ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux . DJ 28.10.2003. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em 01.07.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. em Recurso Especial 327.257 - SP.3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ 16.11.2004. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>. >. Acesso em 01.07.2007.

CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e o Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1991.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FACHIN, Luis Edson. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In:\_\_\_\_\_ **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.p. 115-150.

FROMM, Erich. **Psicanálise da sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Zahar, 1959.

GOMES, Orlando. **Direito Econômico e outros ensaios**. Salvador: Ed. Distribuidora de Livros Salvador Ltda. 1975.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 2 ed., São Paulo: RT, 1991.

HORSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil Português**. Coimbra: Almedina, 1992.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Editori Laterza, 2004

\_\_\_\_\_. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **Rivista di Diritto Civile**, ano XLI, n.3, Padova, Cedam, mar-giu.1995.

\_\_\_\_\_. Persona e Mercato. **Rivista di Diritto Civile**, ano XLI, n.3, p. 289-294, Padova, Cedam, mar-giu.1995.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6 ed. São Paulo: RT, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Redes Contratuais: uma contextualização entre a Empresa e o Mercado. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 2. n.7, p. 225-233, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen J. **Freaknomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta**. Rio de Janeiro: Campus. 2005

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 2 ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1 ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo e propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58, p. 223-254. São Paulo: RT, 2006.

MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho. **Doutrina e Prática das Obrigações**. t. 01, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Conceito Pós -Moderno de Contrato: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba, 2000, 285 f. Tese (Doutorado em Direito) Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

O que é subliminar? Disponível em:  
<<http://www.mensagensubliminar.com.br/conteudo.php?id=LTM4OC44NQ==>>  
Acesso em 01 de julho de 2007

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. . Relator Desembargador Miguel Kfoury Neto. j. 19.10.2006. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br>> Acesso em 01.07.2007

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti . **Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. 03, 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. t. 01, 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, v.2, 1961.

RAO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 2 ed. rev. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

\_\_\_\_\_. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70003821626. Relator Desembargador Irineu Mariani. j. 05.02.2003. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> . Acesso em 01.07.2007.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **A oferta no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina. 1988.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianowski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea** – Organizadora Carmen Lucia Silveira Ramos et. al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127-154

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000.

SEMLER, Ricardo. **Virando a própria mesa**. São Paulo: Best Seller, 1988.

SMITH, Adam. **Teoria de los sentimientos**. México: Fondo de Cultura Economica, 1941.

STAUT JR, Sérgio Said. Poder e Contrato(s): um diálogo com Michel Foucault In: **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea** – Organizadora Carmen Lucia Silveira Ramos. et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 267-288

STEWART JR, Donald. **O que é o liberalismo?** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988.

STUART MILL, John. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações a filosofia social.** São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004.

TELLES JR, Goffredo. **O Direito Quântico.** 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.

TOMASETTI JR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 13, p.12-17, São Paulo, 1995.

VARELA, José de Matos Antunes. **Das obrigações em geral.** 10 ed., 1.v. Coimbra: Almedina, 2000.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico.** São Paulo: RT, 1977.

VON MISES, Ludwig. **A mentalidade anticapitalista.** Rio de Janeiro: Instituto Liberal. 1988.

WEINGARTEN, Célia. **La confianza em el sistema jurídico – Contratos y derecho de daños.** Mendoza: Cuyo, 2002.

## 7 ANEXOS

*Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 327.257 - SP (2001/0057239-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
 RECORRENTE : RECOFARMA INDÚSTRIA DO AMAZONAS LTDA  
 ADVOGADOS : EDUARDO HUMBERTO DALCAMIN E OUTRO  
 GUILHERME FARHAT FERRAZ E OUTRO  
 RECORRENTE : SPAIPA S/A INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS  
 ADVOGADO : ROMEU SACCANI E OUTROS  
 RECORRIDO : ARLETE LOPES DIAS  
 ADVOGADO : FAUEZ MAHMOUD SALMEN HUSSAIN E OUTRO

**EMENTA**

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Publicidade enganosa por omissão. Aquisição de refrigerantes com tampinhas premiáveis. Defeitos e impressão. Informação não divulgada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Responsabilidade solidária por publicidade enganosa. Reexame fático-probatório.

- O Recurso Especial carece do necessário prequestionamento quando o aresto recorrido não versa sobre a questão federal suscitada.

- Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerante cuja tampinha contém impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e fornecedor do produto. A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

- A comprovação do dissídio jurisprudencial exige o cotejo analítico entre os julgados tidos como divergentes e a similitude fática entre os casos confrontados.

- Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração quando o órgão julgador pronuncia-se sobre toda a questão posta à desate, de maneira fundamentada.

- É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto.

- É inviável o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial.

Recursos Especiais conhecidos parcialmente e não providos.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, por maioria, conhecer em parte de ambos os recursos e negar-lhes provimento. Votou vencido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de junho de 2004(data do julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora





























































































































































