

MARCUS VINICIUS FERNANDES ANDRADE DA SILVA

**A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE CONSUMO
PELA PUBLICIDADE**

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO - 2006

MARCUS VINICIUS FERNANDES ANDRADE DA SILVA

**A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE CONSUMO
PELA PUBLICIDADE**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob orientação da professora doutora Suzana Maria Catta Preta Federighi.

SÃO PAULO

2006

Banca Examinadora

*“de apodo
em apodo
e de engodo
em engodo
escorrega-se
rapidamente
sobre o lodo...”*

*tão repetidamente
esse tombo
cansa
e a coisa se torna
rança...”*

*passado o rodo
outra manipulação
entra em ação:
faz-se novamente
o jogo da sedução
e um novo bodo
já se lança:
de imediato garantem-se os prazeres
mesmo do mais antípoda dos seres...”*

(Pagode à Publicidade – Newton De Lucca)

*“Uma vez tomada a decisão, fechar os ouvidos
mesmo ao melhor argumento contrário: sinal do
caráter forte. Portanto, uma ocasional vontade de
estupidez.”*

(Friedrich Nietzsche – Além do bem e do mal)

Agradecimentos

Sem fugir do pragmatismo o primeiro agradecimento é a Deus. Como obrigação devo agradecer ao CNPq por ter acreditado no projeto e investido neste. À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pela oportunidade de ter acesso ao qualificado e científico conhecimento jurídico. Nisto não podem ser esquecidos os eternos Mestres: Dra. Suzana Maria Catta Preta Federighi, Dr. Newton De Lucca, Dra. Consuelo Yoshida Moromizato, Profa. Dra. Maria Helena Diniz, Dr. Antônio Carlos Mendes, Prof. Anselmo Prieto, Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto, Dr. Marcelo Gomes Sodré, Dra. Patrícia Miranda Pizzol e Prof. Vítor Moraes de Andrade.

Também não posso deixar de reverenciar alguns mestres de outras academias que sempre me apoiaram: Dra. Silmara Juny Chinelato, Prof. Erick Wilson Pereira, Prof. José Augusto Peres Filho, Prof. José Geraldo Brito Filomeno e o Prof. Diógenes da Cunha Lima.

Minha companheira de luta, amiga e noiva Andréa Carla, três anos longe da terrinha (Natal-RN), abdicando de mordomias e prazeres em busca sempre do crescimento. A minha mãe (Aléa), meu pai (Sebastião), irmãos e amigos de Natal. Destacando alguns que sempre me incentivaram na luta: Djamiro Acipreste, Daniel Dantas Mangabeira, Flávio José e Gustavo Carriço. Aos amigos de São Paulo: André Linhares Pereira, Ednara Avelar, Elisabeth Cavalcante, Fabíola Meira, André Studart (CE), Marcelli Romano e Georgios Alexandridis.

O agradecimento à orientação obtida não é apenas do momento no mestrado, mas desde o início da pós-graduação *lato sensu* (2003), quando já havia não só a paixão e eleição pelo tema, mas toda uma doutrina jurídica, justificando o estudo da transversalidade do direito consumerista, do Império Mongol à Karl Marx. O agradecimento especial à Prof^a Dra. Suzana Maria Catta Preta Federighi.

Resumo

A pesquisa científica dissertativa trata de alguns efeitos da publicidade, como prática comercial, no campo da responsabilidade civil. O poder da publicidade é tamanho, que movimentos revolucionários na história justificam a prática como poderosa e estratégica arma em busca de poder, tal como ocorreu no Nazismo.

Há um enfoque na frustração da expectativa de consumo pela publicidade, na linguagem psicológica e do marketing com uma dissonância cognitiva, gerada pela evolução da prática. Em outras áreas científicas, como na psicologia, economia, sociologia e logicamente no marketing, já se comprova a existência e o efeito desta frustração. A ciência jurídica ainda reluta em aceitar alguns aspectos de tal fato como gerador de dano. A barreira imposta pelo Direito se deve ao fato de que aplicadores não conseguem, ou não enfrentam tal fato social, por visualizarem apenas os moldes clássicos da responsabilidade civil. A consequência disto é o engessamento do Sistema Jurídico, que justamente deveria recepcionar os fatos novos. Justifica-se por isso verificar a banalização dos princípios jurídicos, tratados indistintamente com as regras jurídicas, desvirtuando a função de cada um no sistema.

Os aplicadores do Direito, com exceções raras, entendem que a frustração não tem justificção em configurar um do dano. Isto resulta no indeferimento das tutelas e no correspondente incentivo para que os fornecedores continuem com práticas abusivas. A teoria dos jogos justifica muito bem isso diante uma atividade. Deve ser observado também que a publicidade não é dirigida indistintamente para a massa, mas a alvos específicos, grupos sociais pré-determinados

Abstract

This scientific research deals with some effects of the advertising, as commercial usage, in face of the consumer under the area of the civil liability. The power of the advertising is so great, that revolutionary movements in History justify its practice as a powerful and strategic weapon in search of being able, such as in Nazism.

The main focus of interest is the frustration of the expectation of the consumer for the advertising, in the psychological language and of the marketing; there is a *dissonance cognitive* stimulated for the evolution of the practical one. Some other scientific areas, like psychology, economy, sociology and marketing already have proved of these frustrations. Law system still resists in some aspects to accept such fact as responsible for causing damage.

The Legal System does not face such social fact yet, visualizing only the classic molds of the civil liability. The consequence is a paralyze in the Legal System, which would have to take in the new facts and the legal principles are treated indistinctly as the rules of law, depreciating the function of each one in the system.

There is a general understanding, with a few exceptions, that the frustration doesn't have enough justification to be a moral damage. The result is an incentive to the suppliers continues with practical abusive. The theory of the games justifies well this fact. This research points out that advertising is not directed indistinctly for the mass, but the specific groups of people.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
<i>Primeira Parte – Aspectos Metajurídicos</i>	
1 COMUNICAÇÃO	23
2 SÍNTESE HISTÓRICA DA PUBLICIDADE E PROPAGANDA	26
3 SIMILARIDADES E DIFERENÇAS ENTRE A PROPAGANDA E A PUBLICIDADE	28
3.1 Propaganda	28
3.1.1 Uso da propaganda em prol do Bolchevismo	31
3.1.2 A propaganda no Nazismo	32
3.1.3 Indústria cultural – Razão Comunicativa X Razão Instrumental	38
3.1.4 Propaganda como instrumento democrático	42
4 PUBLICIDADE E PODER	51
5 NOÇÃO DO MERCADO DE CONSUMO	55
6 A INFLUÊNCIA SOBRE O CONSUMIDOR	57
6.1 Métodos de análise do consumidor	58
6.2 Alguns perfis de consumidores	62
6.2.1 Consumidor racional	62
6.2.2 Consumidor emocional	63
6.2.3 Teoria de Sigmund Freud	64

	9
6.2.4 Teoria de A. Maslow	66
6.2.5 Teoria de Pavlov	67
6.3 Consumidor como ser social	69
6.4 Consumidor em grupo	70
6.5 Teorias comportamentais do consumidor	70
6.5.1 Teoria de Frederick B. Skinner	70
6.5.2 Comportamento de consumo no meio social	74
6.5.3 O comportamento do consumidor visto sob uma análise existencialista	75
7 PROCESSO DE CONSUMO	77
8 A EXPECTATIVA DE CONSUMO	79
8.1 Escolha	79
8.2 Expectativas	80
8.3 Percepção	82
8.3.1 Efeito subliminar da percepção	86
9 EFEITO SOCIAL DO CONSUMO	89
9.1 Efeito social da marca	92
10 MARKETING	95
10.1 Marketing-mix	96
10.2 Marketing Cultural	97
10.3 Marketing Esportivo	97
10.4 Marketing da Responsabilidade Social	101
11 MERCHANDISING	105

	10
12 A PROMOÇÃO DE VENDAS	107
13 FORMADORES DE OPINIÃO	111
14 PUBLICIDADE	113
14.1 Aspectos psicológicos	113
14.2 Psicologia em prol da prática publicitária	115
14.2.1 Influências psicológicas	119
14.2.1.1 Sugestão	119
14.2.1.2 Imitação	120
14.2.1.3 Empatia	120
15 FOCO DA PUBLICIDADE	123
16 BREVE SÍNTESE SOBRE O OBJETIVO DA PUBLICIDADE	128
 <i>Segunda Parte – Aspectos Jurídicos</i> 	
17 A NORMA	133
18 A CONSTITUIÇÃO DE 1988	140
18.1 Liberalismo	140
18.2 Surgimento da influência ‘Social’	144
18.3 Um perfil atual	146
18.4 Gerações dos direitos fundamentais	147
18.4.1 Primeira geração	148
18.4.2 Segunda geração	149
18.4.3 Terceira geração	150

19 O TRATAMENTO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	152
20 ORDEM ECONÔMICA	155
20.1 Economia X Direito	155
20.2 A Economia e o Direito exercendo um papel indissociável	159
21 SISTEMA JURÍDICO	162
21.1 Funcionamento do Sistema Jurídico com princípios e regras	166
21.2 Princípio da Hierarquização Axiológica	167
21.2.1 Método Tópico	171
21.2.2 Método Racionalista de Concretização	177
21.2.3 Método Concretista de Inspiração Tópica	178
21.2.4 Um método ideal - Método Tópico-sistêmico	180
21.3 Aplicação na Ordem Econômica	181
22 PRINCÍPIOS X REGRAS	184
22.1 Ponderação de princípios	190
22.2 Positivção de um princípio	192
22.2.1 Entendimento de Eros Roberto Grau	193
22.2.2 Entendimento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery	194
22.3 Como critério na decisão e aplicação	196
22.4 Situação dos princípios e regras no CDC	198
23 A ORDEM ECONÔMICA E A DEFESA DO CONSUMIDOR	202
23.1 Ordem Econômica e a Lei 8.078/90	210

24 A LEI 8.078/90	214
24.1 Traçando um perfil do CDC	214
24.2 CDC como norma de Ordem Pública	217
24.3 Trâmite	222
24.4 Retrato histórico	222
25 CONSUMIDOR E O FORNECEDOR NO CICLO ECONÔMICO	228
25.1 Relação jurídica de consumo	228
26 CONCEPÇÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DO CONSUMIDOR	231
26.1 O consumidor como parte no sistema econômico- mercadológico	231
26.2 Concepção Objetiva	234
26.3 Concepção Subjetiva	235
26.4 Ato e Atividade	237
27 SUBMISSÃO ESTRUTURAL OU VULNERABILIDADE	241
28 APOSTA DOS FORNECEDORES EM SUAS ATIVIDADES	246
28.1 Teorema de Coase	247
28.2 Risco contratual sob enfoque econômico	248
28.3 Teoria dos Jogos	253
29 RELAÇÃO-CONTRATO DE CONSUMO	256
29.1 Breve análise	256
29.2 Da manufatura à produção em massa	261
29.3 Produção em massa	264
29.4 Esboço de um modelo de Indústria Flexível e Contrato Relacional	266
29.5 Repercussão na Publicidade	269

30 BOA-FÉ OBJETIVA	271
30.1 Boa-Fé Objetiva na Publicidade	276
31 DEVERES ACESSÓRIOS E OBRIGATORIEDADE DA OFERTA PUBLICITÁRIA	279
31.1 <i>Culpa in Contrahendo</i>	281
31.1.1 Oferta do CDC	282
31.1.2 Oferta e Proposta ao público do Novo Código Civil	284
31.2 <i>Culpa Post Pactum Finitum</i>	286
31.2.1 <i>Culpa Post Pactum Finitum</i> na Publicidade	289
32 PUBLICIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	292
32.1 Princípios ou regras na publicidade	295
32.2 Publicidade enganosa	301
32.3 Publicidade abusiva	306
32.4 Ônus da prova na publicidade	309
33 TRAÇANDO O TIPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC	317
33.1 Breve noção da responsabilidade civil – Regra Geral	318
33.1.1 Conduta	319
33.1.2 Dano	320
33.1.2.1 Dano material ou patrimonial	321
33.1.2.2 Dano moral ou extrapatrimonial	322
33.1.3 Nexo de causalidade	322
33.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	327
33.2.1 Responsabilidade subjetiva	327
33.2.2 Responsabilidade objetiva	328
33.2.3 Preponderância da regra atual	332

33.3	Responsabilidade do CDC	334
33.3.1	Responsabilidade pelo fato do produto ou serviço	341
33.3.2	Responsabilidade pelo vício do produto ou serviço	343
34	EXPECTATIVA DE CONSUMO FRUSTRADA OU DISSONÂNCIA COGNITIVA PELA PUBLICIDADE	348
34.1	Alguns elementos facilitadores	365
34.2	Teor das decisões judiciais	370
35	EFEITO INVERSO	374
36	SANÇÕES CRIMINAIS E ADMINISTRATIVAS EM FACE DA PUBLICIDADE ILÍCITA	379
36.1	Sanção criminal	379
36.2	Sanção administrativa	381
37	CONTROLE DA PUBLICIDADE	385
38	CONCLUSÃO	390
39	REFERÊNCIAS	401

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a publicidade nas relações de consumo chama atenção e fascina diversas áreas laborais. O estudo sob o enfoque jurídico tem um grau maior desse fascínio devido a uma eterna inconstância no seu tratamento, algo que foge de qualquer previsibilidade, geradores constantes de temas de discussões e estudos.

Inconcebível pensar qualquer modelo de mercado sem atuação da publicidade. Como bem lembrado pela Prof^a. Suzana Catta Preta em sua dissertação de mestrado *Publicidade Abusiva – Incitação à Violência*, a própria URSS no auge da sua planificação estatal fazia uso constante da publicidade para movimentar sua economia e divulgar serviços e produtos estatais. O capitalismo seria algo inimaginável sem a publicidade; agora, então, num ensaio de globalização onde se faz presente uma ‘sociedade de informação’, menos imaginável ainda.

Para alguns temas como os metajurídicos, a pesquisa usará o método científico de compilação. Entretanto, maior parte será método científico puro. Buscará averiguar os efeitos de algumas afirmações estabelecidas pela doutrina jurídico-publicitária atual, concluindo em alguns aspectos se corresponde realmente à intenção do legislador ao sancionar a Lei 8.078/90, Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Iniciais capítulos introduzem a noção de publicidade como um modo de comunicação. Dentre isso será averiguado a origem da publicidade, chegando-se a ponto inevitável de desvencilhar o que seja *publicidade* do que seja *propaganda*, bem como suas similaridades.

Como poderosa arma que é, demonstra-se ao longo da história como a publicidade ou propaganda foi utilizada como estratégia, arma em busca da dominação e do poder. O exemplo mais importante será o movimento nazista, o qual desenvolveu e observou técnicas até hoje utilizadas pelos profissionais da comunicação. Cabe relatar também o início de reação por parte da massa, dos dominados, a determinados tipos de mensagens. É o que Jürgen Habermas denomina de *teoria razão comunicativa*.

Situado o que seja um mercado de consumo, inicia-se a análise e o papel do consumidor neste mercado. Como influenciará a publicidade no consumidor ente humano. Diversos perfis, modelos e teorias são estudados com o fim de tentar explicar o exercício de determinadas práticas, influenciando o ser humano ao ato de consumo e suas expectativas correspondentes.

Aspecto importante a ser abordado em capítulo específico é o efeito social do consumo. Verificar-se-á como pelo consumo se tem uma credencial para se inserir em determinados meios sociais, com isso não se consegue vislumbrar quem consome e quem é consumido. Nisso a marca também representa um excelente passaporte de acesso a exclusivos meios sociais. Repercute por um outro lado naqueles que não têm acesso ao consumo, ou seja, na marginalização do consumidor.

Insere-se, então, numa área exclusiva do marketing empresarial. Algumas técnicas de marketing, suas definições e suas diversidades serão tratadas até o ponto fulcral do estudo, que é a técnica publicitária agindo sobre os consumidores e algumas explicações sócio-psicológicas para tal fenômeno.

Será visto que apesar da publicidade ser lançada à massa, não reflete mais uma intenção de tê-la como um alvo. É proposta com isso uma nova visão de como a publicidade é trabalhada, ou seja, com focos pré-determinados. Ainda no que tange à publicidade, será visto se, realmente, ela gera no consumidor um desejo ou uma necessidade. Algo que a doutrina trata como sinônimos.

Em suma, o que será tratado na primeira parte representará aspectos metajurídicos, ou seja, para justificar o fim a que se almeja chegar obrigatório se fez adentrar superficialmente nas áreas da sociologia, psicologia, economia, comunicação e, em específico, nas áreas dos publicitários. A pedra de toque será algo reconhecido praticamente por todas estas áreas citadas; entretanto, sob aspecto jurídico ainda persiste uma barreira para seu reconhecimento e, principalmente, enfrentamento. Algo que a psicologia e os publicitários definem como *dissonância cognitiva* pela publicidade, que será tratado nesta pesquisa como ‘frustração da expectativa de consumo pela publicidade’.

Adentrando-se na segunda parte depreende-se com os aspectos jurídicos em si. A norma, como um regulador da sociedade, e seguidamente as influências do Estado Social e do liberalismo na Constituição Federal amoldam um perfil da Lei Maior Brasileira. Na Constituição Federal de 1988 serão tratadas as gerações, identificando em qual destas gerações encaixa-se o direito de proteção do consumidor.

Inevitável para esta análise é verificar a harmonização e o funcionamento dos princípios da Ordem Econômica. Sob este ambiente econômico verifica-se o elo do ciclo econômico com o consumidor, este sendo parte integrante daquele. A reboque o efeito da publicidade

incentivando o último ato do movimento do mercado é notório. Neste mesmo ambiente, é constatada também a importância da economia no direito e do direito na economia.

Provocado pela ordem econômica e pela própria norma do CDC, que contém inúmeros princípios, não restou alternativa senão tratar do funcionamento do Sistema Jurídico, delimitando as funções das regras e dos princípios, bem como sua abertura.

Dentro da ordem econômica é analisado como alguns princípios terão maior peso que outros, e como se darão estas ponderações. A doutrina, destacando-se Joaquim Gomes Canotilho, oferece alguns métodos solucionadores para resolução de possíveis diferenças entre valores. A possível transmutação de princípios em regras (positivação) também será vista.

A principal repercussão deste estudo de princípios e regras terá fulcral importância sob o aspecto decisório e axiológico do intérprete do direito. Quais limites as duas espécies normativas têm em face da liberdade do julgador, ou seja, vontade do legislador *versus* vontade do aplicador. Para o ordenamento do CDC a problemática é patente e, inclusive, na publicidade que para alguns doutrinadores possui mais princípios do que o próprio corpo inteiro do CDC.

No Capítulo posterior serão abordadas as características mais importantes da Lei 8.078/90, trâmite, especificações, diálogos com outras fontes e, principalmente, qual a implicância de ser uma norma de ordem pública. Será abordado também qual o efeito do CDC no mercado,

principalmente em face do fornecedor, depois de mais de quinze anos em vigor.

Identificar a relação de consumo com um fornecedor e um consumidor torna-se um trabalho delicado. Acresce o fato de as equiparações de consumidor previsto no CDC tornarem esta investigação mais delicada ainda. A equiparação dos consumidores expostos a práticas abusivas ganha relevância no estudo publicitário.

Algumas teorias doutrinárias são apresentadas com intuito de facilitar a identificação da relação de consumo. A concepção objetiva e a concepção subjetiva dão uma boa noção da adoção feita pelo legislador pátrio. Identificar também, nas lições de Túlio Ascarelli e de Newton De Lucca, se trata de um ato ou uma atividade também facilita muito tal investigação. Neste contexto será também verificado se só o consumidor pessoa física pode ser considerado vulnerável. É a análise da ‘Submissão Estrutural’.

Determinadas práticas no mercado, em geral, só levam em conta o retorno financeiro. Várias teorias econômicas justificam por parte dos fornecedores, desobedecer a normas, apostar na improbabilidade de um questionamento, e ainda na inoperabilidade do judiciário. Tudo se resume à ponta do lápis, à “eficiência” econômica. Fato este justificador da continuidade da utilização de publicidades ilícitas.

A abordagem dos modelos civilistas clássicos se fez necessário para demonstrar as mudanças ao longo do tempo. A intervenção do Estado, em destaque, nos contratos por meio de um ensaio de dirigismo contratual também foi analisada.

Muito interessante é verificar, conforme excelente obra do Prof. Ronaldo Porto Macedo, a correspondência direta do modelo de produção com as formas e modelos de contratação. Há uma nítida variação, bem como a superação da produção em massa. O que mais uma vez justifica que a publicidade, como o contrato e os modelos de produção industrial, não trabalha mais visando a massa como um todo, mas sim com focos específicos.

Passa-se analisar os momentos contratuais, ou seja, o momento pré-contratual (publicidade), contratual e pós-contratual. As respectivas possibilidades de responsabilidade, centradas na conduta imposta pela boa-fé, serão averiguadas. Será visto também que tipo de obrigação é gerado pela oferta publicitária. Investiga-se também a *Boa-fé Objetiva* em algumas de suas manifestações, como princípio, como regra e como cláusula geral. Analisando seu tratamento diante do caso específico da publicidade, além da decorrência direta da boa-fé objetiva, a *culpa post pactum finitum*.

Tratados alguns fundamentos, buscará através de capítulo específico analisar a publicidade tratada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, verificação do que realmente é um princípio e o que é uma regra. Aborda-se simploriamente as definições do que seja a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, bem como a intenção dada pelos dispositivos legais. Finalizando o capítulo, tratar-se-á de uma questão ainda polêmica que é a inversão do ônus da prova na publicidade verificando que, quando estas publicidades ilícitas repercutirem numa responsabilização por danos, principalmente moral, a inversão não é tão simplória como parece.

Tratar da responsabilidade civil era mais do que obrigatório, logo segue uma abordagem da responsabilidade civil no CDC, analisando as teorias riscos e definindo se o CDC segue a teoria do risco criado, a teoria do

risco proveito, ou ainda as duas teorias em momentos diferentes. Fez-se questão de elaborar um breve estudo na questão do nexo de causalidade, muitas vezes ignorado, mas de extrema importância para responsabilidade civil. Ainda acerca da responsabilidade civil, serão vistos os aspectos da responsabilidade objetiva e subjetiva, bem como uma ligeira abordagem das responsabilidades pelo fato do produto ou serviço e a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço.

Fundamentado qual tipo, ou quais tipos, de responsabilidade o CDC adota, busca-se trazer o fato social da dissonância cognitiva pela publicidade às repercussões jurídicas. Como enfrentar tal ocorrência de frustração de expectativa de consumo pela publicidade nos moldes tradicionais da responsabilidade civil? Será que tal fato, que gera dano, reconhecido por diversas áreas que não a jurídica, deve ser ignorado, não enfrentado? Seria isto que a dinamicidade de um Sistema Jurídico prevê com sua abertura? Entende-se que ocorre certa dificuldade por parte não só dos aplicadores do direito, mas da própria doutrina. Entender que uma frustração de expectativa de consumo não gera dano ao consumidor é surreal; não se exclui também o papel do advogado ao levar a demanda em juízo. Não se trata de mero dissabor, dores de cabeça, abalo do equilíbrio emocional, constrangimento, mero desconforto ou incômodo etc. Trata-se de dano e aquele que o causou não pode ser beneficiado com possível indeferimento do pedido, pois tais fatos só incentivarão a continuidade deste tipo de publicidade ilícita.

Verifica-se que já há uma reação no meio social para determinados tipos de práticas, o qual denominou-se ‘efeito inverso’ pois será dado por um meio de comunicação, tal como algumas publicidades se deram.

Finalizado, será tratada, superficialmente, a repercussão destas responsabilidades Criminal e Administrativamente. E como alguns órgãos exercem um controle destas publicidades, não fugindo da eterna discussão acerca do papel do CONAR – Conselho Nacional de Auto Regulação Publicitária.

Primeira Parte – Aspectos Metajurídicos

1 COMUNICAÇÃO

Sem distinguir, *a priori* publicidade e propaganda, têm-se estas como espécies do gênero comunicação. De extrema importância é o estudo da comunicação dentre a análise do comportamento humano e das relações sociais. Aliás, falar em relação social sem tratar da comunicação é um todo inconcebível. Tanto na relação interpessoal individual, como na relação com a coletividade, a qual tem-se um maior interesse de estudo, a comunicação em suas diversas manifestações emprega destacado papel e significância.

É essencial na comunicação a presença de um emissor, a mensagem (*lato sensu*), e de um receptor que entenda o conteúdo desta. Salienta-se que a compreensão do receptor tem fundamental importância para configuração da comunicação. Pode-se afirmar que qualquer modelo de sociedade que não apresente meio de comunicação entre seus agentes não pode ser chamada de sociedade.

Como será tratado o consumidor perante o mercado de consumo – faz-se interessante focar a comunicação com a massa, na linguagem do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o consumidor individualmente e em sua forma coletiva *lato sensu*. A massa de consumidores vista amplamente indefinível. Em comum, neste cenário, apenas incalculáveis possíveis consumidores.

Os veículos a serem utilizados para atingir a massa são os mais diferenciáveis, destacar-se-iam diante de tal contexto a televisão, o rádio, o jornal, as revistas e, atualmente, a Internet.

A efetivação da comunicação com a massa é bastante interessante e complexa: imagina-se uma metralhadora atirando para todos os lados, sendo acertados alguns alvos ambulantes. Armando Sant'Anna em sua clássica obra *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática* prefere chamar este meio de comunicação de “o modelo de agulha hipodérmica” e explica: “cada membro da audiência é ‘picado’ direto e pessoalmente pela mensagem. Uma vez que o tenha atingido, a comunicação pode ou não influenciá-lo, dependendo de sua resistência para recebê-lo”¹.

O mesmo autor citado revela que este modelo já é ultrapassado. Conforme irá se defender, quando se tratar em específico de publicidade, entende-se esta atualmente sendo trabalhada em focos, alvos específicos, ou seja, não há mais a técnica de uma metralhadora atirando para todos os lados, mas um alvo não individual delimitado por algum fator. Nesta linguagem bélica, não mais uma metralhadora, mas uma bomba a atingir delimitado grupo. Fator este que possa ser um grupo familiar, grupos em que haja atividades em comum, tendências comuns etc. De maneira que não se lança mais a mensagem com um alvo indefinido. Obviamente, como uma bala perdida, a publicidade pode atingir o alvo indevido.

Estrategicamente, e como idéia contrária a comunicação lançada à massa, esta também busca o alvo dos “formadores de opinião”. Este por apresentar-se como respeitável por algum fator qualificante influenciará seus

¹ Armando Sant'Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 03.

receptores acerca de determinada mensagem. Bem verdade que podem ser questionadas a lisura e imparcialidade destes personagens no meio social, entretanto, foge do fim deste estudo.

2 SÍNTESE HISTÓRICA DA PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Considerando-se a publicidade como meio de marketing mais efetivo no mercado, ou seja, buscando fim mediato ou imediato de vender produto ou serviço, apresentar uma marca, lembrar outra, dentre outras atribuições atinentes a este, será examinada a sociedade das informações em que se vive e feita a análise do modelo de produção econômico-industrial.

A informação em si pode ser considerada como um produto, às vezes até um serviço. Precursor disso foi o jornal (sua forma clássica) que passa não só a veicular notícia corriqueira, mas também os primeiros anúncios e informações com fito de venda, em outras palavras, a publicidade. Informação que também tem um grande papel de angariar poder e difundir ideologias.

Ciente que o modelo de produção utilizado à época prévia à revolução industrial era o de produzir apenas o que se consumiria, algo com base numa idéia da subsistência ao escambo. Com a Revolução Industrial inicia-se a produção em grande escala, em massa e para massa, modelo a ser estudado posteriormente. Com isso, inicia-se a necessidade de escoar o excedente produzido.

A prática mais efetiva para escoar a produção, sem dúvida, era a publicidade (ao seu modo), ou seja, desde período da Revolução Industrial a publicidade já vinha desempenhando o papel de promover vendas. Desta maneira a publicidade começa a ser controle da produção industrial. Caso quisesse escoar a produção, aumentaria os meios e números de publicidades;

querendo reduzir a procura de produtos, restringia-se o número de publicidades.

Com escopo comercial, começa-se a entender e desenvolver este fenômeno de vendas, este instrumento a ser estudado detalhadamente que induz a população a adquirir os produtos inicialmente. Observa-se que não só as necessidades eram provocadas, mas os desejos mais intrínsecos de consumo eram despertados, estimulados. Obviamente, uma arma poderosa sendo descoberta e estudada. Ora, não é atual o fenômeno: Hitler, Lenine e Napoleão que o digam, fazendo uso dela para gerar “Poder”.

Diferente do se tem defendido, entende-se que a publicidade provocará, despertará o desejo de consumo, pois a necessidade já é inerente do próprio ser humano.

3 SIMILARIDADES E DIFERENÇAS ENTRE A PROPAGANDA E A PUBLICIDADE

O termo ‘publicidade’ é originado do gênero ‘público’², seu significado, por óbvio, é tornar algo público, divulgado, difundido etc. Já o termo ‘propaganda’ tem origem na religião católica quando esta era propagada pelo mundo. Armando Sant’Anna traz uma melhor verificação histórica: “Propaganda é definida como propagação de princípios e teorias. Foi introduzida pelo Papa Clemente VII, em 1557, quando fundou a Congregação da Propaganda, com fito de propagar a fé católica pelo mundo”³. Uma outra teoria admite que o precursor foi o Papa Urbano VIII em 1622 para a difusão da fé cristã nos países não-católicos.

A importância é apenas compreender que a publicidade visará um fim comercial, lucro mediato ou imediato. Já a propaganda visaria divulgar ideais, filosofias, religiões, crenças, tendências políticas dentre outros.

3.1 Propaganda

² Da língua latina *publicus*.

³ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 76. (acresce ainda que: ‘Deriva do latim *propagare*, que significa reproduzir por meio de mergulhia ou seja, enterrar, o rebento de uma planta ao solo. *Propagare*, por sua vez, deriva de *pangere*, que quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Seria então a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido’).

Inquestionável o poder da publicidade e da propaganda face às condutas e comportamentos dos seres humanos. O enfoque inicial e menos abrangente será dado na *Propaganda*, seus primeiros passos e suas eternas e atuais lições.

A propaganda assemelha-se à publicidade não só na origem histórica, mas também no tratamento igual com a massa. Logo, para se atingir a divulgação de ideais, princípios e tendências políticas no século XX, também se fazia necessário um efetivo meio de comunicação.

Lenine para instaurar seu bolchevismo e Hitler⁴ com seu nazismo foram grandes mestres na prática da propaganda. Como afirma Sant'Anna foram dois gênios da propaganda, e ambos proclamaram a supremacia dessa moderna arma.

O uso pela Alemanha Nazista era tão certo, que conquistas de territórios fronteiriços se deram por força desta arma. A exemplo de técnicas e táticas de guerra, a Alemanha possuía não comissários políticos no estrangeiro, mas grupamentos de propaganda. Hoje poderia se dizer verdadeiras 'agências'. Há de se relatar que o próprio Napoleão tinha plena consciência do poder da propaganda e, em destaque, com objetivo de atingir a 'opinião pública'. Em uma de suas afirmações Napoleão pregava que: "Para ser justo, não é suficiente fazer o bem, é igualmente necessário que os administrados estejam convencidos. A força fundamenta-se na opinião. Que é governo? Nada, se não dispuser da opinião pública". Apesar de recentes exceções, a idéia de Napoleão permanece bem atual.

⁴ Hitler: "A propaganda permitiu-nos conservar o Poder, a propaganda nos possibilitará a conquista do mundo".

A própria religião fez uso da propaganda, aliás, não fora por acaso que a origem do termo propaganda vem da igreja católica. Não seria absurdo afirmar que a igreja católica fez escola e, na verdade, o fez – a ‘Escola/Congregação de Propaganda’ em 1957. Tem-se um exemplo atual, o Padre Marcelo Rossi que, apesar do marketing pessoal, faz uso da fé dos cristãos católicos para vender seus shows e produtos como justificativa de filantropia.

Seja por política, religião, ideologia ou crença, o papel da propaganda é inserir na mente de cada indivíduo uma conduta, um comportamento, um ideal, resultando, assim, uma condução involuntária, na maioria das vezes, em prol da causa em questão. Neste aspecto, a propaganda também assemelha-se bastante com a publicidade no que tange a busca em atingir a mente humana.

Conforme bem afirma Armando Sant’Anna o efeito propagandístico tem semelhança com o efeito educacional, entretanto, a educação em regra jamais buscaria um efeito além do ensinar, ou seja, não buscaria a manipulação do aluno ou introduzir conceitos e compreensões prontos. O mesmo Prof. ainda considera que a propaganda não é uma ciência condensável em fórmulas, em sistemas, algo exato: “Movimenta, inicialmente, mecanismos fisiológicos, psíquicos e inconscientes bastante complexos, alguns dos quais conhecidos; ademais, seus princípios provêm tanto da estética como da ciência;”⁵.

Concorda-se com tal afirmação, ainda mais no que tange a qualidade de ciências humanas, destacando-se a *psique* humana totalmente

⁵ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 47.

avessa a qualquer sistema exato, específico, tal como um sistema físico ou matemático. O ser humano por si já apresenta grande complexidade, totalmente contrário a qualquer previsão ou regra; ao falar no cérebro humano, na mente humana, sob aspecto psíquico, aumenta-se mais ainda esta imprevisibilidade.

3.1.1 Uso da propaganda em prol do Bolchevismo

A dialética simplificada pelo marxismo já apresentava um grande resultado perante a massa. Era defendido que a base deste ideal estava na consciência da massa, que por sua vez sustentava a consciência política. Dessa maneira, o primeiro ponto para difusão do marxismo era a busca da educação da classe, solidificada esta educação, aí sim poder-se-ia entrar as causas perante os patrões.

Esta educação da classe, com viés de propaganda, era sustentada pelos bolchevistas, tendo como ideais a palavra de ordem e a revelação política⁶. A palavra de ordem remete diretamente à idéia revolucionária, de ‘Poder’; as clássicas palavras de ordem para os bolchevistas eram: “Todo poder aos Sovietes” e “Cumprir e superar o Plano em quatro anos”.

Estas idéias eram espalhadas perante a massa como ideal da causa. Para isso o bolchevismo além dos propagandistas de idéias também

⁶ “Consiste essas revelações em destrinçar, por entre os sofismas com que as classes dominantes envolvem seus interesses, a natureza e o real fundamento de seu poder e dar às massas uma representação clara. Elas abrangem todos os domínios, e constituem a condição necessária e fundamental para a formação das massas tendo em mira sua atividade revolucionária.”(Idem p. 50)

contava com os agitadores da massa. A consciência da classe, sem embargo, era mais visada “Não tem valor se não repercute largamente nesta consciência e, para tanto, deve distinguir as aspirações latentes no tocante ao tema mais favorável”⁷.

Interessante aspecto do movimento bolchevista era seu aparelhamento propagandístico, ou seja, seu setor de comunicação ou imprensa já diferenciava o público-alvo a ser atingido. Aspecto importante que será defendido no trato da publicidade, no caso, publicidade não para massa em si, mas para grupos isolados.

Este movimento comunista por meio de jornais diferenciava seu público a ser atingido, mantinha-se a essência, mas os discursos modificavam-se de acordo com a região, de acordo com a classe trabalhadora. Afinal, de que adiantava um discurso mais culto para uma massa de iletrados, ou ainda, qual efeito de um discurso feito para massa de iletrados para uma classe mais favorecida?

Tanto Lenine como Trotsky tiveram grande influência na propaganda política, talvez a serem considerados pais desta. Inúmeros canais eram utilizados para divulgação do ideal político, destacando-se o rádio, através do qual fazia-se atingir as regiões mais longínquas. Na pertinente observação de Sant’Anna uma verdadeira rede de “psicopolítica”.

3.1.2 A propaganda no Nazismo

⁷ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 50.

Não há melhor exemplo do potencial da propaganda, e mesmo da publicidade, do que a propaganda utilizada por Hitler. Bem verdade que grande parte deste mérito se deve ao Ministro da Propaganda Joseph Goebbels⁸. Houve uma verdadeira transformação na propaganda naquele tempo. Ao se dirigir à massa, Adolph Hitler invocava em seus seguidores, valores ligado à raça, à pureza do sangue. Com isso conseguia nos seus seguidores despertar ódio e sede de poder. Taticamente era insuflado, tal efeito de exaltação que Hitler conseguia atingir a mente da massa sem a menor repulsa ou resistência, obviamente que este estado provocado na massa deixava a racionalidade em planos inferiores. Era um estratagema, exacerbava um estado de espírito na massa onde se inseriam os comportamentos nazistas sem qualquer resistência.

A técnica utilizada por Hitler, posteriormente seguida por Mussolini no Fascismo, desconsiderava totalmente o fator respeito humano, mais longe ainda da dignidade da pessoa humana. Não cabia à massa refletir as idéias, questionar, entrar no mínimo campo da racionalidade. Como bem afirmava Mussolini caberia apenas à massa crer.

⁸ “A propaganda precisa ser aprendida, e deve ser conduzida somente por pessoas com instinto fino e certo para os sentimentos freqüentemente mutáveis dos povos. A propaganda deve ser feita de modo a alcançar o mundo das massas e direcionar seus desejos e esperanças. O propagandista deve ser um mestre da arte do discurso, da escrita, do jornalismo e do pôster (comunicação visual). Ele deve ter o dom de poder usar com eficiência os meios necessários para influenciar a opinião pública, tais como a imprensa, a película e o rádio, e colocar esses meios a serviço de suas idéias e objetivos, sobretudo em uma época que os avanços tecnológicos são freqüentes. O rádio já é uma conquista do passado. Logo chegará a televisão. Por um lado, o propagandista bem sucedido deve ser um mestre no uso dos meios necessários à formação da opinião política, mas, por outro lado, não se pode acomodar e envelhecer usando sempre os mesmos meios. Essa pessoa deve buscar maneiras e métodos novos a cada dia, para alcançar o sucesso. É importante considerar que a natureza da propaganda permanece a mesma, mas os meios de comunicação mudam e torna-se cada vez mais abrangente.” (Jeremy Roberts, *Joseph Goebbels: nazi propaganda minister*, apud Armando Levy, *Propaganda: A Arte de Gerar Descrédito*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 28-29).

No desenvolvimento da propaganda nazista acreditou-se que a massa unida assemelha-se sentimentalmente a uma mulher, tanto que Adolf Hitler afirmava: “O povo, em sua grande maioria, está numa disposição e num estado de espírito a tal ponto feminino, que as suas opiniões e os seus atos são determinados muito mais pela impressão produzida nos sentidos que na reflexão pura”. É o que se conclui compartilhando do entendimento de Armando Sant’Anna: “Essa a razão efetiva do êxito da propaganda nazista em relação às massas alemãs: predomínio da imagem sobre a explicação, do sensível brutal sobre o racional”⁹.

Pode ser afirmado que certos anúncios publicitários atuais fazem uso desta técnica, ou seja, com racionalidade do consumidor sempre às margens. Obviamente, também que a técnica está atualizada, aperfeiçoada.

Com isso, desde a época do nazismo, o objetivo é buscar a implantação da conduta ou comportamento (sem questionamentos) na mente humana. Era uma eterna busca ao estado irracional, propenso à fixação de idéias. O domínio nazista através da propaganda não ocorria por acaso, para se ter uma idéia até os momentos dos discursos dirigidos à massa eram analisados criteriosamente. Goebbels e Hitler concluíram, por exemplo, que o momento no dia mais propenso a assimilar um discurso era ao entardecer¹⁰.

⁹ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 51.

¹⁰ Afirma Hitler: “.. trata-se de uma diminuição do livre arbítrio do homem. Isso é mais verdadeiro ainda quando se trata de assembléias nas quais os indivíduos possuem pontos de vista opostos. Pela manhã e mesmo durante o dia, a força de vontade das pessoas parece resistir melhor, com mais energia, contra a tentativa de impor-se-lhes uma vontade estranha. À noite, deixam-se vencer facilmente pela força dominadora de uma vontade forte”. (*Mein Kampf*. Editora Moraes, São Paulo 1983, p. 296)

Ao escrever *Mein Kampf* no presídio militar de Landsberg sobre o Lech, ao tratar do tema ‘A Propaganda e a Guerra’, Adolf Hitler relata como aprendeu com os ingleses o poder e o uso da propaganda na guerra. Reconhece inclusive que seu interesse por esta ‘arte’ se deu justamente pela sua carência e nas lições tiradas com o exército oposto. Note-se que Hitler também aprendeu com os erros dos outros.

Afirma Hitler que: “A propaganda durante a guerra era um meio para um determinado fim, esse fim era a luta pela existência do povo alemão”¹¹. Lições estas já concluídas por Hitler totalmente cabíveis atualmente, principalmente na direção das propagandas à grande massa. O que é atualmente utilizado pelos fornecedores anunciantes.

Hitler ainda questionava sempre onde deveria ser dirigida a propaganda, ou seja, a grande massa ou as mentes mais cultas, mais instruídas. A resposta, tanto na Alemanha como em todo mundo nos dias atuais, é óbvia que na grande massa. Para o ditador a função da propaganda era de: “... despertar a atenção da massa e não ensinar aos cultos ou aqueles que procuram cultivar seu espírito, a sua ação deve ser cada vez mais dirigida para o sentimento e só muito condicionalmente para chamar a razão”¹². A defesa feita de que a publicidade/propaganda trabalha em nicho soma mais um fundamento com esta técnica nazista.

Com certeza o argumento e a idéia de ‘homem médio’ não teriam lugar também na técnica propagandística. A propaganda nazista sempre buscara atingir o mais ignorante da grande massa. Se fosse dirigida aos mais

¹¹ Adolf Hitler, *Mein Kampf*. Editora Moraes, São Paulo 1983, p. 120.

¹² Adolf Hitler, *Mein Kampf*. Editora Moraes, São Paulo 1983, p. 121.

instruídos, obviamente barreiras e questionamentos seriam criados, não sendo atingido o objetivo de incutir as idéias e comportamentos na massa. Os sentimentos e a compreensão da mentalidade da massa sempre foram o alvo principal da propaganda nazista. Por estas razões é que havia e há diferentes mensagens para diferentes públicos.

Ocorre um real *contra sensu* neste aspecto. Tanto os fornecedores de serviços e produtos sabem exatamente como atingir o consumidor, como inserir a mensagem com os respectivos efeitos em prol do consumo. Entretanto, quando se trata da informação como obrigação, um dever sobre aquilo que se está adquirindo, a conversa muda.

Quando se parte para o campo sentimental-emotivo a razão perde espaço. Como já afirmado, devido ao sentimento a grande massa possui uma índole feminina.

As lições que são utilizadas na publicidade não param. A mentira era bastante utilizada nos comícios e propagandas nazistas. Após uma inicial resistência ao *Tratado de Brest-Litowsk* em face do *Tratado de Versalhes*, Hitler por meio do seu chamado “mitingues” conseguiu alterar a opinião de seus compatriotas por meio da oratória e propaganda (com vezes de retórica), repetidas inúmeras vezes. Obviamente que o ditador não contrariava de imediato seus iniciais opositores, ia conquistando e convencendo, solidificando a idéia aos poucos, com novos argumentos e muito trabalho. Nas lições atuais de Reinaldo Polito, é comer pelas bordas.

A importância da oratória teve um grande papel. Hitler gostava de afirmar que nunca soube de revolução alguma por meio da palavra escrita;

que as revoluções sempre se desencadeavam pela palavra falada, pelo discurso, pelos gestos, pela imagem.

Isto se deve ao fato de que a massa em sua quase totalidade é preguiçosa para ler algo, interpretar e, conseqüentemente, formar uma opinião. Daí a manipulação pelos discursos. A idéia já chega mastigada, pronta para ser aceita sem resistências: “relewa notar ainda que as massas humanas são naturalmente preguiçosas, e, por isso, inclinadas a conservar os seus antigos hábitos. Raramente, por impulso próprio, procuram ler qualquer coisa que não corresponda as idéias que já possuem ou que não encerre aquilo que esperam encontrar”¹³. É bastante simplificado, ao invés de receber uma mensagem e ainda ter que interpretar, a técnica nazista já fazia o trabalho de interpretação e apenas alocava-a na mente da massa.

Ora, corresponde tal afirmativa ao que os políticos atualmente fazem aqui no Brasil. A publicidade também faz uso da técnica com um plus que é o efeito da imagem¹⁴.

Na luta pela causa nazista seus militantes se dividiam perante funções de ‘propaganda’ e ‘organização’. Cabendo à propaganda angariar novos adesistas à causa nazista em meio da massa. Já à organização caberia selecionar dentre os novos aderentes que lutam pela causa, aqueles que se destacavam para se tornarem os novos combatentes e defensores desta. A

¹³ Adolf Hitler, *Mein Kampf*. Editora Moraes, São Paulo 1983, p. 293.

¹⁴ “Grandes possibilidades possuía a imagem sob todas as suas formas, desde a mais simples até ao cinema. Nesse caso, os indivíduos não são obrigados a um trabalho mental. Basta olhar, ler pequenos textos. Muitos preferirão uma representação por imagens à leitura de um longo escrito. A imagem proporciona mais rapidamente, quase de um golpe de vista, a compreensão de um fato a que, por meio de escritos, só se chegaria depois de enfadonha leitura.” (Adolf Hitler, *Mein Kampf*. Editora Moraes, São Paulo 1983, p. 293).

organização também exercia um papel de evitar possíveis resistências e questionamentos que pudessem virar-se contra *a causa*.

3.1.3 Indústria Cultural – Razão Comunicativa X Razão Instrumental

Outro papel utilizado pela propaganda *lato sensu*¹⁵, até mesmo no nazismo, era a denominada ‘indústria cultural’ que nos dizeres de Armando Levy significaria: “A ‘indústria cultural’ teria sido criada para preencher funções sociais específicas, ocupando o tempo de lazer dos indivíduos e impedindo a sociedade de refletir sobre a realidade em que vivia. Para alcançar esse objetivo, a ‘indústria cultural’ criaria uma ilusão de felicidade no presente”¹⁶. No mercado de consumo, a idéia considerada por Adorno, citado por Levy, seria que a liberdade sob este contexto se daria sob a ‘escolha do consumidor’ desde que este possuísse dinheiro para comprar os serviços ou produtos disponíveis, sem qualquer questionamento e diante aquele comportamento ditado pela ‘indústria cultural’. Apesar de tal teoria, o próprio Adorno se questiona quanto a este não questionamento do consumidor, esta aceitação sem qualquer resistência.

A idéia de Adorno e Horkheimer a despeito da ‘indústria cultural’ em 1930 não é totalmente aceita por Jürgen Habermas, que em 1950 propõe um novo direcionamento a fim de justificar a ‘indústria cultural’. Uma possível resistência da influência da ‘indústria cultural’ seria causada por uma

¹⁵ Propaganda *lato sensu* - propaganda e publicidade.

¹⁶ Armando Levy, *Propaganda a Arte de Gerar Descrédito*. Rio de Janeiro, FGV, 2003, p. 28.

‘desconfiança inconsistente’, desta maneira a massa não seguia à risca o efeito na concepção de Adorno e Horkheimer¹⁷.

Para justificar sua teoria, o filósofo alemão Jürgen Habermas traz uma definição de conhecimento humano, relevando em três áreas, conforme prega Armando Levy, ou seja, trabalho, relacionamento e poder.

Cabe abordar de forma superficial uma das complexas obras de Jürgen Habermas no que tange o conhecimento humano para justificar a ‘indústria cultural’. De longe, no presente estudo irá se questionar ou emitir juízos de valores a cerca da teoria, aliás, seria extrema ousadia. Buscar-se-á apenas expô-la, tomando como base a obra do Prof. Armando Levy, *Propaganda a Arte de Gerar Descrédito*.

O conhecimento humano possui três tipos de interesses, conhecidos como ‘os três domínios de conhecimento de Habermas’. Justificar-se-ia então: o interesse técnico com o conhecimento instrumental que busca a explicação das causas; o interesse prático com o tipo de conhecimento prático que busca a compreensão; interesse emancipatório que busca a reflexão por meio do conhecimento da emancipação.

Levy afirma, citando o livro *Cultural Analysis*, que grande parte do conhecimento na sociedade moderna tem razão instrumental onde há constatação das causas sobre os fatos sociais, informações técnica, ideais, o

¹⁷ “Adorno e Horkheimer atribuíram aos meios de comunicação de massa, à ‘indústria cultural’, um posicionamento ideológico focado na dominação da mente dos cidadãos e consumidores. No entanto, essa visão dava aos meios de comunicação de massa vida própria, o que eles, de fato não têm. Faltava, aí, responder uma pergunta: o que leva os meios de comunicação de massa atuar com esse objetivo?” (Armando Levy, *Propaganda a Arte de Gerar Descrédito*. Rio de Janeiro, FGV, 2003, p. 30.)

que diante de um método empírico-analítico é aceito como verdade. Em linhas gerais quer dizer que, passado por crivo deste método, não haveria resistências em aceitar tal conhecimento.

Entretanto para Jürgen Habermas além dos três tipos de conhecimento (instrumental, prático e emancipação) *há de se considerar a relação do indivíduo com o seu meio ambiente*, de modo que esta relação seja considerada nos três níveis de conhecimento humano para que se tome qualquer decisão, conceito de uma *razão comunicativa*. Esta é denominada “teoria da ação comunicativa”.

Assim a ‘indústria cultural’ de Habermas considera também no destinatário (consumidor), uma resistência, um questionamento. Com isso ocorreria certo ‘diálogo’ entre o fornecedor e o consumidor (linguagem do CDC) onde surgiria uma razão que espelharia a relação entre ambos, o que diferiria bastante da isolada razão instrumental.

Em síntese, Habermas propõe esta teoria como análise teórica e epistêmica da racionalidade. Esta construção racional nasce da comunicação através da linguagem.

Fazendo um paralelo entre a teoria de Adorno e Horkheimer e a teoria de Jürgen Habermas pode se citar a clássica obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Teoria da Norma Jurídica*¹⁸. Sob um enfoque da norma jurídica o Prof. Tércio, com base na teoria de Habermas, relevou o ambiente para que o discurso, no caso normativo, fosse racional, ou seja, para que existisse a situação comunicativa era necessária uma linguagem reflexiva.

¹⁸ Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª Ed., Editora Forense, Rio de Janeiro-RJ.

Seria assim um *ato perlocucionário*, consecução de uma ação de falar despertando no endereçado (consumidor) a expectativa. O que exprime a idéia da razão comunicativa de Habermas, envolvimento dos três conhecimentos e a consideração do ambiente. Caso fosse apenas o conhecimento instrumental, nos dizeres do Prof. Tércio, estaria presente o *ato locucionário*.

Levando tal teoria para publicidade, constata-se que um comercial televisivo seria um ato locucionário, o consumidor apenas irá constatar a existência de tal produto ou serviço sem oferecer resistência, manifestação de um conhecimento instrumental, em outras palavras, a razão instrumental.

A resistência e questionamento a tal publicidade serão tidos como ato perlocucionário, será a razão comunicativa de Habermas advinda do meio social. Logo o fornecedor emite sua publicidade justificando uma *razão instrumental* e a sociedade reage por meio de sua *razão comunicativa*, o que faz concluir que apesar de ser tentador afirmar que basta a publicidade e o consumidor seguirá seus mandamentos ('indústria cultural') não é totalmente verdade.

Não devendo se confundir com a opinião pública, que para Habermas é uma verdadeira 'ficção institucionalizada', Armando Levy de maneira sutil sintetiza o papel da publicidade: "O objetivo da propaganda é transformar uma opinião privada, de uma empresa sobre seu produto, em opinião pública, de um grupo de consumidores sobre um produto específico,

garantindo assim sua venda”¹⁹, e, em consonância com acima estudado, finaliza: “a propaganda visa, em última instância, a criação da razão instrumental na sociedade”²⁰.

O melhor exemplo, apontado pelo próprio Levy, é a questionável indústria tabagista. Ocorre o verdadeiro encontro da ‘razão instrumental’ com a ‘razão comunicativa’. Inicialmente a aposta na publicidade do cigarro não oferecia qualquer resistência na sociedade, isso fez com que a indústria tabagista ampliasse ainda mais seus alvos para jovens e adolescentes.

Com o desenvolvimento social e da medicina, inicia-se a constatar os problemas causados, em destaque os de saúde e os correspondentes custos com tratamentos na rede de saúde. Nisso há a reação dos atores sociais: a sociedade, o governo e o terceiro setor voltam-se contra o tabagismo formando uma real “razão comunicativa” de Habermas. Ressalta-se maior razão os altos custos de tratamentos de saúde e procedimentos gerados pela nocividade do cigarro.

3.1.4 Propaganda como instrumento democrático

Os usos da propaganda pela política já demonstraram seus diversos efeitos pelo mundo e em variadas épocas. Falar em democracia nesse âmbito soa até estranho, pois na realidade não se vislumbra uma real democracia, mas uma democracia ao gosto e conduzida por aqueles que

¹⁹ Armando Levy, *Propaganda a Arte de Gerar Descrédito*. Rio de Janeiro, FGV, 2003, p. 36.

²⁰ Armando Levy, *Propaganda a Arte de Gerar Descrédito*. Rio de Janeiro, FGV, 2003, p. 36.

possuem o poder da comunicação. Conforme será visto no atual perfil da Constituição da República Federativa Brasileira, há uma democracia ditada pelo ideal liberal com essência do Estado Social.

Não é difícil visualizar certa coincidência de os mesmos grupos sociais serem possuidores de canais de rádios, TV's e jornais, ou seja, o controle da massa é total. Ao menos que se viva isolado no mundo externo não haveria efeito desta democracia às avessas. Inclusive o Prof. Erick Wilson Pereira, com trabalho focado nestes tipos de abuso de poder no processo eleitoral, acresce que: “Tal aspecto parece assumir uma dimensão maior quando se trata da realidade brasileira: geralmente, as sociedades mantenedoras dos meios de comunicação são formadas por políticos, figurando seus familiares como sócios proeminentes, de modo que toda a estrutura comunicacional é posta a serviço de candidaturas de seus interesses. Desta maneira, as informações jornalísticas são transmitidas, visando propagandas beneficentes de candidaturas previamente escolhidas”²¹.

As coincidências não param por aí. Não é também difícil notar que estes mesmos grupos representam as mesmas antigas oligarquias políticas. Obviamente que há exceções. Conclusão óbvia é que quem tem os meios de atingir a massa tem o poder. Huxley, citado por Armando Sant'Anna, faz a pertinente observação:

“Desde o nascimento a criança é condicionada por auto-falantes, dirigidas para seu inconsciente, depois pela escola e pela sociedade que a orientam infalivelmente para o compartimento que lhe é destinado (...) a formação de

²¹ Erick Wilson Pereira. *Controle Jurisdicional do Abuso de Poder no Processo Eleitoral*. LTr, São Paulo, 2004, p. 55-56.

*espíritos dotados do poder de escolha, de homens conscientes e responsáveis. Contra a invasão de mentira e do mito cumpre erguer e fortificar a faculdade de rejeitar, sem a qual não existe moral e muito menos inteligência*²².

A educação, que implicaria em questionamento, discussão, reflexão, vai de encontro ao objetivo da propaganda. A propaganda não permite refutações ou dúvidas, a função é de inculcar desde já a opinião e conduta no seu receptor. Se a informação chega pronta ao cidadão, sem oportunidade de questionamento e indagação, como então poder falar em democracia, haja vista não existir participação, principalmente tratando-se dos entes públicos. Caberia apenas o aceite, o acatamento daquilo veiculado. “Opinião”, então, não teria lugar neste tipo de democracia²³.

Há uma extrema preocupação com esta imposição de comportamentos, opiniões e idéias. Até que ponto esta prática invade a liberdade, a intimidade, ou seja, atribuições mais íntimas e privadas do cidadão? E mais, será que o cidadão tem suficiência intelectual para poder ao menos questionar o que vem a ele imposto, reagir a uma razão instrumental tão balizada?

Como sabido, para se formar uma opinião de algo na mente humana há uma excessiva interação de valores e julgamentos, levando em conta o entendimento individual daquele ser humano em face de opinião e valores daquele meio social. Desta maneira, a análise da opinião individual

²² Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 53.

²³ Democracia tem origem grega, demos (povo) + kratia ou kratos (governo).

versus a opinião coletiva social tem grande relevância até para o indivíduo ser posicionado perante a sociedade.

Tem-se a felicidade de comprovar alguns destes modelos teóricos com a história política brasileira, aliás, destacando principalmente estas últimas décadas. Um exemplo proveitoso é análise do mito²⁴. Quando não fazem oposição político-partidária em seus programas políticos, os partidos políticos fazem bastante o uso do mito em suas propagandas.

Há sempre algo em que um ‘lugar perfeito’ é refletido caso aquele partido e seus candidatos sejam eleitos. As teclas batidas são sempre as mesmas, modificando apenas em função da posição de oposição ou situação. Moradia para todos, educação, melhor qualidade de vida, empregos, aumento de salários, dentre outras inúmeras promessas. É nisso que consiste a afirmação dos publicitários em comparar a propaganda com a poesia. A Empresa Monsanto de alimentos transgênicos levou à risca esta lição, conforme publicidade institucional recente que retratava a idéia de um mundo maravilhoso totalmente verde onde ninguém passaria fome, ou seja, mais um mito.

Como a poesia, a propaganda faz o povo sonhar com dias melhores, uma busca pela felicidade tão sonhada é acordada pelo efeito da propaganda. Semelhante à publicidade, o desejo do eleitor é provocado. E por mais que absurdos que sejam, tais efeitos e promessas são acreditados piamente. Ora, onde não se tem esperança só resta sonhar e acreditar com dias melhores. Nessa vulnerabilidade do ser humano é que são trabalhadas as

²⁴Para Armando Sant’Anna “O mito é uma participação antecipada que preenche um momento e reaviva o desejo de felicidade e o instinto de potência; o mito é indissociavelmente promessa e comunhão” (ob. Cit. P. 56).

técnicas ilusórias do marketing, e quanto mais lastimável é a situação, mais potencializado é o efeito da publicidade. Esta é sempre expressa como um sonho, como se disse, uma poesia. E como muito bem afirma Sant’Anna a propaganda contribui para fazer-nos viver em outra vida, uma vida por procuração. Aliás, fazendo um uso dos diálogos das fontes, Código Eleitoral e CDC, já poderia se pensar em transportar o “princípio da vulnerabilidade do eleitor”.

Poder-se-ia citar exemplos desta prática poética através de Roosevelt, Churchill, Truman e até mesmo do próprio Hitler. Entretanto, sem nenhum juízo valorativo ou conceito formado, pede-se licença para estudar o caso do candidato à presidência, hoje presidente, da República Federativa do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva²⁵.

²⁵ Maria Lúcia Victor Barbosa, *Maquiavel e Orwell na Realidade e na Propaganda de Lula* (Na obra mais importante sobre política, O Príncipe, Nicolau Maquiavel ensinou: “os homens são tão pouco argutos, e se inclinam de tal modo às necessidades imediatas, que quem quiser enganá-los encontrará sempre quem se deixe enganar”).

“PROPAGANDA E REALIDADE - Não há dúvida de que o mestre do poder conhecia a natureza humana, como a conhecem os publicitários. Esses especialistas em marketing podem fazer vender qualquer coisa: uma imagem, uma pessoa, um candidato, uma idéia, um produto, um serviço. Se mercadoria for de má qualidade, só se saberá depois de adquirida, mas aí será tarde, a menos que se possa trocá-la por outra melhor. Naturalmente há os que se conformam com a compra, ou acreditam que realmente estão de posse de um bom produto, mas se ele é muito ruim, a maioria dos consumidores perceberá o logro e não haverá marketing que resista à realidade.

Com relação à política, os limites da ilusão são muito amplos e, em vez de marketing será melhor falar em propaganda, essa técnica de manipulação de comportamentos que atua no terreno fértil das emoções, dos sonhos e dos símbolos.

O propagandista busca resultados rápidos; não ensina como pensar, mas em que pensar; não induz à responsabilidade individual e ao espírito aberto, mas utilizando-se de efeitos de massa, busca produzir um espírito bloqueado. Além disso, os experts em propaganda conhecem aquele pensamento de Freud: “A maioria dos homens experimenta a imperiosa necessidade de admirar uma autoridade, perante a qual possa se inclinar e pela qual seja dominada e por vezes maltratada”. Naturalmente a propaganda sempre foi praticada, mas agora, além do maior requinte de estratégias, existem meios de comunicação de massa muitíssimo mais eficientes para propagar a propaganda. Assim, o pensar por si próprio, esse grande mal que os poderosos jamais toleraram (Sócrates foi executado pelos atenienses por corromper a mocidade ao fazê-la pensar por si mesma) hoje se torna cada vez mais difícil de ser exercido, pelo menos pela grande maioria.

A propaganda pode ser feita, entre outras maneiras, através da censura, quando se reveste de dois aspectos: 1º - Controle seletivo de informações a fim de favorecer determinado ponto de vista. 2º - Deliberada deturpação de informações (o que lembra o “duplipensar” que Orwell descreveu em “1984”).

A propaganda política, em uma de suas técnicas, busca explorar os sonhos que o cidadão tem desde criança ligando a esperança no futuro. O candidato político explorará justamente este sonho, buscando ser a identificação no poder daquele cidadão isolado. Esta técnica é bastante utilizada na publicidade quando busca que o consumidor identifique-se com o personagem. Bastante observável em publicidades de cigarros e bebidas alcoólicas.

Pode se dizer que um menino que passou fome no sertão e/ou agreste nordestino e chegou ao poder máximo de uma República Federativa é um grande e inquestionável exemplo, um mito, uma poesia. Obviamente que outros fatores contribuíram, entretanto, a odisséia para se chegar ao poder fora um grande trunfo para o marketeiro político iniciar o foco de seu trabalho.

O político que se prepara para alcançar o poder, deve encarnar em sua própria imagem a propaganda através de símbolos. Exemplo: ele enverga a personagem do operariado, simbolizando desse modo a classe dos trabalhadores, dos oprimidos, dos explorados. Com isso, atrai a simpatia e a solidariedade do eleitorado. E na medida em que sendo um “humilde operário” consegue se elevar aos píncaros do poder, redime toda a classe que representa, pois esta sente como numa ilusão de ótica ideológica, que também chegou lá através do seu “salvador”.

O político deve ser muito bem treinado para saber usar a sugestão. Assim, dará a impressão de que defende o que está de acordo com as crenças existentes, e que não representa nenhuma ameaça às convicções do seu público.

Mais ainda, o político em campanha (e hoje em dia tem-se a impressão de que as campanhas são permanentes) deve ser instruído por seus propagandistas para dirigir-se ao povo através de discursos baseados em “pontes” de acesso a mentalidade coletiva, tais como: consideração de problemas simples e não complexos (os pobres têm fome), confirmação de preconceitos (a Alca vai nos colonizar porque os americanos são maus e nos exploram), sensação de pertencer a alguém ou a alguma coisa, que não pertencem a outros (a mística do partido sem mácula), ênfase em um inimigo a quem culpar por frustrações (qualquer ‘herança maldita’ serve).

Pesquisa CNT/Sensus, divulgada em 21/10/03 e publicada na Folha de São Paulo, em 22/10/03, mostrou que a popularidade do presidente sofreu sua maior queda desde a posse (caiu 8,3 pontos percentuais, passando de 76,7 para 70,6). A Avaliação do governo também piorou. Os índices de ótimo e bom ficaram em 40,7 contra 47,9% de agosto. Em que pese, portanto, a continuidade de uma espécie de catalepsia popular, nota-se que a propaganda tem seus limites, ainda que eles sejam muito extensos”.

Quantos cidadãos brasileiros, principalmente da grande massa, não se identificaram com aquela história de vida? Quantos sem esperança que pegam um *pau-de-arara*²⁶ não se viram naquele lugar, naquela história? Quantos iletrados não se viram naquela situação?

A identificação, o perfil daquele que foi candidato e hoje é presidente, apenas ratificou o que a teoria propagandista vem mostrando na prática, o que alguns estadistas já haviam comprovado.

Os interesses, as esperanças, as vontades e paixões são refletidos, em tese, por aquele candidato. Explorar estes fatores é a chave de um possível sucesso. Pertinente, mais uma vez a observação de Sant'Anna ao afirmar: "O chefe não é verdadeiramente como tal se o súdito não tiver sentimento (ilusório, pouco importa) que ele o compreende, que adivinha o que fazer, que agiria tal como ele"²⁷. Aliás, Herbert L. A. Hart, em seu clássico *Conceito de Direito*, dedica um capítulo inteiro analisando a relação em uma sociedade entre o soberano e o súdito.

Esta identificação tem bastante relevância nesta prática de propaganda, se a massa não se identifica com o perfil do candidato, sem embargo o trabalho será redobrado com grande probabilidade de ser infrutífero.

A união desta identificação com a exploração sentimental de aspectos de trajetória da vida, uma base familiar sólida, aspectos religiosos (hoje menos) contribuem imensamente para exploração de um marketing

²⁶ Meio de transporte-caminhão.

²⁷ Armando Sant'Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 56.

político. Estes elementos fazem esta aparência de poesia da propaganda, obviamente eivada de grandes apelos psicológicos.

Apesar de não se identificar especificamente com o candidato a presidente à época, no caso para ser sujeito a prática, uma das promessas de campanha sensibilizou, não só a nós como grande parte da população extra aquela massa, no caso a Campanha do “Fome Zero” teve uma repercussão mundial, extrapolando as fronteiras sensibilizando talvez os mais liberais²⁸. Mais uma vez a política do “pão e circo” gera vítimas. Também não era por acaso que tais práticas ocorrem, Hitler há muito tempo já tinha ciência de que uma mentira muitas vezes repetida torna-se verdade. Para publicidade e propaganda este entendimento parece mais ser um princípio básico.

Práticas estas que usam o limite entre o fantasioso e a realidade, o bem e o mal, a verdade e a mentira preocupam bastante os bons profissionais da propaganda. A credibilidade fica sendo questionada, a perversão e a mentira margeiam sempre este âmbito. O que ocorre também na publicidade é a dificuldade de se enxergar e identificar o que é informação e o que é publicidade vêm ocorrendo na propaganda política.

Aliás, nestes momentos, identificar o que são campanhas utilitárias do governo e o que são campanhas políticas não é fácil. Talvez fazendo uso mais uma vez dos *diálogos das fontes* poderia se importar para o meio eleitoreiro mais um princípio do CDC, o *princípio da identificação publicitária/propagandista*.

²⁸ Desconsiderando a aliança política realizada entre um partido de extrema esquerda com um partido de extrema direita naquela ocasião, algo não entendido. A Campanha do *Fome Zero* teve um grande crédito até mesmo porque o candidato alega ter passado fome no seu passado. Mais um fator de identificação com o eleitor.

Logo, o desrespeito neste caso se dá ao dispositivo constante no artigo 37, § 1º da Constituição Federal – “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. Em síntese, é o que denomina o Prof. Erick Pereira como ‘Abuso do Poder dos Meios de Comunicação’.

4. PUBLICIDADE, LIBERDADE E PODER

“Inegavelmente, o fato de, ao contrário dos outros três poderes, o quarto ser detido por pessoas nem eleitas, nem nomeadas por sua competência, parece violar o princípio da democracia”²⁹.

Não é tão recente que há uma transferência de quem dita as regras, antes era nítido que o poder político controlava o âmbito social e inclusive a economia. Atualmente, é temerário fazer tal afirmativa. Quem tem o poder econômico é realmente quem tem o poder efetivo.

A liberdade antes defendida como direito ou garantia básica que expressava a liberdade de pensamento, de expressão e de escolher um representante perde espaço para a liberdade que a economia prega na indústria e no mercado. Sob uma ideologia liberal, liberdade é exercer relações comerciais sem a intervenção do Estado; no âmbito do nosso interesse, nos dizeres de Quessada: “Liberdade de palavra significa a liberdade de fazer publicidade; e liberdade de escolher, a de exercer a própria escolha entre todos os produtos de que fala a publicidade. A liberdade se torna a palavra-chave pela qual o cidadão é transformado ideologicamente em consumidor”³⁰.

²⁹ Claude-Jean Bertrand, *A Deontologia das Mídias*, Tradução Maria Leonor Loureiro, EDUSC, Bauru -SP, 1999, p. 57. E ainda, citando o Primeiro-Ministro Britânico Stanley Baldwin: “O que o proprietário desses jornais buscam, é o poder, mas um poder dissociado de toda responsabilidade, o privilégio da prostituta através dos tempos”.

³⁰ Dominique Quessada, *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões*. [tradução Joana Angélica D’Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003. p. 25.

Neste ideal, para aqueles mais liberais, questionar a liberdade mesmo que sob este enfoque ultraliberal, seria autoritário, uma censura, uma restrição a um direito comezinho. Estes serão sempre os argumentos dos profissionais e da indústria publicitária, sempre buscando menos intervenção, mais liberdade e menos Estado. Este seria o sentido de ‘liberdade’ para os publicitários, a liberdade de anunciar em suas peças, e o consumidor teria a “liberdade de escolher” entre aquelas.

A liberdade nestes moldes facilmente daria também um outro significado, ou uma outra idéia do que seja a ‘democracia’, o acesso ao consumo, a escolha do consumidor neste meio ultraliberal seria o melhor significado da democracia. Pertinente a observação do Filósofo Dominique Quessada ao afirmar: “o ‘menos Estado’ desejado pelo liberalismo não significa um ‘menos política’. O mercado constitui um modo de organização hoje designado, em nível mundial, como a alternativa política à própria política”³¹.

Inclusive, antecipando o que será visto, quando não dá mais para evitar a intervenção do Estado, os liberais as aceitam, mas ditando seus moldes e limites.

É esta guerra, este poder, que pode ser constatado através da história. A busca e a luta do domínio pelo discurso. Como será visto o uso da expressão, do discurso, da publicidade como arma de guerra no próprio nazismo.

³¹ Dominique Quessada, *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões*. [tradução Joana Angélica D’Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003, p. 29.

A economia querendo dominar o poder político tem um dos seus maiores exemplos com a guerra fria. Após esta, como serão constatados, os modelos de produção militares não têm outro destino senão o mercado. “As tecnologias de ponta da guerra fria servem hoje, portanto, ao cerco e à sedução dos consumidores, na condição de ferramentas da grande máquina publicitária planetária”³².

Não seria também ao acaso que as grandes indústrias armamentistas eram/são detentoras dos principais meios de comunicação; o que antes era interesse apenas de oligarquias políticas. A General Eletric GE, por exemplo, é possuidora nos Estados Unidos da rede NBC, além de subvencionar programas na rede PBS; a AT&T subvenciona o programa MacNeil/Lehrer News-Hour. Dentre outros exemplos. O que nos faz concluir, por mais óbvio, que quem tem o poder atualmente é que tem um canal para atingir e manipular seus alvos. Nisto, com este domínio dos meios de comunicação, facilmente, o mercado, a indústria põem a lei em função do mercado.

Cabe ressaltar que, apesar de irrisório, as únicas barreiras que permanecem em desfavor deste poder ainda são a lei e a política.

A estratégia utilizada pelos EUA e Inglaterra para justificar o ataque ao Iraque não fora diferente. Buscou-se inicialmente uma lavagem cerebral pelos meios de comunicação mundial, com uma antiga lição de Hitler de que uma mentira transformar-se-ia numa verdade justificou a destruição de um país. Até o momento a mentira das armas química permanece.

³² Herbert I. Schiller, *Faut –Il dire adieu à la souveraineté culturelle? apud Dominique Quessada, O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões.*[tradução Joana Angélica D’Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003. p. 33.

Em função do consumo, este poderio mundial da comunicação, os rompimentos de barreiras tornam-se função da globalização. Há um método de produção global, meio de divulgação global, produtos e serviços globais, entretanto por mais que seja tentador afirmar não há um consumidor global. O principal fator que impede o surgimento de tal figura são os valores, a cultura, a religião, a ideologia de cada consumidor. Isto é existente dentro de um mesmo país, tal como Brasil, onde há inúmeras culturas diferentes. Admitir um padrão de consumidor ainda não é possível.

Tratando-se de publicidade, as agências globais têm de desenvolver e descobrir um meio de inserir seus produtos e serviços, atentando-se ao fato de primordialmente respeitar as culturas, ideologias e religiões locais. Estes exercícios, esta atividade, foram necessários para produtos e marcas como Microsoft, Coca-Cola, McDonald's e Levi's, conforme lembra Quessada: “Nessa perspectiva, as agências procuram modelar tipologias que lhe permitam aproximar-se globalmente dos consumidores, mas através daquilo que os especifica culturalmente de um país para outro, ou pelo menos de um continente para outro”³³.

A título de curiosidade a instalação de um McDonald's na Índia ainda gera polêmicas, considerando que a vaca é um animal sagrado e o hambúrguer, em tese, tem este animal como matéria-prima.

³³ Dominique Quessada, *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões*. [tradução Joana Angélica D'Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003. p. 43. E continua: “A globalização só pode funcionar se o país onde ela se expressa tiver sido literalmente recomposto do ponto de vista ideológico, a fim de que não exista nenhum freio cultural ou social à penetração dos produtos, dos serviços e das idéias globais nos mercados locais”.

5 NOÇÃO DO MERCADO DE CONSUMO

De grande influência ao consumismo em geral é o movimento populacional e alguns rompimentos de barreiras, que antes limitavam e restringiam o acesso ao consumo. Com isso a urbanização torna-se um fator relevante para contribuir acesso à grande massa de consumidores.

As vendas nos centros urbanos têm grande significância para distribuição, práticas de marketing, ou seja, o acesso ao consumidor é facilitado. Nestes centros, as estruturas de grandes redes de supermercados, shoppings e lojas, aumentam em consonância com a urbanização. Tanto os transportes de pessoas como a ampliação e obviamente, com grande papel, o acesso aos meios de comunicação, repercutem diretamente no movimento do consumismo.

A outra face negativa da urbanização também é real, a diferença social também aflora gerando conseqüências inevitáveis, como aumento da insegurança e miséria, verdadeiro contraste. Aliás, estes fatores também devem ser considerados pelo movimento do consumismo. Apesar de se entender que as técnicas de marketing hoje em dia trabalham visando foco específico é inevitável enxergar o despertar de desejos naqueles que não têm o acesso ao consumo via tradicional. O modelo capitalista desconsiderou totalmente o fator “diferença social”, e numa atual fase de globalização crê-se que tais diferenças só aumentarão.

Uma repercussão deste fator de acesso ao consumo pode justificar a busca pelos produtos falsificados. Não tem como vender os olhos para esta realidade cada vez mais freqüente. É um paradoxo total, ou seja, por

um desvio do alvo, despertam-se os desejos de consumo ao qual os consumidores não têm acesso; mas cujo desejo foi instigado pela publicidade. O caminho para satisfazer aquele que não tem condições financeiras é buscar o que o seu dinheiro permite comprar, o resultado é a busca pelos falsificados ou piratas.

Os superpoderosos, detentores dos produtos originais, das marcas, tentam discursar sobre uma ética, uma educação, uma conduta para que os consumidores não busquem os produtos falsos. Ora, inicialmente, é neste mesmo cenário, onde não se ofereceu educação para sensibilizar uma causa ética, que eles pedem tal consciência, obviamente, só para encher seus bolsos, pois não tiveram a menor preocupação ética ou moral ao lançarem suas campanhas publicitárias e gerar desejos naqueles que não possuem poder aquisitivo para tal.

6 A INFLUÊNCIA SOBRE O CONSUMIDOR

*“Cegueira mental é uma doença que parece afetar todas as instituições. Indivíduos que jamais questionam os seus pressupostos e sistemas de crenças são também cegos mentais. Como assimilar novas observações e novos conhecimentos, quando se tem em mente cercada por crenças e por velhas idéias que nunca foram testadas?”³⁴.
(Brian, 96:128)*

Faz-se necessário repetir que o ser humano é totalmente avesso a previsões, sistemas e lógicas. O comportamento do ser humano, do consumidor deve ser trabalhado em cima da imprevisibilidade, do desconhecido.

Alguns pressupostos são levados em consideração ao se fazer análise do comportamento do consumidor. O professor de comunicação Ernesto M. Giglio da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo apresenta alguns destes pressupostos:

- I. O ser humano é positivo quando seu comportamento é racional;
- II. O ser humano é emotivo, movido por afetos **conscientes** e **inconscientes**;
- III. O ser humano é social, movido pela regras do grupo;

³⁴Brian *apud* Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004.

- IV. O ser humano é dialético, movido por oposições;
- V. O ser humano é complexo, movido por determinações e indeterminações de vários níveis³⁵.

Interessante comentar alguns destes pressupostos, principalmente aqueles utilizados pelo marketing. O aspecto emotivo do consumidor, por exemplo, é um dos mais insuflados, ou seja, estimulado para realização do ato de consumo. Bem verdade que tanto a consciência como a inconsciência fazem parte do complexo emotivo, entretanto, é concentrada uma atenção especial no inconsciente onde pode existir um controle maior no comportamento do consumidor.

Um outro pressuposto, ainda sob um aspecto psicológico do consumidor, é sua vivência em sociedade. Isto implica que ao viver no ambiente social o consumidor está alheio a inúmeras influências do grupo, e como quer fazer parte deste se sujeita a estas para não se tornar excluído. Logo, se não possui determinado produto, marca, ou usufrui determinado serviço o consumidor será um excluído do meio social. “Ou você tem, ou você não é”³⁶.

6.1 Método de análise do consumidor

³⁵ Todos pressupostos e explicações retirados da obra de Ernesto Giglio *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004, p. 10.

³⁶ Conclusão da aula do 1º semestre de 2005 do Curso de Mestrado Doutorado da PUC-SP, Disciplina de Direito das Relações de Consumo, dirigido pela Profa. Doutora Suzana Maria Catta Preta Federighi, módulo “Práticas Comerciais”.

Conhecer o consumidor, traçar uma teoria, um conhecimento é tarefa praticamente impossível. Uma teoria que é criada por um ser humano para análise deste, além de passível a erros, necessita de reavaliações constantes. Não há como fixar um padrão de ser humano, principalmente em face de seu comportamento, conduta e de sua mente.

Para a Escola Positivista Inglesa para que algo seja considerado científico é necessário considerar condições de observações, mensuração, previsão e repetição. Relembra-se que se trata do ser humano consumidor, seus comportamentos e condutas.

Algumas pesquisas de mercado tentam fazer uso do método empirista para mensurar aumento e quedas de vendas de certos produtos. Esse reflete o uso do raciocínio indutivo. O pecado do método foi criticado justamente por um dos seus idealizadores, Hume. Como não havia como analisar todas as compras, o que não era mensurado entrava em uma margem de dúvida, ou seja, adentrava-se no campo da previsibilidade. Como sabido, previsibilidade para estabelecimento de um método científico é um todo inadmissível.

O método positivista dedutivo também fora usado para análise do comportamento do consumidor, este tinha como regra geral para sua análise. Ernesto M. Giglio traz o seguinte exemplo da utilização de uma lei geral: “mulheres quando mal-humoradas costumam fazer compra como forma de compensação”³⁷. Logo, seria bastante fácil afirmar uma teoria desta ao se ver uma mulher com o humor alterado.

³⁷Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p. 13.

Com objetivo de reformular a Teoria de Hume, Karl Popper em 1975 propôs, tomando como base a própria teoria Hume, o método hipotético-dedutivo. Giglio explica que: “o cientista pode iniciar sua teoria com qualquer proposição e depois, pelo uso do esquema de experimentação e erro, a teoria vai sendo reformulada”³⁸.

O método positivista, como método científico, tem vários méritos ao se tratar de ciências exatas. Não pode se afirmar o mesmo quando se trata de ciências humanas e sociais, onde o ser humano é objeto de estudo. A explicação é óbvia. O método positivista cria determinada teoria para o momento, desconsiderando totalmente as mudanças, a imprevisibilidade inerente ao ser humano.

Estes pressupostos positivistas podem ser utilizados com êxito ao tratar o homem sob um foco da biologia ou da economia. Biologicamente, o ser humano é considerado como um organismo de sistemas, ou seja, como qualquer outro animal.

Sigmund Freud buscou explicar alguns comportamentos humanos, concluindo por meio de hipóteses, que o ser humano possui instintos de vida ligados ao prazer e também busca o estado inanimado, ou seja, instinto de morte. O que parece absurdo, mas constatável quando certos atos de consumo são verificados, como o consumo de produtos nocivos (drogas), prática de esportes radicais de alto risco etc.

³⁸ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p. 13.

Em sua obra, Giglio sobre os métodos utilizados pela biologia atinentes ao ato de consumo lembra que:

“Os métodos da biologia são os de análise e síntese, divisão e classificação. Os manuais de Psiquiatria, por exemplo, separam as pessoas normais das neuróticas e psicóticas, conforme a repetição de certos comportamentos (ações e idéias). Dessa prática surgem algumas tipologias de consumo baseadas em traços psiquiátricos. Assim, a compra por impulso pode ser explicada como uma compulsão, um traço psiquiátrico (portanto, orgânico) de desajustamento. O motivo de comportamento está dentro do sujeito. Aceita-se como verdadeiro, por exemplo, que certos estados melancólicos podem levar a compras por impulso. Assim, fica fácil explicar por que uma mulher deprimida vai ao shopping comprar”³⁹.

Há de se considerar ainda que o consumidor deve ser visto tanto individualmente como coletivamente⁴⁰, ou seja, pode ser considerado também um aspecto comportamental grupal. Logo, apesar de os sonhos e desejos de consumo serem individuais refletem um padrão de consumo grupal, mantendo-se o conteúdo individual.

Na Economia algumas teorias também podem ser traçadas acerca do comportamento do consumidor. Inicialmente enxergado apenas como a última fase do ciclo econômico, ou seja, aquele que tira do mercado de consumo para si uma concepção objetiva.

³⁹ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p. 14.

⁴⁰ Jung já tratava em seus estudos do “inconsciente coletivo”.

6.2 Alguns perfis de consumidores

Tarefa árdua é traçar um perfil do consumidor, diante de tantas individualidades, teorias e comportamentos diferentes. Será apresentada uma visão genérica dos traçados comportamentais, tomando por base total a obra de Ernesto M. Giglio.

6.2.1 Consumidor racional

Como ser humano positivo subentende-se sob este comportamento que o consumidor seja dotado de raciocínio. Daí resultam algumas técnicas de marketing que consideram a racionalidade para o consumidor comparar lucros e perdas ao consumir algo. Traça-se então o paralelo entre o necessitado, o desejado *versus* a possibilidade de aquisição. Nisso o consumidor racionaliza como angariar o máximo de benefícios, dentro de suas possibilidades, na aquisição de um produto ou serviço. Um comportamento que pode ser também considerado sob o foco econômico como as teorias do ‘custo-benefício’ e ‘risco percebido’ ou ainda como ‘grau de utilidade’.

A psicologia tenta traçar uma teoria para este comportamento racional, positivo. Por não se utilizar o empirismo, esta é totalmente criticada pelos positivistas. Esta teoria desenvolvida por B. F. Skinner e Dollard é conhecida como behaviorismo ou teoria comportamental, tendo como objeto

de análise e estudo, possivelmente mensurável o comportamento do consumidor.

6.2.2 Consumidor emocional

Esta teoria que tem como base as teorias da personalidade de Freud e Maslow são bastante aceitas e estudadas. Para esta teoria comportamental o comportamento é motivado no campo emocional e não no racional.

Maslow em sua teoria aceita que, apesar de emocional, há consciência no comportamento e nos motivos dos atos. Diferente de Freud que defende que influências provocadas pela emoção residem no inconsciente. Intrigante aspecto que não se ousa opinar.

Sons, aromas, imagens e palavras utilizadas pelo marketing possuem explicações nestas teorias, pois nada de racional pode explicar associação do ato a estes estímulos, nada é consciente. A mesma justificativa, nas publicidades de cigarro, que apelam ao esporte, carros com modelos femininos, é a busca constante de uma atenção do consumidor que nada tem a ver com o produto de consumo em si, que através do inconsciente faz uma associação.

Tanto é difícil de entender como explicar, entretanto o que é certo é o funcionamento e aposta neste tipo de comportamento. A técnica de Pavlov a ser explicada, busca também a associação ao inconsciente,

justificada por método científico onde fora levado em consideração a observação.

Há ainda a teoria da racionalidade limitada ou *bounded rationality*, ou seja, um limite entre a racionalidade e a irracionalidade. O clássico exemplo vem da obra *Odisséia*, onde Ulisses manda os encarregados do navio amarrá-lo no convés da embarcação para evitar que ele caísse nas tentações do canto da sereia. Observa-se que há nisto o momento racional onde Ulisses tem ciência de sua fraqueza, e o momento de irracionalidade no momento de ouvir o canto da sereia. Lembrando que se trata de mitologia grega.

6.2.3 Teoria de Sigmund Freud

Para o pai da psicanálise o ser humano na verdade não conhece seus desejos, existindo algo que determina em qual campo irá atuar este desejo, ou seja, no campo consciente ou inconsciente.

Para Freud é o inconsciente o verdadeiro condutor e fonte de desejos do homem. O inconsciente é quem dita seu comportamento. Questionou-se ainda, face este estudo de Freud, qual seria o papel do consciente no ato de consumir. A questão surge, pois já no campo consciente a dificuldade é extrema para traçar e determinar uma teoria, imagine uma teoria do inconsciente é praticamente impossível ser estabelecida.

Ciente da dificuldade de tratar com inconsciente Ernesto Giglio acompanhando Freud, atenta que ao se estudar um consumidor no seu

inconsciente, deve-se deixar que os estímulos deste surjam sem qualquer provocação, ou sob algum conceito.

Tal técnica é denominada como “associação livre” que consiste justamente deixar aquele que é assistido, estudado, falar o que lhe venha à cabeça, nisso é que aquele que assiste deve colher a conexão inconsciente em frases desconexas. Giglio conclui com isso que o comportamento derivante do consumidor é uma forma de satisfação dos desejos inconscientes.

O exemplo clássico que ilustra esta técnica de associação livre é o do automóvel. A função do carro é de transportar, entretanto associações do inconsciente levam a crer que com aquisição de um carro, o consumidor terá sucesso afetivo. Inicialmente o consumidor quer ser atraente, tem o desejo pelo automóvel e transporta este desejo de ser atraente ao carro, que na verdade o é, retornando por fim ao consumidor. Inclusive uma recente publicidade do Fiat Palio fez uso desta idéia, ou seja, no momento que o homem estava dentro do carro ele estava bonito, quando saía, passando pela porta, ocorria a transformação voltava a sua realidade estética.

Para se entender a operação de deslocamento (consumidor – objeto consumido), é necessário tomar conhecimento das estruturas Freudianas, o *ID* como fonte primitiva de energia propulsora, operada pelo princípio de **prazer**; o *EGO*, uma estrutura operando pelo princípio da **realidade**; o *SUPEREGO*, uma estrutura operando pelo princípio das **obrigações e proibições**⁴¹.

⁴¹ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p. 61.

6.2.4 Teoria de A. Maslow

Conhecida também como a “teoria das necessidades básicas de Maslow”, esta vem sendo considerada como a principal teoria que explica o fenômeno do consumo. Buscando criar esta teoria geral da motivação, Maslow considerava alguns aspectos fundamentais buscados pelo consumidor, como satisfazer as necessidades fisiológicas, segurança, afeto, relacionamento e auto-realização.

Dentre estas se destacariam algumas necessidades que possuem maior relevância para aqueles que trabalham com a publicidade, quais sejam a necessidade de afeto e a necessidade de *status*. A necessidade de afeto irá repercutir na busca decorrente da carência, de ser reconhecido e considerado importante no seu meio circundante. A necessidade de *status*, por sua vez, representa a pedra de toque do marketing geral, representa o que o consumidor possui e joga fora, uma estima, um reconhecimento. Destaca-se mais uma vez a idéia de que “o consumidor é aquilo que possui”.

Não diferente à teoria de Freud, a teoria de Maslow peca quando é considerado o método para avaliar os comportamentos do consumidor. Um outro aspecto presente nestas duas teorias e para o qual Ernesto Giglio atenta é que ambas preocupam-se apenas com o passado e o presente, pouco se importando com o futuro. Ora, se as expectativas mudam, os desejos mudam, os comportamentos de consumo também mudarão, e torna-se óbvio que o foco de análise deve estar voltado também para o futuro, as expectativas de consumo.

Apesar destas considerações a teoria da motivação tem seu mérito por não ignorar o principal fator de toda operação de consumo, ou seja, o consumidor em sua essência psicológica. Os estudiosos Freud, Jung e Maslow, cada qual sobre seu método e compreensão, consideraram em primeiro plano a psique do consumidor. Isto não exclui o entendimento da total imprevisibilidade do ser humano, o impossível traçado de uma teoria estanque para seu comportamento.

Ernesto Giglio citando o *Relatório de Popcorn* apresenta exemplos nítidos do estudo do comportamento aplicado na prática: “a detecção de um movimento de clausura (além de serviços e produtos de segurança) toda uma gama de produtos e serviços orientados nessa direção que tiveram altos desempenhos de venda (DVD’s, disk serviços, *teleshopping*...). As empresas que detectaram estes movimentos antes das outras saíram na frente e ganharam uma vantagem competitiva”⁴².

6.2.5 Teoria de Pavlov

Muitos do que estudam a propaganda/publicidade, dentre estes o próprio Armando Sant’Anna, defendem que a propaganda nazista fazia uso da técnica dos “reflexos condicionados” de Ivã Pavlov. Cabe ressaltar que Ivã

⁴² Relatório de *Popcorn* retirado da obra de Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p. 65. Acrescenta o autor que: “Outra consequência interessante da adoção das teorias da motivação está na comunicação. As agências abandonaram o estilo de texto racional, para mostrarem (basicamente com imagens) motivos de consumo. O que vemos nas propagandas brasileiras é uma escalada de estímulos visuais, como, por exemplo, propaganda de roupa mostrando pessoas sem roupa, folhetos sobre motos mostrando mulheres bonitas, propagandas de tênis mostrando super-homens, bebida mostrando uma conquista. São todos exemplos profissionais que acreditam que o consumo está baseado nos motivos, nas emoções que têm de ser estimuladas por imagens e palavras.”

Pavlov seguia uma doutrina que acreditava na influência metafísica nos processos fisiológicos. Resume-se a técnica de Pavlov⁴³ na provocação de uma reação condicionada, para isto faziam-se necessárias condições de repetição, intensidade e clareza dos estímulos.

Em termos claros, a experiência de Pavlov consiste em pura e simples **associação** realizada por meio de sons, imagens, aromas etc. O que comprovadamente é utilizado atualmente pela indústria publicitária e fora utilizado no nazismo.

Exemplos são inúmeros, a associação das publicidades de cervejas com mulheres, diga-se de belas mulheres; publicidade de cigarro ligada a esportes radicais, carros, festivais de músicas e eventos culturais. Entretanto, nosso exemplo clássico é a publicidade da indústria de alimentos transgênicos “Monsanto”, quando veiculou o anúncio televisivo do mundo perfeito. E ainda há quem afirme que publicidade institucional não apresente nenhum malefício. Após tal peça publicitária a idéia de céu e de paraíso teria de ser revista.

Pode ser questionado desde já onde isto teria implicância no direito, qual lesão causada ao cidadão consumidor? Sem adentrar nas implicações jurídicas nesse momento, apenas levantar-se-ia a questão de que

⁴³ A técnica de Pavlov, segundo Sérgio Biagi Gregório em artigo publicado no www.espirito.org.br/porta/artigos/sergio-biagi/ensaio-reflexos-condicionados.html (capturado em 18 de novembro de 2005) citando L. F. Shaffer, *The Psychology of Adjustment: An Objective Approach to Mental Hygien*, USA, Houghton Mifflin, 1936, p. 56-57: “A experiência de Pavlov foi feita sob rigoroso controle. Pegou um cão, amarrou-o, isolou-o de muitos barulhos externos, tais como os de rua e de outros cachorros, a fim de ter um mínimo de discrepância em sua conclusão. Pavlov sabia que colocando um pouco de ácido na boca do cão este emitia saliva. Por outro, um som qualquer não o fazia emitir. O seu experimento consistia então, em colocar ácido na boca do cão, ao mesmo que tocava uma campainha. Depois de várias repetições, deixava de colocar o ácido e somente com a campainha o cão começava a salivar. Quis mostrar que o estímulo inicial cessado, o cão reagia pelo efeito condicionado”).

se no campo racional, no campo consciente do ser humano, onde se acredita existir algum controle, o direito já preza pela individualidade, privacidade, consciência, intimidade, honra e principalmente a ‘dignidade humana’. O que se pensar de elementos mais intrínsecos ainda que repercutem no inconsciente, no irracional do ser humano. Será que já não seria bastante invasivo? É permitido, como na experiência de Pavlov, todo este adestramento realizado por parte das agências publicitárias nos cidadãos-consumidores? O princípio da ordem econômica (livre iniciativa) seria tão justificador de tais práticas? São questionamentos que por si só já apresentam respostas, mas buscar-se-á discuti-los especificamente.

Bastante pertinente a idéia de *adestramento do consumidor*, em verdade é o que ocorre.

6.3 Consumidor como ser social

Comportamento explicado tomando por base a Sociologia. Considera-se dentro desta o ser humano inserido num meio, onde existem regras e o objetivo do ser humano é fazer parte do todo que é o grupo social. As necessidades econômicas, biológicas e psicológicas justificam esta vida social em face do consumo. “Alguns produtos e serviços, como cerveja, escola e viagens, são fundamentalmente mostrados beneficiando integração social. Outra parte da Sociologia considera que o consumo é o resultado de operações de alienação do sujeito, que se afasta de sua consciência produtiva e adota a posse como formadora de identidade (Baudrillard, 1995)”⁴⁴.

⁴⁴ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p. 49.

6.4 Consumidor em grupo

Apesar de muitos considerarem a massa como um todo, defende-se a idéia de subdividir a grande massa de consumidores em subgrupos, talvez submassas, ou seja, a idéia trabalhada de ‘foco’, onde se busca unir nestes subgrupos consumidores que tendem ter os mesmos hábitos, condutas e desejos para que seja traçado um perfil comum, uma identidade do grupo, não ignorando a individualidade.

6.5 Teorias comportamentais do consumidor

6.5.1 Teoria de Frederick B. Skinner

A teoria de Skinner atende os requisitos do método positivista, centrando o objeto de seu estudo apenas o que seja observável sob a psicologia comportamental.

Esta teoria também conhecida como *teoria do condicionamento*, a qual considera o momento pré-compra e o pós-compra, atribuindo, a cada momento destes, estímulos diferentes. No momento anterior, o estímulo constatável são os eliciadores, ou seja, aquele que diante de um comportamento levará o consumidor a adquirir determinado produto ou

serviço. Já o momento pós-compra é considerado como comportamento ‘condicionante’, e este estímulo é que fará com que o consumidor compre novamente aquele produto, ou até aumente a frequência na aquisição do bem de consumo.

Juridicamente o direito já abarca estes tipos de situações momentos pré-relação e pós-relação, enfatizando principalmente quando não existir uma previsão contratual e legal. São tipos de responsabilizações decorrentes do dever de conduta de boa-fé objetiva. Tratadas na esfera deveres intraobrigacionais por *culpa in contrahendo* e *culpa post pactum finitum*. A serem vistas posteriormente. O aspecto da **confiança** do consumidor também é bastante explorado e violado.

Observa e justifica-se com isso uma preocupação dos que fazem o marketing em alimentar este condicionamento através de métodos de compensação por aquela aquisição; como já foi comentado em outro momento, o consumidor gosta da sensação de sair ganhando diante uma relação de consumo. Assim a famosa “recompensa”⁴⁵ ao consumidor é bastante utilizada e faz efeito.

A publicidade fará efeito justamente como estímulo eliciador, focando o consumidor. Já os brindes, presentes posteriores, ficarão com o encargo do estímulo condicionante. Os presentes oferecidos no ‘Mc lanche

⁴⁵ O exemplo de Ernesto Giglio é bastante esclarecedor desta teoria: “É o caso clássico da mãe que dá um doce ao filho por ele ter comido todo o prato salgado. O trato feito antes do almoço (a promessa da mãe) é o estímulo eliciador, que pretende que o comportamento (comer prato salgado) ocorra. Os estímulos anteriores ao ato de consumo podem ser analisados conforme os conceitos sobre percepção. Já o doce é o estímulo condicionante que vem imediatamente após o comportamento, reforçando-o. Dizer que o estímulo é reforçador significa que existe a probabilidade de ocorrer o mesmo comportamento, ou aumentar sua frequência, se for provado que este mesmo estímulo estará presente e é importante para a pessoa.” (*O Comportamento do Consumidor*, p. 68).

feliz' produzem este estímulo condicionante, as crianças já buscam o lanche pensando na recompensa.

Um outro efeito do estímulo condicionante de Skinner é o estabelecimento do hábito. Considera-se uma grande vitória para os fornecedores quando estes criam hábitos nos consumidores. O hábito já estabelecido, o consumidor opta por aquele produto sem mais se questionar, sem qualquer barreira.

Esta barreira que tem ser enfrentada pelos fornecedores ao lançar um produto no mercado. Eles não apenas terão trabalho com o lançamento deste novo produto, como também terão que quebrar o hábito do consumidor com o produto concorrente.

Faz-se pertinente apresentar uma experiência de Skinner, retirada da obra de Ernesto Giglio, para justificar o "Condicionamento Operante". Para isto, Skinner considera que as regras da sociedade se baseiam em estímulos positivos e negativos, ou seja, ao se presentear alguém, ter-se-á um comportamento positivo, não o fazendo o resultado será a extinção de um comportamento.

Para a teoria foi considerado que o comportamento humano, e até dos animais de laboratório, necessita de uma constante frequência de repetição. Relevante apresentar o experimento de Skinner com uma alcoólatra, justificando que um castigo como estímulo negativo é mais eficaz do que uma bonificação.

A experiência atualmente utilizada numa publicidade do chá da Nestlé – 'Nestea', consiste na análise do comportamento de um alcoólatra.

Observou-se que este alcoólatra consumia uma média de quatro copos de uísque ao dia.

Para esta experiência foi construída uma máquina dotada de uma alavanca que, ao ser acionada, liberava uma dose de uísque em um copo. Inicialmente foi liberado o consumo por alguns dias para se tirar a média de consumo, configurando assim uma base de consumo. No momento posterior, foi informado ao indivíduo que para conseguir uma dose, ao invés de baixar a alavanca uma vez, deveria baixá-la duas vezes. Assim, o número de acionamentos foi aumentando para conseguir a mesma dose inicial. Chegou-se a um estágio em que o alcoólatra perdia mais tempo acionando a alavanca do que bebendo. O acionamento era o comportamento e o uísque era o presente, a bonificação.

Momento seguinte foi informar ao examinado que ao ativar a alavanca o mesmo receberia um choque, neste caso configurando o castigo, o *estímulo operante*. Buscou-se, então, fazer a associação que o uísque como presente correspondia a um choque como castigo, e com isso, o uísque deixasse de ser um presente desejado de ser consumido.

Inevitável, no decorrer da experiência, foi a constatação da diminuição do consumo de uísque. Como ele estava, isolado foi oferecido um estímulo operante positivo, ou seja, um 'presente': na medida em que o examinado passasse um tempo sem beber, era concedida a visita de uma pessoa para conversar com o examinado por um tempo; aos poucos foi aumentado o tempo de conversa como um estímulo positivo, e o correspondente comportamento esperado era que o examinado ficasse sem beber.

O fim da experiência foi a diminuição de estímulos operantes negativos (castigo), dos estímulos eliciadores de baixar a alavanca e os positivos incrementados. Chegou-se ao ponto que o alcoólatra não bebia mais.

A conclusão desta experiência de Skinner foi a comprovação de que o castigo é mais eficaz do que uma bonificação, em linhas técnicas, o estímulo operante negativo é mais eficaz do que o estímulo eliciador positivo. Mudando bastante o assunto, no nosso ordenamento próprio, os brasileiros só vieram obedecer a lei de utilização de cinto de segurança nos automóveis após se fazer uma enorme campanha informando os valores e aplicação de uma multa pecuniária.

Como mencionado, há uma peça publicitária atual que faz alusão a esta experiência. No caso, a Nestlé faz uma publicidade com seu chá Nестea, pondo três coelhos (figurantes fantasiados de coelho) bebendo alguns chás de máquinas de choque. Um desses coelhos, apesar de receber um choque atrás do outro, ou seja, em seqüência, não pára de beber o chá. A alusão à experiência é categórica, ironizando no caso a teoria pois, apesar do estímulo operante negativo (choque), seria mais compensador o presente (beber o chá), estímulo eliciador.

6.5.2 Comportamento de consumo no meio social

Para retratar este tipo de comportamento, vale reproduzir a frase de um dito adaptada por Ernesto Giglio: “*Dize-me com quem andas e te direi o que consumes*”. Frase esta que reflete atual realidade.

Como outro meio de influência ao consumo, o meio social em que o consumidor vive representa um grande papel. O meio familiar, cultural e o social representam um meio influenciador de consumo.

Este estudo da convivência social – e mesmo da individual – cabe à sociologia. Logicamente sempre em função do coletivo. Um modo existencial da pessoa justificava-se pela propriedade e posse desde 1844 com Marx (*O Capital*). Sob o enfoque capitalista Giglio define muito bem por meio da frase: “Viver para ter e ter para ser”⁴⁶. Baudrillard, citado pelo mesmo autor prefere definir o consumidor como: “Eu sou o que tenho e o que eu jogo no lixo”. O que contribui mais ainda para uma idéia da ‘sociedade dos descartáveis’.

A conclusão que se tira é que através do consumo é que se ganha existência na sociedade. Precisa-se consumir, precisa-se possuir para a sociedade ver e aceitar o consumidor em seus infinitos subgrupos sociais.

6.5.3 O comportamento do consumidor visto sob uma análise existencialista

A fenomenologia e o existencialismo surgem em torno da crítica de alguns estudiosos ao método positivista. Para o positivismo só era válida a teoria, aliás, um excesso desta. Só eram aceitos os métodos propostos por esta. O existencialismo sob tal radicalismo busca atenuar estes princípios tão rigorosos do positivismo.

⁴⁶ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p. 76.

A teoria do existencialismo terá como objeto as bases do comportamento humano. Em seus estudos Ernesto Giglio faz uso desta teoria em busca de explicações de certos comportamentos de consumo. Acerca desta teoria Giglio considera que: “Um dos seus princípios (...), consiste na atitude de mais questionar do que responder, mais detalhar do que generalizar, criar um dualismo prática-teoria, em que complementa e modifica outra. Em poucas palavras, ‘ir ao encontro dos fatos’ e não somente aplicar a teoria sobre o fato”⁴⁷. Em síntese, o existencialismo busca analisar os fatos e com base nestes criar sua teoria.

⁴⁷ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p. 88.

7 O PROCESSO DE CONSUMO

Alguns modelos que buscam justificar o fenômeno de consumo o faziam como um processo dinâmico de escolha. Na década de 60, Nicosia baseou-se no sistema *input-output*.

Justificava este sistema o efeito da publicidade bem como a força das marcas. Desta maneira o *input* seria a publicidade, a mensagem fomentando certa predisposição. O processo de consumo se subdividiria em 04 fases, nas atentas lições de Giglio:

“A primeira refere-se aos estímulos (propagandas) que são recebidos pelo sujeito, os quais, sendo analisados conforme predisposições anteriores, criam uma atitude (um julgamento favorável ou não à compra). A segunda consiste na investigação das possibilidades de compra e no desenvolvimento da motivação para compra. A terceira é a compra propriamente dita e a quarta consiste no consumo e troca de informações, alterando ou não a disposição para novos consumos”⁴⁸.

Com base também no modelo *input-output*, Howard-Sheth, acresce nestes variáveis hipotéticas intrínsecas e influências externas. O processo sob este modelo considera com primeiro estágio não só os estímulos gerais do marketing, mas também as influências sociais. Passado este, após recepção destas influências, o consumidor de acordo com suas convicções e experiências, cria as disposições e critérios de escolha. No último estágio,

⁴⁸ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p.105.

output define-se a compra a qual gerará uma satisfação ou não. Neste modelo, com a compra todo sistema se põe em funcionamento, se repetida a compra do mesmo produto ou serviço, cria-se a desejada rotina, o hábito.

O modelo que mais adequado entende ser o de Engel, pois com este é considerado, sob um modelo teórico científico, o estímulo do marketing, influências (individuais, situacionais e sociais), processamento da informação e, por fim, a decisão.

Este modelo trabalhará desde a expectativa de consumo, ou seja, a consciência desta expectativa. Estabelecida esta expectativa, estímulos irão fomentar esta expectativa causando no consumidor uma reação que buscará suprir esta.

O passo seguinte seria um questionamento, momento de indagar como tal produto ou serviço suprirá tal expectativa; nos dizeres de Giglio seria ‘o que escolher?’ e ‘como escolher?’. Passando então para um julgamento para aprovação ou não, consciência própria e daquilo que os outros pensarão acerca deste consumo.

Antes da última fase, obviamente passadas todas anteriores, o consumidor passará a se indagar onde comprar? Como comprar? Adquirido o produto ou serviço, chega-se a uma última fase, avaliação daquilo que fora consumido, se atingiu a expectativa ou se esta fora frustrada. Houve uma frustração na expectativa de consumo, qual fator gerou isto?

8 A EXPECTATIVA DE CONSUMO

Seja por necessidades ou desejos, é de suma importância para o consumidor que sua expectativa com o consumo não se transforme em uma frustração. Os momentos pré-compra da consciência da expectativa e o momento pós-compra irão responder o êxito ou a frustração desta. Com intuito de um melhor estudo da “expectativa”, alguns aspectos e conceitos argüidos por Ernesto Giglio serão vistos.

8.1 Escolha

Desconsiderando o hábito de consumo, ou seja, aquele onde o consumidor não racionaliza e se questiona mais para adquirir algo, a escolha desempenha relevante papel no ato de consumo, nos dizeres de Clemen, citado por Giglio: “uma boa decisão é aquela que minimiza os riscos”.

Numa decisão para realizar um ato de consumo não pode restar indagação, questionamentos ou incertezas acerca das alternativas. Na escolha, momento anterior à relação de consumo constituída, as expectativas básicas do ser humano, experiências com o corpo, idéia, emoções e simbologia são consideradas. “o sujeito busca ordem superação, numa dinâmica insolúvel, porém complementar. O jogo dos dois movimentos (ordenação e superação) sobre os campos de experiências é o pano de fundo de onde brotam as expectativas, iniciando o processo de escolha”⁴⁹.

⁴⁹ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p.111.

8.2 Expectativas

As expectativas são consideradas sob o futuro, levando em conta as experiências passadas e ao mesmo tempo visualizando os anseios de vida no futuro. Embora já estudado, há de se incluir neste contexto das expectativas o que seja a necessidade e o que seja o desejo.

A necessidade⁵⁰ tem significado complexo e dentre esta complexidade não há nada que ofereça significação à análise do comportamento de consumo, na opinião de Giglio que difere da opinião de Armando Sant'Anna. Para aquele neste conceito não há segmentação, competição ou comunicação, elementos inerentes ao marketing. Deve-se concordar que as idéias e afirmações de que se cria necessidade em consumidores estão todas equivocadas. Em absoluto nenhuma técnica de marketing cria necessidade no consumidor, o que pode até concluir concordância com que afirma Sant'Anna ao defender que a necessidade já existe no consumidor, jamais criada.

Já o desejo tem ligação direta com o marketing, este busca se manifestar num futuro, ou melhor, uma representação psíquica deste. Como visto na teoria de Sigmund Freud, o desejo teria projeção no passado. Para o marketing o desejo deve se voltar para o futuro, no âmbito consciente do

⁵⁰ Por Giglio a palavra necessidade vem carregada de dois sentidos que pouco auxiliam na compreensão do comportamento e trazem complexidades. Um deles está associado ao conceito do inato. As necessidades têm um sentido de algo inerente, impossível de ser modificado.(ob. Cit. P. 111)

consumidor. Ernesto Giglio prefere inclusive utilizar-se do termo ‘expectativa’, ao invés de desejo, de forma a não restar dúvida que estas estão voltadas ao futuro e não ao passado.

As expectativas têm sede no consciente do consumidor, retrata a intenção de num futuro ter algo melhor na vida, um aspecto evolutivo. Alguns elementos compõem a expectativa, seja o componente *Ideativo* (busca o que fora idealizado após comportamento), o *Afetivo* (interesse afeto inserido no desejo) e o *Operacional* (meio que se utiliza para suprir/satisfazer expectativa).

Os componentes Ideativo e Afetivo são trabalhados diretamente pelos publicitários. Faculdades e universidades fazem um excelente exemplo de uso do componente Ideativo, ao demonstrar que, entrando naquele curso, consumidor-estudante melhorará de vida, garantirá um bom emprego no mercado e será respeitado. Os afetivos apelam ao aspecto emotivo do consumidor, nisso há um enorme leque de práticas publicitárias.

A expectativa estará sempre visando o futuro, realidade esta considerada pelo marketing na produção de novos serviços e produtos; expectativa trata de uma construção feita no consciente do consumidor e isto pode ser trabalhado pelas técnicas de marketing. Esta construção compõe-se com a emoção do consumidor, e nisto o marketing publicitário tem total ciência. Fato este comprovado pelo constante apelo emotivo na publicidade.

Um exemplo interessante é o do automóvel, atualmente o apelo emocional está nas linhas *off-road* (fora de estrada), ligando-se uma idéia de liberdade, contato com a natureza dentre outros. Larga-se mão dos apelos racionais e provocam-se os emotivos, no caso da Ecoesport da Ford, Crossfox

da VW, Palio Adventure da Fiat, Fiesta Trail Ford; em seus inúmeros apelos publicitários ignoram os aspectos funcionais do carro como potência, autonomia, ou seja, funcionalidade de modo geral. A preocupação está centrada num possível estilo de vida novo. Esta tendência atual só tem representação estética, nada funcional em relação às linhas normais. Com exceção do automóvel de um tipo exclusivo da Ecoesport 4x4, e obviamente o público-alvo para esta já muda. Nenhum destes novos carros possui um item essencial que configuraria estes modelos esportivos como fora de estrada, que é a tração nas quatro rodas. Ora, os apelos publicitários que fazem com estes carros, em meio da mata, atravessando rios, lamaçais e até beira de praias são puramente emotivos, dando a sensação de que com a aquisição de um deles um novo estilo será possibilitado. O pior é que muitos consumidores ainda pensam que os referidos automóveis possuem tração nas quatro rodas, ignorando um aspecto trivial do valor econômico de um automóvel desta categoria.

A expectativa do consumidor vai além dos apelos racionais, além dos benefícios utilitários. Ernesto Giglio traz exemplo acerca de uma possível liberdade explorada na peça publicitária do sabão em pó: “Por mais estranho que possa parecer unir liberdade com sabão em pó, o trabalho de casa é considerado por muitas mulheres uma escravidão da qual querem se livrar. O produto entra aí como um dos caminhos dessa liberdade”⁵¹. Talvez um sabão com vezes de carta de alforria.

8.3 Percepção

⁵¹ Ernesto M. Giglio, *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada, Ed. Pioneira, São Paulo 2004. p.116.

Os estímulos que provocarão a expectativa são notados através da percepção humana. Estes estímulos são recebidos, selecionados e interpretados pela função perceptiva. No caso das publicidades subliminares não pode ser afirmada esta interpretação.

De um modo geral cada ser humano apresenta percepções diferentes. Diante de uma mesma ocasião, cada indivíduo selecionará e interpretará os estímulos de formas diferentes. Um consumidor vendo a imagem numa primeira vez terá em uma percepção; na segunda vez a percepção dele resultará diferente da primeira.

Diariamente o ser humano está exposto a inúmeros estímulos diferentes, mas apenas aquilo que for mais interessante será captado pela percepção. Para aqueles que trabalham com a publicidade isto não é novidade, conforme já afirmado, além da arte publicitária os publicitários devem ter um vasto conhecimento da psique humana para lograr êxito em suas campanhas.

A publicidade deverá ter total ciência de qual estímulo será enviado à percepção daquele consumidor; caso provoque uma percepção equivocada, o efeito pode ser totalmente inverso ao almejado. Seja numa publicidade institucional ou numa publicidade promocional de pura venda.

Aqui tem explicação a prática de repetição de sons e imagens nas publicidades: quanto mais repetido maior será o estímulo e mais potencializada será a possibilidade da percepção do consumidor⁵².

⁵² *Neuropsicologia tenta aumentar efeito da publicidade –*

“Pesquisadores em ciências cognitivas e em neuropsicologia se colocam a serviço dos publicitários para melhorar a memorização das mensagens comerciais. O primeiro laboratório francês de pesquisa aplicada surgirá em setembro.

A eficácia da publicidade é uma questão de memória. Um mistério que os publicitários tentam desvendar com a ajuda de cientistas especializados no funcionamento do cérebro.

O publicitário Bruno Poyet e dois cientistas, o neurologista Bernard Croisile, responsável por um laboratório de neuropsicologia, e Olivier Koenig, professor de ciências cognitivas na Universidade Lumière de Lyon, são os primeiros franceses a desvendar os sobressaltos do cérebro, a forçar as dobras da memória em benefício dos comerciantes. Um laboratório dedicado à pesquisa em ciências cognitivas aplicadas à publicidade deverá surgir em setembro. Até lá, uma primeira ferramenta deverá permitir que os publicitários aumentem a eficácia de suas criações.

Os três fundadores da firma de pesquisas Impact Mémoire apresentaram nesta quarta-feira em Paris o produto de um trabalho de dois anos que lhes permitiu qualificar o impacto de uma publicidade sobre nossa memória. Seu objetivo é dar assessoria para que as mensagens comerciais que nos enviam penetrem com maior facilidade e mais profundamente em nosso cérebro. Para “inscrever uma marca, um produto ou uma publicidade de maneira duradoura entre os bilhões de informações e de neurônios de nosso cérebro” é preciso avaliar as criações antes de sua difusão, dizem eles.

Os cientistas adaptaram técnicas utilizadas em pesquisa fundamental para avaliar o poder dos diferentes elementos que compõem uma criação publicitária. Suas conclusões permanecem bastante secretas. Sabe-se apenas que cada campanha pode ser submetida a uma lista de 30 critérios de avaliação, através dos quais se mede a presença e a penetração.

A emoção que se desprende de um rosto, o acidente narrativo, as cores violentas tornam mais presentes as “pegadas memoriais” deixadas pela publicidade. Para atingir seu objetivo, todos esses elementos devem imprimir uma marca perene na memória. Somente então o anúncio, o comercial ou o cartaz serão potencialmente eficazes.

O efeito surpresa (uma defasagem visual, por exemplo, um slogan que faz o cérebro trabalhar ou um choque (uma imagem violenta que marca profundamente) poderia acelerar a memorização. Segundo os dois cientistas, as publicidades conteriam em média 15 a 20 elementos capazes de desencadear a mecânica da memória na pessoa que as vêem. Sua avaliação está sendo aperfeiçoada. A prova? A presença de um “acelerador” ainda não garante a memorização eficaz da mensagem comercial.

O choque visual - a visão de vômito, sangue, violência - permite por exemplo provocar uma pegada memorial profunda, mas “ela pode ter um duplo efeito”, explica Poyet, pois “o cérebro tende a evacuar as imagens negativas”, explica Koenig. “Em campanhas como da Benetton, obtém-se um índice muito elevado de memorização, mas as conseqüências negativas são tamanhas que se tornam contraproducentes.”

A pessoa irá se lembrar de um elemento da composição sem reter a mensagem global. A marca publicitária no inconsciente também pode nascer de associações de palavras, imagens, símbolos... Em geral, quanto mais a imagem publicitária remeter a uma imagem conhecida do mundo real, maior a facilidade para lembrar-se dela. “Nossa apreciação do mundo é muito visual”, explica Koenig. Por isso a publicidade que se apóia em elementos já encontrados na vida cotidiana “atrai” e “tranqüiliza” o consumidor.

Por exemplo, testes demonstraram que as pessoas que fechavam os olhos viam reaparecer mais rapidamente logotipos de partidos políticos que lembravam um objeto conhecido (o do Partido Socialista, com o punho e a rosa, o do Partido Comunista, com a foice e o martelo, e até da Frente Nacional, com a chama tricolor) do que outros mais abstratos.

Eles afirmam que a publicidade será mais eficaz na medida em que deixar uma pegada profunda em nosso cérebro, que sua lembrança seja composta de diversos elementos e sua ativação seja regular. A memorização também depende da frequência da difusão da mensagem. É necessário repetir a mensagem para “enfiar o prego”, mas não obrigatoriamente com tanta frequência quanto se acreditava até hoje.

Foi demonstrado que uma mensagem repetida cinco vezes seguida durante cinco dias é memorizada por 68% das pessoas testadas, enquanto a mesma mensagem repetida uma vez por

Entre intervalos comerciais na tevê é observável o aumento do som repentinamente no comercial, justamente para provocar a percepção do consumidor. O movimento da imagem também estimula e busca a atenção.

Um aspecto a ser considerado é a prática do *zapping*; depois da invenção do controle remoto os trabalhos de estimulação pelas publicidades televisivas tiveram que ser revistos e incrementados, ou seja, aumentar ainda mais o número de exposição. O consumidor não tem mais paciência de ficar vendo anúncios televisivos e, com auxílio do controle remoto, nos intervalos de seus programas, muda de forma constante os canais de TV. As propagandas político-partidárias já tomaram ciência disto e, corriqueiramente, por ter ciência que o eleitor irá mudar de canal ao ver uma propaganda, esta é exposta seqüencialmente em vários canais.

O fenômeno também é observável na Internet: ao entrar em qualquer sítio inúmeros anúncios são lançados em face do internauta sem qualquer provocação deste. A intenção também é estimular, por meio de imagens, efeitos, repetidas vezes, a percepção do internauta.

Num primeiro momento os estímulos são captados na consciência do homem, dependendo do grau de importância do estímulo, aquele que tem ligação com alguma expectativa será percebido. Com a

semana durante cinco semanas é memorizada por 86% das pessoas. Assim, a repetição da mesma publicidade é vital para evitar que a lembrança inconsciente se apague, afirmam os cientistas. Em suma, devido a essa descoberta, quando estivermos na loja reconheceremos sem perceber todas as pegadas deixadas pela publicidade em nossa memória: iremos então quase naturalmente em direção ao produto. As primeiras campanhas que incluirão essas recomendações inéditas serão difundidas no outono”.

(Fonte: Le Monde, France de Sexta-feira, 06 de Julho de 2001, Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves)

percepção será o estímulo melhor interpretado, melhor analisado e considerado.

8.3.1 Efeito subliminar da percepção

A percepção subliminar, no conceito de Giglio, será a percepção de estímulos, sem que o sujeito tenha conhecimento consciente. Afirma ainda que pesquisas empíricas e estados hipnóticos sugerem grande capacidade perceptiva do homem sem qualquer consciência. Apesar do conhecimento da existência do fenômeno subliminar peca-se por não existir algo cientificamente comprovado, como visto só há bases empíricas, nada sob um método científico aceitável. Não significa isso inexistência, pelo contrário, a publicidade faz muito uso da subliminarietàade em anúncios.

Considerando estes aspectos da percepção de forma geral, e com a observação do *zapping*, o consumidor atual não mais dá atenção aos anúncios convencionais; recebem os estímulos, mas não adentram na percepção. Observando esta tendência, os publicitários buscam um contra-ataque, seja nos próprios anúncios publicitários ou disfarçadamente dentro de dos próprios programas televisivos.

São excessivas frequências de imagem, sons, cores que buscam não retratar algo convencional e ao mesmo tempo estimular a percepção dos consumidores. Justifica-se da mesma forma os programas televisivos que exploram imagens fortes, de todas as naturezas, barracos e simulações em busca do índice do IBOPE, é o que se conhece por “banalização dos

estímulos”. Certeza apenas se tem é do esquecimento da ética por parte destes que a praticam.

Interessante lembrar o recente caso da vinheta da MTV divulgada entre março e setembro de 2002. Foi comprovado por meio de perícia de criminalista a existência de cenas de sexo, perversão sexual e cenas sadomasoquistas.

Na velocidade em que se passava a vinheta, não era possível por meio do racional, consciente, ver tais cenas; entretanto, no inconsciente foi plenamente percebido. Para isso o Instituto de Criminalística de São Paulo teve de alterar a velocidade da veiculação da fita e ter a certeza do efeito subliminar. Obviamente, que tal caso foi objeto de Ação Civil Pública no Estado de São Paulo por duas promotorias especializadas, a Promotoria de Defesa do Consumidor e a Promotoria de Defesa da Criança e Adolescente, tendo em vista o horário da propagação.

Há outros inúmeros exemplos categoricamente na forma de publicidade, que fazem uso da técnica da percepção subliminar. Houve o fenômeno Pokemón em 16 de dezembro de 1997 no Japão, onde segundo a agência de notícias *Reuters* de 19 de dezembro de 1997, 729 (setecentos e vinte nove) crianças e adolescentes, vinte minutos após terem assistido ao programa passaram mal tendo de ir aos hospitais com o mesmo fenômeno de dificuldade respiratória, vômitos, irritação de olhos, convulsões, leves hemorragias, dores de cabeça e vertigem⁵³.

⁵³ Os dados foram retirados da excelente pesquisa laborada por Daniela Bacellar Fernandes, *Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, Em face das Mensagens Subliminares*, Editora Juruá, Curitiba, 2005. P. 43.

Especialistas da área justificaram tal fenômeno como *Epilepsia Televisiva* ou *Epilepsia Fotossensível*; unânime foi que se trata de uma doença não inédita, entretanto, raríssima.

A existência do uso da percepção subliminar, inclusive pela publicidade subliminar tão presente diariamente nos meios de comunicação é sem dúvida ocasionam um fascinante e apaixonante estudo, principalmente repercutindo na esfera jurídica. Se continuar sendo tratado nesta ocasião, não há dúvida que se perderá o foco e o real objetivo do presente trabalho⁵⁴.

⁵⁴ Recomenda-se o estudo das obras de: Flávio Calazans *Propaganda Subliminar Multimídia*, Summus Editorial, São Paulo, 1992; e Daniela Bacellar Fernandes *Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, Em face das Mensagens Subliminares*, Editora Juruá, Curitiba, 2005.

9 EFEITO SOCIAL DO CONSUMO⁵⁵

Além dos efeitos e conseqüências do consumo, já citados, há de se mencionar um dos mais relevantes efeitos para o consumidor que é a representação social. O que aquele consome vai representar um passaporte social, promovendo sua aceitação em grupos sociais, por estar carregando aquela marca, por estar naquele restaurante etc.

A definição de ‘Representação Social’ tem origem nos estudos de Moscovici, como: formas de conhecimentos socializadas (ou partilhadas por grupos), tendo como lado afetivo e o simbólico. Como conhecimento social, elas são grupais. Como resultado de processos simbólicos, são particulares,

⁵⁵ “CONSUMO E MODISMO - A nobreza diante da dura competição entre seus pares transformou o padrão de consumo; com isso, foi necessário providenciar as reformas das casas de campo em padrões altíssimos e a construção de novas residências próximas da corte, em Londres. Os nobres aperfeiçoaram o seu padrão de hospitalidade, passando a receber outros nobres e os próprios integrantes da monarquia, aumentando seus custos pessoais com decoração, banquetes e roupas. Assim, os bens eram adquiridos para suprir as necessidades imediatas da nobreza, valorizando-se a novidade. O culto à novidade, aos novos padrões de consumo, e o constante processo de variações dos bens e das coisas foram a chave e, talvez, o traço mais característico da origem e do desenvolvimento da moda.

Para LIPOVETSKY, a primeira manifestação do individualismo na sociedade ocidental moderna verificou-se por meio da moda. Mas, o processo de difusão da moda não se fez de forma mecânica: A imitação fez-se de modo seletivo, adaptando-se na burguesia tendências da moda da corte, rejeitando-se outras (vistas como exageradas), a ponto de se formar, no começo do século XVII, uma moda paralela à da corte, mais moderada, correspondendo ao ‘homem correto’, livre de excessos aristocráticos e conforme os valores burgueses de prudência, de medida, de utilidade, de limpeza e de conforto.

Esse modismo ponderado, que recusava as extravagâncias das cortes, desenvolveu a noção de conforto e fez evoluir os padrões de moradia, em busca da privacidade; tinha como referência os padrões da nobreza, mas não reduzidos ao modismo dos nobres, que se caracterizava pelos altos custos, extravagância e demonstração de luxúria. Foi esse novo padrão de modismo ponderado que se estendeu para as classes sociais menos favorecidas e mais populares e, mediante um processo de mimetismo, se consolidou na sociedade moderna, estabelecendo novos estilos de consumo que se transformaram, posteriormente, no consumo de massas.” (*RAÍZES DO CONSUMO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR* - Alcio Manoel de Sousa Figueiredo, Publicada no *Júris Síntese* nº 53 - MAI/JUN de 2005.

porque os símbolos possibilitam uma variedade infinita e são as relações entre o sujeito e o objeto⁵⁶.

Com a representação social não há menor importância o julgamento do consumidor que efetuou o ato de consumo, mas sim o que aquilo irá representar naquele meio social. Este envolvimento entre o individual e o grupal é de fulcral importância para representação social; um conceito de consumo pode partir apenas de uma parte daquele grupo, ou seja, através de um consumidor, individualmente, pode-se identificar as tendências de consumo de um grupo inteiro.

Um fato interessante acerca da representação social são os entendimentos e julgamentos grupais, do mesmo modo que o efeito pode ser positivo gerando uma consumação geral daquele grupo, pode se gerar um efeito negativo, se um grupo forma entendimento pessimista-oposto de determinado produto ou marca, mesmo que não seja verídico.

O famoso efeito “boca-boca” apresenta estes contrastes: um consumidor bem atendido em determinado estabelecimento divulgará e recomendará a três ou quatro pessoas⁵⁷; caso seja mal atendido o efeito será amplificado, pois o consumidor espalhará que foi mal atendido para dez ou mais pessoas e dessas dez mais dez⁵⁸ e desta maneira sucessivamente.

⁵⁶ Moscovici, *Guareshi*, 1994 *apud* Ernesto Giglio.p. 138.

⁵⁷ Dados hipotéticos.

⁵⁸ *Idem*.

O que resulta disto é o arranhão nas imagens das empresas e conseqüentes prejuízos. A recuperação da imagem destas empresas e de suas marcas torna-se tarefa trabalhosa e de alto custo.

Com isso, além da expectativa do consumidor, é fundamental que se consiga aprovação deste no consumo. Até mesmo por considerar que o consumidor tem certo receio de produtos e serviços novos, até cair no gosto dele requer um grande trabalho de marketing.

Freud em seus estudos já considerava a aprovação comportamental do homem. Constava esta na instância do *superego*, o qual se responsabilizava pelo desenvolvimento das experiências desagradáveis das pessoas e das regras familiares. Por Skinner este aspecto era visto como ‘algumas recompensas melhores do que outras’.

E Giglio sintetiza todas estas teorias como todas de representação social, seja por receber um julgamento positivo ou negativo, no passado ou no futuro, reais ou imagináveis.

Isto explica situações em que o consumidor tem o desejo, tem o poder aquisitivo para consumir, tem a oportunidade, mas por um juízo valorativo não concretiza o ato de consumo.

Este efeito social é bastante trabalhado pela publicidade, Dominique Quessada assevera que: “A publicidade comunica a comunhão pelo objeto, ao mesmo tempo em que comunica o objeto da comunhão”⁵⁹.

⁵⁹ Dominique Quessada, *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões*. [tradução Joana Angélica D’Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003. p. 13.

O objeto, melhor dizendo bem de consumo, apresentado diante da publicidade exerce uma função sedativa em face do desejo do consumidor. Jean Baudrillard acrescenta que:

“Será considerado mau todo objeto que não resolva esta culpa de não saber o que quero, de não saber o que sou. Se o objeto me ama (e ele me ama através da publicidade), estou salvo. Assim, a publicidade (como conjunto das public relations) reduz a fragilidade psicológica por meio de uma imensa solicitude, à qual nos respondemos interiorizando a instância que nos solicita, a imensa produtora não só de bens, mas igualmente do calor comunicativo, que é a sociedade global de consumo”⁶⁰.

Reflete isto o poder exercido pelos bens de consumo, pela própria publicidade. Em termos simples estará inserido em determinado meio social pela posse daquele objeto, daquele bem que a publicidade determinou.

9.1 Efeito social da marca

O uso das marcas para se identificar no meio social não é de hoje. Desde a era medieval as famílias já possuíam brasões que já passavam toda uma idéia daqueles que usavam o símbolo.

⁶⁰ Jean Baudrillard, *Le Système des objets*, Deonël/Gonthier, Paris, 1978, p. 202. *apud* Dominique Quessada, *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões*. [tradução Joana Angélica D’Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003. p. 13.

A marca será o diferencial, a identificação diante dos grupos isolados a qual pertence o consumidor. “As marcas apostas às roupas fazem com que estas, sem elas, não tenham nenhum modo de aparecer e de ser vistas (...) permite alguém definir-se a si mesmo e definir outrem imediatamente, segundo uma lógica de signo; dar um identidade a corpos socialmente indiferenciados e roupas semelhantes”⁶¹.

Em verdade, o consumidor sem a marca será indiferenciável, por sua vez a marca também sem o consumidor não terá representação, logo o consumidor tem a marca como marca tem o consumidor.

A significância de um consumidor será relevada, será existente de acordo com as marcas que ele veste, diferente disso seria desaparecer. A marca, o uso desta será tido como um diferencial, uma credencial de acesso a determinados meios sociais.

Quessada vai além e afirma que os fornecedores, na verdade, marcam seus consumidores, mesma idéia quando os vaqueiros marcam seus gados com ferro. O filme da *Marlboro* onde um caubói marca seu gado com ferro, não é por acaso. Através daquela ferroada, daquela marca poderá se identificar aquele gado em qualquer canto, sua procedência, seu proprietário, sua linhagem.

O não acesso à determinada marca gera uma verdadeira exclusão social, o não acesso ao consumo. Isto é notório principalmente em jovens que por algum fator, geralmente econômico, não têm como adquirir tal credencial

⁶¹ Dominique Quessada, *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões*. [tradução Joana Angélica D’Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003. p. 133.

identificadora, uma marca. Com isso ocorre certa frustração, uma exclusão social, uma marginalização.

Dominique Quessada não hesita em afirmar que os consumidores frente a fornecedores e suas marcas, se submetem a um papel de servidão voluntária:

“Na marca, a dupla dimensão de emblema e de nome de Um produz portanto a sujeição cujo rebento é a criação de um grupo ou de um coletivo. A clientela de uma marca representa então um grupo constituído como uma corporação. Cada indivíduo que usa ou exhibe uma marca mostra a servidão voluntária em ação: uma forma de renúncia ao entreconhecimento dado pela palavra, em proveito de um sistema de signos que o representa e o situa como membro de um coletivo unificado pelo nome de Um da marca”⁶²

Os micro-grupos de consumidores delimitados pelas marcas reforçam ainda mais a idéia a ser defendida de não uma publicidade para massa como se prega, mas uma publicidade focando grupos. Nisso os publicitários já têm certeza, a real servidão voluntária de um ao lado e o que é chamado de tirano do outro, ou seja, os fornecedores.

⁶²Dominique Quessada, *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões*. [tradução Joana Angélica D’Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003, p. 149.

10 O MARKETING

A definição dada pela *American Marketing Association* é: “A execução das atividades de negócios que encaminham o fluxo de mercadorias e serviços do produtor aos consumidores finais, industriais e comerciais”. No conceito dado pela associação há nítida referência ao consumidor final, entretanto, o marketing tem seu foco totalmente amplo, não se restringindo apenas ao “consumidor final”.

Cabe ao marketing a análise e estudo do mercado de consumo como um todo, o consumidor e o produto ou serviço em si (reservando o que cabe ao *merchandising*), isto se dá nas fases antes, durante e após o possível estabelecimento de uma relação. Diz-se isto porque o marketing tem o objetivo da relação de consumo, mas ele trabalha em cima de tendências e probabilidades, ou seja, não é porque a relação não se realizou que deixa de ser uma prática marketing. Os números positivos e negativos fazem parte da essência da atividade de marketing.

A figura do produto ou serviço era vista com freqüência em antigas peças publicitárias, aliada à imagem do proprietário e respectivo estabelecimento empresarial. Na época, eram totalmente desconsiderados os anseios e necessidades do consumidor.

Hoje em dia tudo antes de ser produzido ou oferecido no mercado de consumo considera em primeira mão o protagonista ‘consumidor’. Parecia tão óbvio tal enfoque, mas totalmente ignorado. Assim o marketing é trabalhado hoje, cabendo assim o atualizado conceito de marketing dado pelo Prof. Armando Sant’Anna:

*“É o conceito de marketing, que é o conjunto de atividades que são exercidas para criar e levar a mercadoria do produtor ao consumidor final. É atividade **total** de comerciar. Estuda as tendências de mercado, as preferências do consumidor e a distribuição do produto. Marketing é algo que vem antes da mercadoria e vai além da mercadoria”⁶³.*

No momento anterior ao possível lançamento no mercado de consumo, o marketing tem o papel de pesquisar as tendências, verificar os gostos, desejos e opiniões dos consumidores. O produto ou serviço em si também é considerado; este tem que dar uma satisfação mínima a quem possa adquiri-lo. Embalagem, distribuição, armazenagem, transportes também é atividade de marketing.

Considerando as subespécies do marketing, far-se-á referência ao Marketing-mix, Marketing Cultural, Marketing Esportivo e o Marketing da Responsabilidade Social⁶⁴.

10.1 Marketing-mix

⁶³ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 17.

⁶⁴ A questão da Responsabilidade Social hoje em dia está sendo o foco das atenções empresariais, logicamente é um grande papel desenvolvido para a sociedade, entretanto muito difícil diferenciar quando esta vem sendo trabalhada com cunho mercadológico institucional e quando vem sendo essencialmente uma atividade com fim na Responsabilidade Social.

Este tem como escopo o estudo e planejamento a ser utilizado no mercado através de algumas variedades de técnicas e suas combinações. Por exemplo, o uso de um telemarketing somado ao anúncio publicitário.

10.2 Marketing Cultural

A idéia a se ter em mente sobre o marketing cultural é a possibilidade de divulgar a marca da empresa por meio de eventos. Este é o ponto que os profissionais de marketing reclamam, pois as empresas que contratam serviços desta natureza sempre querem um retorno imediato, o que jamais pode ser alcançado com os projetos de marketing cultural e que, além de tudo, necessitam de grandes investimentos.

Os clássicos exemplos são do *Free Jazz Festival*, *Hollywood Rock*, *Skol Beats* etc. Não é mera coincidência os principais utilizadores deste tipo de marketing serem empresas de produtos e serviços nocivos à saúde. Tem-se como principal objetivo neste tipo de marketing buscar uma harmonia, simpatia e consolidar a marca perante o público.

10.3 Marketing Esportivo

Pode se dizer que o marketing esportivo é a categoria que tem as maiores circulações de verba entre as empresas interessadas. A busca pela vinculação de uma empresa e sua marca ao esporte vem se tornando crescente. No Brasil, conhecido como país do futebol, esta afirmativa é

constatável a todo o momento. Como se presencia um ano de copa do mundo (Alemanha) vários exemplos podem ser notados. O consumo sazonal de televisores do Brasil por exemplo, encontrando a acessibilidade aos televisores de plasma (tão desejado)⁶⁵, não é ao acaso.

Agrega-se um maior efeito pelo fato de o futebol ser realmente uma paixão nacional⁶⁶. Como já comentado, provocar os sentimentos do consumidor realmente resulta efeito. O leque neste tipo de marketing é bastante amplo, desde o patrocínio das camisas de um clube até a busca pelos anúncios que passam antes, durante e após a transmissão de um jogo⁶⁷ na TV, é muito disputada. Na Fórmula 1 também é bastante notória a presença do marketing esportivo, e além das próprias empresas que representam suas fábricas diretamente (e lógico fazem seu marketing com isso), estas abrem os espaços para outras de diversas naturezas.

Mais uma vez a coincidência surge, ou seja, as principais empresas que buscam este tipo de marketing são as mesmas que produzem produtos ou prestam serviços nocivos. Destacando-se o cigarro, seguido diretamente pelas bebidas alcoólicas. Além de inúmeras teorias que explicam o retorno disto, o melhor que traduz tal sucesso são os números da

⁶⁵ Para se ter uma idéia, exatos 02 (dois) anos passados (lançamento) o televisor de plasma 42 polegadas no Brasil custava exatamente R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais). Atualmente o mesmo televisor, nas prévias do início da Copa do Mundo pode ser encontrado por R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

⁶⁶ O Bradesco teve a idéia de associar seus cartões de créditos a imagem dos clubes de futebol, vejamos os números: FLAMENGO 49.500 cartões; CORINTHIANS 42.000 cartões; SÃO PAULO 28.000 cartões; PALMEIRAS 25.800 cartões; VASCO 17.000 cartões.

⁶⁷ Alguns exemplos de valores na Copa do Mundo de Futebol: Banco Itaú R\$ 45 milhões; Cerveja Kaiser R\$ 36,5 milhões; Guaraná Brahma R\$ 36,5 milhões Volkswagen; R\$ 36,5 milhões Grendene R\$ 36,5 milhões; Parmalat (top 5 seg) R\$ 9,5 milhões (Capturado em 23/11/2005 “**MARKETING ESPORTIVO -UMA COMUNICAÇÃO SAUDÁVEL**”, <http://mktesportivo.com.br/comunicaud.html>). Não foi fornecido o dado do ano da copa.

lucratividade. Pede-se licença, inclusive, para expor um texto inserido na caixa de cigarros *Free*, o qual fora objeto de uma Ação Civil Pública em Sergipe, devido ao contexto irônico, porque é pertinente sua exposição no corpo do desenvolvimento:

“APROVEITE EM EXCESSO. FUME COM MODERAÇÃO. Ninguém tem o direito de fazer suas escolhas por você. É isso que chamam de liberdade, o ideal mais importante na vida de qualquer um. Free sempre acreditou nisso, respeitando os mais diversos estilos, opiniões, atitudes. Cada um na sua. Então seja livre para fazer o que quiser: cante, ame, dance, crie, apaixone-se, sonhe, aproveite tudo em excesso. E se você decidiu fumar, por que não com moderação? A decisão é sua. Só não deixe de ser quem você é, seja você quem for”⁶⁸.

Cômica é a posição do Brasil em relação ao seu GP de Fórmula 1⁶⁹, todo ano a mesma discussão vem à tona, o CDC proíbe, a Constituição permite, o governo veda, o mesmo governo libera. Coisa que num país sério

⁶⁸ Processo nº 2004.85.00.6306-8 - Classe 5023 - 3ª Vara, Aracajú-SE.

⁶⁹ ESTRATÉGIA DAS FÁBRICAS DE CIGARRO - Muitas companhias de cigarros pelo mundo afora forjaram a sua imagem nos ombros do esporte. O caso mais relevante é do cigarro Marlboro, que utiliza a Fórmula 1 e a Fórmula Indy, eventos de grande envolvimento mundial. A Marlboro não só patrocina os eventos, como também, patrocina pilotos e equipes destas fórmulas. Nestes casos, muitas vezes serve para driblar normas de países que proíbem a propaganda de cigarros e bebidas, tais como, Inglaterra, França e Alemanha. Ainda neste segmento do mercado internacional vale também lembrar das marcas de cigarros Camel, patrocinadora da Lotus e da Gitanes, patrocinadora oficial da equipe Tyrrel. No Brasil, a Souza Cruz conquistou grandes espaços na mídia através do HOLLYWOOD MOTOCROSS no início da década de oitenta, inclusive importando pilotos como o campeão norte-americano Rodney Smith, mesmo tendo Moronguinho, Nivanor di Bernardi, Paraibinha e Paraguaio, as grandes sensações brasileiras. Mais tarde, a Souza Cruz deu seqüência ao trabalho de base neste esporte e começou a fortalecer também o supercross. (Capturado em 23/11/2005 “**MARKETING ESPORTIVO - UMA COMUNICAÇÃO SAUDÁVEL**”, <http://mktesportivo.com.br/comunicasaud.html>)

não ocorre. É apenas mais uma vez a constatação de que o que é limitado é permitido.

No futebol surge a mesma coisa com relação às bebidas⁷⁰, ou seja, com treze graus Gay Lussac pode transmitir a publicidade em determinado horário, acima de determinado grau Gay Lussac fica proibido.

Certeza nisso tudo é que nenhum são-paulino irá comprar um televisor 'Sansung', os corintianos só usam em seus carros pneus da marca 'Firestone' ou 'Goodyear' e nenhum vascaíno irá abastecer seus carros em postos 'Petrobrás'⁷¹. Ironias à parte, há de se convir que a associação de

⁷⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO DO CONSUMIDOR – BEBIDAS ALCOÓLICAS – PROPAGANDA – INFORMAÇÕES SOBRE RISCOS E POTENCIAIS DANOS À SAÚDE – OBRIGATORIEDADE – "Ação civil pública. Direito do consumidor. Propaganda de bebidas alcoólicas. Correta informação acerca dos riscos e potenciais danos que o consumo de bebidas alcoólicas causa à saúde. 1. É possível e exigível do Judiciário, impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional, pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição. 2. O consumo de alcoólicos não interessa só à comunicação social, propaganda e ao comércio de tais produtos, interessa sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular, do direito de informação e de proteção ao consumidor. 3. O comando do art. 9º, do Código do Consumidor, indica os direitos básicos do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo, tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde cuja informação deve ser feita de maneira ostensiva, a despeito da Lei nº 9.294/96 ter deixado de classificar como alcoólicas as bebidas com teor menor que 13 graus Gay Lussac, desviando-se das políticas públicas respectivas. 4. Assegurado o alerta básico em todos os comerciais de produtos alcoólicos, sobre o seu teor alcoólico, de que o consumo de bebidas em excesso pode causar dependência, não deve ser consumido por gestantes e de que é proibida a venda para menores de 18 anos. 5. A ABRABE fica condenada a realizar a publicidade institucional às suas associadas e ao público em geral, em 3 (três) jornais de grande circulação nacional, com uma inserção semanal durante seis meses. 6. A União fica condenada a expedir orientação aos seus órgãos sanitários e do consumidor no sentido de veicular anúncios alertando sobre os malefícios do consumo de bebidas alcoólicas. 7. Parcialmente provido o recurso." (TRF 4ª R. – AC 2002.04.01.000611-1 – PR – 3ª T. – Relª Desª Fed. Marga Inge Barth Tessler – DJU 30.04.2003 – p. 726)JCF.196

⁷¹ Obviamente porque uma empresa poluidora desta categoria não merece tanto respeito.

marcas e instituições esportivas, tem retorno garantido⁷². Não se pode falar o mesmo com relação à saúde dos consumidores.

10.4 Marketing da Responsabilidade Social

Com uma consciência recente por parte de grande parte da população, destacando-se jovens e adultos de bom poder aquisitivo e intelectual, vem-se atentando para problemas sociais.

Questões ambientais, regimes e tipos de mão-de-obra de trabalho, educação, aspectos culturais dentre outros estão sendo vistos com olhos mais atentos em todo o mundo.

Aspectos que têm sido relevados pelos consumidores na aquisição de produtos e serviços, ou seja, produtos e serviços de empresas que não agridam o meio ambiente, apresentem algum projeto social, que tratem seus funcionários dignamente, que investem em cultura e esportes, que não utilizem produtos nocivos ao meio ambiente e ao próprio mercado de consumo. Essas empresas fazem a diferença na hora do ato de consumo.

Alguns preferem levantar uma bandeira de “Responsabilidade Social Empresarial”, como o Instituto Ethos, a intenção e alguns trabalhos desenvolvidos por algumas empresas como a ‘Natura’ são dignos de aplausos; totalmente louváveis.

⁷² A bola de futebol adotada pela FIFA para Copa de 2006 na Alemanha será da marca “Adidas”, com isso a empresa pretende vender pelo mundo todo cerca de 1 milhão de bolas. (Dados colhidos em reportagem na Rádio CBN-SP no dia 07 de dezembro de 2005.)

A Revista *Época* nº 392 de 21 de novembro de 2005, editora Globo, traz como reportagem de capa o título “Militante do Consumo – Por que suas empresas podem ajudar a salvar o planeta”. Sem emitir juízo valorativo sob a intenção da reportagem, esta busca demonstrar uma consciência do consumidor mundialmente e no Brasil.

Valores já abordados acima, e em destaque os aspectos ambientais, têm sido realmente fatores decisivos na hora da compra. Para citar um exemplo, trazido pela própria matéria⁷³ do caso da Nike. Na década de noventa, foi denunciado que a filial da empresa americana no Paquistão fazia uso de mão-de-obra infantil. A repercussão negativa gerou bilhões de dólares em prejuízo, além de arranhar bastante a imagem da empresa em todo mundo.

Um grande trabalho de marketing vem sendo desenvolvido para tentar diminuir o estrago feito à marca. Um dos exemplos é a utilização de papéis recicláveis nas caixas de tênis.

São aspectos realmente relevantes para os perfis atuais de consumidor. A ONG Akatu⁷⁴ de Consumo Consciente, em pesquisa realizada em 2004, constatou que 65% da população brasileira estaria disposta a diminuir seu padrão de vida, alterando suas opções de compra, para comprar de empresas que possuem programas de Responsabilidade Social.

Repete-se, totalmente louvável o papel desenvolvido por algumas empresas preocupadas com o social. Entretanto, isto é um prato cheio para o

⁷³ Revista *Época* de 21 de novembro de 2005, nº 392, editora Globo.

⁷⁴ www.akatu.net/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home.

marketing institucional publicitário, e a preocupação que fica é que se realmente os dados repassados nas publicidades são verídicos; e, ainda, será que o consumidor conseguirá identificar e ter ciência quando se estiver propagando uma mensagem de prestação de contas da responsabilidade social e quando se estiver, efetivamente, fazendo um anúncio publicitário? Ora, mais uma vez tem-se que recorrer à empresa Petrobrás, ou seja, uma das empresas que mais faz uso do marketing institucional publicitário, inclusive de responsabilidade social, e que, apesar disto, é uma das maiores poluidoras no Brasil, ou melhor, a maior.

Como é afirmado na reportagem da Revista Época, na Itália e Alemanha, estes tipos de prática de marketing de responsabilidade social não têm a menor credibilidade, diferente apenas são os norte-americanos.

Uma questão que incomoda bastante são os selos e certificações ‘conquistadas’ por algumas empresas de organizações e institutos. No momento que determinada empresa exhibe a posse de um certificado ou selo em seus meios de comunicação, o consumidor dará uma maior credibilidade e conseqüente será o retorno financeiro para aquela empresa.

Clarificando, entre duas empresas que produzem o mesmo produto, praticamente iguais. Uma delas tem a certificação ou reconhecimento do Instituto Ethos ou algum ISO, a outra nada disso tem.

Parece óbvio que o fator de decisão para escolha seja a existência de alguma marca. É inevitável que, por exemplo, ao se buscar um produto na Internet, entre duas empresas, uma delas logo na página inicial tenha aquele nítido símbolo do Instituto Ethos, por exemplo.

O questionamento que surge é: caso ocorra algum dano de qualquer natureza ao consumidor, condicionado por aquele selo, certificação ou atestado, concorreria tal entidade na responsabilidade? O próprio Instituto Ethos em sua página inicial da Internet faz questão de alertar quanto os limites e uso de sua marca; é obvio que ele busca exercer sua atividade onde não se consegue desvendar a natureza sem querer incorrer nas responsabilidades por isto.

Ocorre que, por exemplo, estará se comprando os produtos da Natura e não da AVON por causa da existência de uma vinculação com o Instituto Ethos. Esse exemplo ocorre corriqueiramente, não há como ignorar.

11 MERCHANDISING⁷⁵

A definição de merchandising é muito mais ampla do que se pensa. De longe a definição se atém à restrita idéia do que ocorre nas práticas de propaganda e publicidade.

É papel do merchandising a análise e planejamento estratégico de um produto ou serviço (especificamente) antes de este ser lançado no mercado. O custo da produção e o preço de um produto, por exemplo, será dado pelo planejamento do merchandising. A orientação para que determinado fornecedor lance no mercado ou não algum produto, considerando possível demanda, também será papel do merchandising.

Mais uma vez é preferível utilizar a definição técnica dada pelo Prof. Armando Sant'Anna: "Merchandising seria, portanto, a preparação da mercadoria para torná-la adequada à necessidade do consumidor e ao seu caminhar pelos canais de distribuição comercial. É o estudo do produto em si"⁷⁶. Para não se confundir com a definição ampla de 'marketing', é interessante ater-se à questão do objeto em si, ou seja, o produto ou serviço que é papel do merchandising.

É ultrapassada a teoria que afirmava que através da publicidade eram criadas as necessidades no consumidor. Há quem defenda que o que é criado é o motivo de compra, o qual seria o nexó entre a necessidade e o

⁷⁵ Tradução Livre: Mercadização: Propagandas de produtos ou marcas (Dicionário Michaelis)

⁷⁶ Armando Sant'Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 21.

produto/serviço⁷⁷. Outros publicitários preferem defender a teoria que o principal papel da publicidade para o consumo é despertar desejos já existentes incutidos na mente do consumidor, muitos podendo ser admitidos como sonhos de consumo⁷⁸. Unânime é a idéia de todos de que o objetivo é a venda de produtos e serviços.

O merchandising, como afirmado, trabalhará justamente no planejamento do produto ou serviço antes de ser lançado no mercado de consumo, devendo ser necessariamente adequado às expectativas/desejos e necessidades do consumidor. Relembra-se que este não se confunde com o marketing, enquanto este tem a preocupação no que e como vender, o merchandising⁷⁹ terá o papel de ‘como’ e ‘por que’ vender.

⁷⁷ Sant’Anna.

⁷⁸ Ernesto M. Giglio. *O Comportamento do Consumidor*, 2ª ed., Rev. e Ampl., São Paulo, 2004, Pioneira Thomson Learning.

⁷⁹ Pela definição dada pela *American Marketing Association* “merchandising” é a operação de planejamento necessária para se pôr no mercado o produto ou serviço certo, no lugar certo, no tempo certo, em quantidade e preço certo.

12 A PROMOÇÃO DE VENDAS

Ligado ainda sobre estas práticas comerciais tem-se aquela que faz o papel de levar o produto ao consumidor, ou seja, a *Promoção de Vendas*. Enquanto a publicidade dirige o consumidor ao produto, ou seja, incute na mente a venda prévia, a *Promoção de Vendas* finaliza este objetivo.

Devido à amplitude das práticas, o imenso leque utilizado para as *Promoções de Vendas* seria necessário um estudo à parte para o tema. Buscar-se-á apenas uma noção básica sob pena de desvirtuar o objeto do estudo.

Tanto como a publicidade, a promoção de vendas tem um relevante papel na indústria e no comércio; a relevância tem um maior grau justamente quando se pensa na *concorrência*. Deve-se concluir com isto não apenas a relação consumidor-fornecedor, mas também as relações verticais e horizontais das empresas entre si.

A idéia é que a promoção de vendas para uma melhor efetividade caminhe paralela à publicidade, ou seja, uma complementando o papel da outra como previsto no tratado marketing-mix. O objetivo principal da promoção de vendas é gerar um estímulo direto (contato direto) a concretizar a venda de um produto ou serviço, para isso Armando Sant'Anna esclarece: “Basicamente a função da promoção de vendas é ocasionar estímulos capazes de fomentar a demanda de um determinado produto, agindo a curto prazo no sentido de construir oferta e explorar a fidelidade à marca e cujos resultados são sentidos de imediato”⁸⁰.

⁸⁰ Armando Sant'Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. p. 25.

Com isso a *Promoção de Vendas*⁸¹ busca em parceria com a publicidade que o produto ou serviço chegue ao consumidor final de forma mais rápida possível, rompendo qualquer barreira e escoando estes produtos ou serviços. Considera-se que também com a *Promoção de Vendas* há uma ampliação ordenada dos produtos e serviços, gerando um ato positivo do consumidor, em outras palavras, o consumo.

Fator preocupante para o qual se tentou vislumbrar solução restou infrutífero. Ou seja, afirmar se o consumidor é fiel ou não à marca⁸². Considerando para isto o tipo de bem, o valor do bem, sua durabilidade etc. Pensou-se inicialmente que para bens não duráveis (ex. alimentos, bebidas, higiene e limpeza) não haveria uma fidelidade à marca, interessando apenas o preço, e obviamente um mínimo de qualidade. Logo, seguindo esta linha, bens duráveis, como um automóvel, a fidelização à marca permaneceria.

Ousando apresentar um exemplo próprio, se concluiu que nem na compra de automóvel há mais fidelidade à marca. Estabelecido um padrão mínimo de preço, motorização, opcionais básicos e por fim uma marca, constatou-se, além da não fidelidade, alguns outros fatores. Primeira constatação, a grande maioria dos consumidores parte da forma de pagamento. Verificou-se o que era óbvio, que as concessionárias vendem um

⁸¹ Alguns métodos de *Promoção de Vendas*: Itens Promocionais, Vale-Brinde, Sorteios, Prêmios, Cuponagem, Amostras, Concursos, Brindes, Packs, Eventos Promocionais, Liquidação, Convenções e Shows, Demonstrações, Degustações, Feiras, Festejos Sazonais, Música Ambiente e Decorações.

⁸² **Consumo econômico** - Pesquisa da consultoria AC Nielsen revela que o consumidor brasileiro está cada vez mais aberto a novas marcas. Em busca de baixos preços (principalmente), marcas tradicionais são obrigadas a baixar a margem de lucro para garantir o volume de vendas, o que é ótimo para o consumidor. Essa nova realidade constatada nos pontos-de-venda faz com que marcas menos conhecidas já representem 50% do mercado de setores como alimentos, bebidas, higiene e limpeza. (Fonte: Valor Econômico s/d).

contrato de financiamento, ou seja, o crédito, o mútuo, e não o automóvel. O veículo fará papel de mais uma garantia do financiamento, dentre outras garantias.

Assim, o consumidor pensa estar comprando um carro, mas em verdade está adquirindo um financiamento, e, pior, não se sabe nem qual a financeira; em verdade não se sabe identificar o fornecedor naquela relação. Imagine que não é raro, naquele contrato, existir uma cessão de crédito ou uma cláusula mandato.

Logo, segue-se para uma outra concessionária, de outra marca. Obviamente que o caminho destas concessionárias estão sendo mapeado pelos chamativos anúncios publicitários de jornais e *folders* distribuídos nos semáforos⁸³.

Tomada lição da primeira experiência, adequado o mínimo padrão do automóvel que se tinha em mente, já experiente o consumidor não se preocupa mais com a marca, mas com as características do contrato de financiamento, questionando desde logo a taxa de juros remuneratórios.

A conclusão é óbvia, não se escolhe mais marca nem dos bens duráveis, mas analisam-se as condições contratuais de financiamento menos onerosas à primeira vista do consumidor.

E tendo ciência que o foco deste estudo é a publicidade, há de se relatar um estranho fenômeno que vem ocorrendo nos anúncios publicitários de automóveis (jornal, panfleto e televisão).

⁸³ Experiência com base na cidade de São Paulo.

A prática atual destes fornecedores é anunciar um preço atrativo ao consumidor. Assim, estabelecido o efeito chamariz o consumidor vai à loja motivado pelo valor publicado, nesta ocasião, querendo comprar pelo preço anunciado. Para surpresa daquele consumidor, ele é informado que aquele preço atraente é para quem financiar praticamente a totalidade do automóvel. Que tal fato induz completamente o consumidor a erro não se tem dúvidas.

Aquela antiga idéia de que pagar algo à vista obteria o preço mais baixo não existe mais, se quiser pagar à vista deverá pagar um preço mais alto do que aquele anunciado.

A explicação é simplória, conforme visto, não se vende mais um bem; o que se vende é o financiamento que é muito mais lucrativo⁸⁴. O preço do veículo a ser financiado reflete aquele anunciado, só que para isto terá que pagar um sinal de 20% e 80% financiado em 48⁸⁵ meses. Ou seja, uns juros compensatórios de média 3% a.m, capitalizados exponencialmente ao final de 48 meses corresponderão a quantos carros?

⁸⁴ Não se busca com isso desvendar o segredo do sucesso das Casas Bahia.

⁸⁵ Porcentagens, juros e quantidades de meses totalmente hipotéticos, porém com base em anúncios.

13 FORMADORES DE OPINIÃO

Faz-se necessário incluir o que faz o “Formador de Opinião” entre as grandes práticas comerciais utilizadas pelos fornecedores de maneira geral. Estes têm um alto poder persuasivo de influenciar a opinião pública. Em regra são pessoas que detêm perante o público um grande respeito e autoridade. Walter Poyares acresce que este tem: “capacidade de aprender e compreender, de situar o particular no geral, de estabelecer ligações, de comunicar com clareza e objetividade”⁸⁶. Um perfil perfeito de jornalistas, pois deve gostar de comunicação dirigida ao povo.

Sob aspecto da responsabilidade, entende-se que se assemelha bastante ao papel que as celebridades desempenham por meio de qualquer tipo de prática comercial. Além de que, estas opiniões da maneira que influenciam o público têm um preço para empresa. Conseqüentemente, o exercício probatório será bastante trabalhoso.

Com isso, apesar de influenciar muito menos com sua imagem, e mais com sua opinião, arcam com alguma responsabilidade. O proveito e aumento de vendas são diretos, entretanto, a mensagem é bastante dissimulada.

Exemplos não faltam, a própria ‘Revista Veja’ faz bastante uso desta prática. É impossível diferenciar o que seja anúncio publicitário e o que seja matéria jornalística. Quando a dissimulação não vem no texto próprio, como valores de produtos ou serviços, endereços e até os sítios da Internet, o

⁸⁶ Walter Poyares *apud* Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. P 37.

anúncio publicitário correspondente à matéria jornalística vem na página seguinte. Na Revista *Época* de 21 de novembro de 2005, nº 392, há uma matéria intitulada “A aposta do futuro” de autoria da jornalista Maria Haman, (fls. 76 –78), coincidência ou não na página seguinte de fl. 79 há um anúncio publicitário do Banco Safra, em específico Safra Seguros, onde se oferece o serviço de previdência privada. Este contém slogan com os seguintes dizeres: “Garanta sua renda no futuro. Conte com a nossa Tradição Secular de Segurança”⁸⁷. Alguma semelhança do título da matéria com o slogan do anúncio publicitário?

⁸⁷ Revista *Época* de 21 de novembro de 2005, nº 392, fl. 79.

14 PUBLICIDADE

14.1 Aspectos psicológicos

A missão principal da publicidade é trabalhar a mente, os aspectos psicológicos do consumidor com fim de realizar a compra. Seria bastante ingenuidade entender que a publicidade apenas cria necessidades, além de ingênuo, bastante restritivo.

O ser humano individualmente possui comportamento diferente do que se estivesse em meio coletivo, na massa. A publicidade atua nos dois campos, entretanto, o trabalho com a massa é mais proveitoso a um custo bem menor. Salvo melhor juízo, entende-se que atualmente há um campo intermediário, ou seja, não isoladamente nem na massa, mas grupos ou focos específicos.

No meio da massa o consumidor individual responde de maneira diferente, se acha parte integrante da entidade que forma um todo que é a massa. Formada por indivíduos, a massa apresenta reações particulares diferente do indivíduo isolado.

O conhecimento do ser humano, ou melhor, o estudo deste, tem total relevância para que seja atingido o objetivo da publicidade. Seja em sã consciência, inconsciência (ou até um limite entre estas), por aspectos emotivos ou racionais, o objetivo é inserir na mente humana a idéia, criando um desejo, despertando a necessidade para que seja realizado o ato de consumo direta ou indiretamente. Armando Sant'Anna acresce ainda que o

conhecimento do ser humano para o trato publicitário deve considerar as necessidades básicas, os desejos, as paixões, os hábitos e motivos de compra.

Bem verdade que o publicitário não tem um contato direto com o seu consumidor, diferente dos vendedores direto, o trabalho do publicitário é trabalhar com o grupo, a massa, limitada ou ilimitada. Com isso os publicitários buscam trabalhar em médias, ou seja, será tratada a média do gosto dos consumidores, das necessidades e desejos, tudo a ser verificado através do importante papel da pesquisa de mercado.

O estudo das ciências humanas, do complexo ser humano, mais uma vez sempre foi e sempre será imprevisível. Não será diferente a análise psicológica do consumidor para a publicidade.

Os publicitários, e logicamente os psicólogos e psiquiatras, têm ciência que os seres humanos estão sempre passíveis de estímulos que repercutem na quebra de seu equilíbrio interior. A defesa, que ao longo desse trabalho vem sendo feita sobre a maior relevância que se dá ao “desejo” em face da “necessidade”, é justificada, ou seja, a presença das duas é verificável, entretanto, o desejo é que movimentará a necessidade. Como bem afirma Sant’Anna: “Concluímos que, para existir excitação, para que haja receptividade ao estímulo, é necessário que realmente exista, no momento, uma disposição a ser perturbada por esse estímulo. Embora as necessidades sejam o motor da conduta, são os desejos (ou interesses) que verdadeiramente põem o motor em ação”⁸⁸.

⁸⁸ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. P 89.

Tem-se a necessidade que causa uma ruptura no equilíbrio do organismo; para suprir determinada necessidade provocada por um estímulo e ter-se-á o desejo; este norteará e conduzirá à satisfação da necessidade. A conduta será de imediato iniciada pelo desejo e em segundo plano pela necessidade. Ensaia-se conclusão que a necessidade repercute diretamente sobre os aspectos fisiológicos humanos e o desejo sobre os aspectos psicológicos. Por isso é comum se afirmar que a necessidade já existe no consumidor, sendo esta despertada pelo desejo fomentado pelas práticas publicitárias.

14.2 Psicologia em prol da prática publicitária

Sem embargo, o apelo psicológico é parte da essência das práticas comerciais, e em destaque da publicidade. Tanto na venda como no anúncio o objetivo principal é criar o ato de consumo. Com isso, além de o processo decorrer de uma necessidade, da consciência da existência desta, o objeto necessitado, o desejo deste objeto e a decisão final das opções suprirão este desejo.

Em primeiro plano ter-se-á a necessidade, do outro lado o objeto desejado que satisfará este desejo. Para que se efetive a compra o desejo deve estar muito latente, pois pode até existir um desejo, mas se este não for tão forte não será concretizado o ato.

Há situações em que fatores externos fazem com que o desejo fique em um plano secundário, o que é bem corriqueiro. Sant'Anna atenta que

motivos de ordem moral, econômica e até mesmo outros desejos podem fazer com que o indivíduo desista ou adie a consumação do ato de consumo.

Os efeitos de certas práticas comerciais e principalmente a publicidade fazem com que o desejo mantenha-se aceso, despertado e mais forte do que qualquer outra influência. A publicidade sob o desejo fará que o possível consumidor sinta uma **vantagem**, uma **satisfação** por aquele produto ou serviço desejado. O algo mais reconhecido na economia, psicologia como no marketing. Isto nada mais é do que um dos outros objetivos da publicidade, das práticas comerciais. Fazer com que o consumidor não se sinta culpado ou arrependido pelo ato de consumo.

Logo, o anúncio publicitário reativará a consciência da necessidade nos consumidores, trabalhando e despertando o desejo, mostrando os atributos, satisfações e vantagens que aquele objeto pode ocasionar de modo que o consumidor chegue a ponto de ter plena convicção de que a aquisição, a compra vale a pena.

Ocorre daí um tênue limite entre a racionalidade e a irracionalidade, na verdade o desejo é quem dita as regras, extra campo racional. Ronaldo Porto Macêdo Júnior em sua obra “Contratos Relacionais e Defesas do Consumidor”, citando Ian Macneil, já fazia um alerta desse estado irracional, o grande professor preferia denominar tal estado de *racionalidade limitada*.

A conclusão de que, na maioria das vezes, o consumo é realizado em estado não totalmente racional, fomentado pelo desejo, não é novidade. Desta maneira o consumidor influenciado por alguma prática buscará não adquirir algo útil, necessário, mas satisfazer seus desejos. Então a clássica

lição da Profa. Dra. Suzana Catta Preta Federighi, com a qual se concorda, vem á tona, ou seja, em resumo, o consumidor esquece da utilidade do que compra e preocupa-se com o que aquela aquisição pode causar ao seu status, ao prestígio no seu meio social, uma menos culpa, a representação por aquilo que se possui, afinal “eu sou aquilo que possuo”. E isto os publicitários sabem e provocam muito bem.

Lança-se mão de técnicas cada vez mais surpreendentes, não há limites, nada é invasivo para os publicitários. Grande parte dos anúncios faz dos consumidores verdadeiros fantoches manipuláveis, seres ‘adestrados’. Tanto os anúncios publicitários como as vendas diretas trabalham com o estado de consciência do consumidor. Armando Sant’Anna destaca quatro estados da consciência, o qual denomina AIDA⁸⁹: Atenção, Interesse, Desejo e Ação, de modo que ao serem atingidos estes estados, o objetivo está praticamente garantido.

Internamente têm-se a necessidade e o instinto do consumidor. O papel exógeno do mercado de consumo é estimular estes fatores internos, obtendo a resposta que é o ato de consumo ou a contratação de um serviço. A publicidade estimula a massa por meio da ciência de suas necessidades fundamentais e os desejos comuns a esta.

Um exemplo de apelo psicológico é entremear os aspectos econômicos aos aspectos comportamentais; as carências afetivas por meio da publicidade são bastante exploradas, com a identificação daquele que assiste à publicidade, a persuasão e a sedução são mais atingidas:

⁸⁹ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. P 91.

“A explicação da origem deste poder de sedução e de manipulação que a publicidade tem para estimular o consumo irracional e desenfreado, tão bem constatado pelos sociólogos da atualidade. Afirma que a publicidade utiliza de estruturas arquetípicas inconscientes em favor do consumo ao criar suas mensagens que levam o sujeito da pós-modernidade a buscar na aquisição de bens materiais a satisfação de suas frustrações emocionais e de seus desejos inconscientes”⁹⁰.

Conclui-se, em cima desta tese, que o consumo torna-se um elemento associável aos tratamentos psiquiátricos e psicológicos. Faz às vezes de um real remédio.

O efeito da publicidade televisiva pode ser explicado também pelos arquétipos, ou seja, ao ver televisão o consumidor geralmente está em momento de lazer, de relaxamento, cenário perfeito para a atuação publicitária. O momento de descontração, que não oferece barreira alguma, as estruturas arquetípicas do inconsciente são manipuladas para resultar no consumo. Basta lembrar que Hitler fazia seus discursos ao entardecer pois sabia que seria melhor absorvido pela mente humana.

Restam dúvidas sobre quem realmente consome o quê e o que é consumido.

Justificam-se determinados atos de consumo, como já afirmado, pela emoção. A afetividade e a carência também se tornam elementos constitutivos dos atos, “os bens de consumo substituem os seres humanos na

⁹⁰ Elizabeth Speers Marcovitch, *A comunicação transcultural nas sociedades globalizadas- O sentido das Publicidades- estudos interdisciplinares*. São Paulo, Ed. Pioneira Thompson Learning , 2005. p. 77.

complementação de nossas carências, adquirindo qualidades e personalidade quase humanas e coisificando o consumidor que passa a ser uma simples máquina de dar lucro ao produtor ao buscar ser feliz por meio dos objetos”⁹¹.

14.2.1 Influências psicológicas

Alguns fatores são utilizados para atingir a massa, estes podem ser trabalhados isoladamente ou até mesmo em conjunto. Dentre estes há a *Sugestão*, a *Imitação* e a *Empatia*.

14.2.1.1 Sugestão – É trabalhada no campo afetivo do ser humano, no campo não racional. Em regra, a sugestão é aceita sem nenhum questionamento, livre de barreiras a idéia externa é absorvida sem um mínimo de resistência.

Há de se considerar que alguns consumidores são mais propensos à sugestão do que os outros. Por outro lado, aquele que dá a sugestão também apresenta um grande papel. Neste cenário é que trabalham as celebridades, os formadores de opinião etc. De acordo com o público-alvo, cada um detém certa credibilidade.

Como Hitler já afirmava que uma mentira muitas vezes repetida vira verdade, no mesmo sentido trabalha a sugestão. Quanto mais repetida

⁹¹Elizabeth Speers Marcovitch, *A comunicação transcultural nas sociedades globalizadas- O sentido das Publicidades- estudos interdisciplinares*. São Paulo, Ed. Pioneira Thompson Learning , 2005, p. 79.

mais propensa a ser aceita. A convicção daquele que sugere, bem como a atmosfera que circunda o objetivo, o ambiente também tem papel importante.

Interessante da sugestão é seu modo de atuação. Esta pode ser direta ou indireta. Na publicidade a forma direta é identificável de pronto, é um convite, uma ordem etc. A forma indireta é preocupante, pois não é identificável; sem pedir licença, de forma simulada entra na mente do consumidor e se deposita e só será manifestada no momento propício. O efeito deste tipo de técnica é fazer que o consumidor pense que adquiriu sem qualquer influência exógena.

14.2.1.2 Imitação – Reflete uma característica que é da essência do ser humano. Comportamentos, crenças, hábitos, tendências são imitados de outros indivíduos; imita-se o que os outros fazem, como os outros agem. Roupas, cortes de cabelo, gestos, modos de falar são constantemente imitados, vale o que está na moda ditado ou conduzido por alguém. Um bom exemplo são as novelas brasileiras; trata-se de um potencial para ser imitado em várias particularidades. Tanto que a publicidade há tempos já percebeu e faz bastante uso das novelas para vitrine de produtos e serviços. Agrega-se mais ainda quando se utilizam celebridades para promover, daí teríamos como afirmado a associação, um mix da ‘sugestão’ com a ‘imitação’.

14.2.1.3 Empatia – Surge da identificação espiritual de uma pessoa com outra. Para Sant’Anna é o aspecto coletivo ou sentimental da sugestão-imitação. Reflete diante de uma coletividade um sentimento que surge e é comum a todos. Empatia significa mais “sentir o que se passa no íntimo”, “sentir dentro” da pessoa ou coisa, que sentir com o indivíduo ou coisa. Pode

ser que a pessoa não esteja expressando sentimento algum, mas esteja em situação que despertaria em nós certo sentimento, se nos achássemos nessa situação. E imaginando-nos em seu lugar, chegamos ao sentimento apropriado à situação. Identificamo-nos com a pessoa. O sentimento de empatia freqüentemente se manifesta no comportamento externo⁹².

O consumidor se põe no lugar de outrem. Isso ocorre corriqueiramente ao se assistir filmes, novelas nos quais o espectador tende a se por no papel de protagonista, do herói do filme, da novela. Verdadeiramente a imaginação ganha asas. Quando dirigido às crianças e até mesmo a idosos, este efeito é potencializado.

O consumidor de forma ampla apresenta-se sob um ciclo onde se insere a necessidade, a obtenção e a satisfação. A necessidade é alimentada pelo desejo, pelo objetivo de satisfazer este, uma paixão. A obtenção espelha a atitude do consumidor adquirir ou bem ou serviço sob o aspecto do que ele irá trabalhar⁹³, se esforçar para chegar este fim. Por fim, a satisfação é a consumação do ato, um certo grau de prazer por ter conseguido suprir a necessidade fomentada pelo desejo.

Fundamenta-se mais uma vez a conclusão que a necessidade é uma manifestação fisiológica do ser humano, ao passo que o desejo é uma manifestação psicológica. E este desejo de adquirir algo muitas vezes se satisfaz apenas no ato de compra, independente da funcionalidade ou utilidade do que foi adquirido. O que esta aquisição representará no meio em que se

⁹² Armando Sant'Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. P 94.

⁹³ Necessariamente, com o aumento da renda do consumidor, este buscará gastar em bens que proporcionem lazer, conforto, luxo, longe de aplicar em necessidades como alimentação, vestuário etc.

vive tem um maior peso do que a função proporcionada. Apesar de exercerem o mesmo papel que é o de transporte, uma Maseratti representa o que o consumidor é, o que ele pode.

Inúmeros são os fatores que devem ser considerados pelos profissionais da publicidade, principalmente, quando se trabalha com a massa ou submassas, ou seja, inúmeros tipos diferentes. Cabe a este profissional um trabalho focado em desejos e necessidades sobre as médias.

15 FOCO DA PUBLICIDADE

Ousa-se discordar daqueles que ainda defendem que a publicidade é lançada a toda uma massa de consumidores indeterminados. É preferido entender que a publicidade hoje trabalha com alvos bem específicos e delimitados. Como causa ou efeito, um fator disso é próprio modelo de produção industrial, o qual será visto.

Com algumas exceções, os produtos e serviços lançados no mercado de consumo apresentam já seu consumidor específico sob mira. Outro fator que pode justificar esta idéia se deve às grandes diferenças sociais e à divisão de renda, principalmente no Brasil.

Obviamente que há exceções. Há produtos, serviços e publicidades lançados, indistintamente, aos consumidores de todas as classes sociais, mantendo a idéia da publicidade para a massa. Como se diz *tem para todos os gostos*. Pegando um exemplo atual que é a telefonia celular: a infinidade de aparelhos e de tipos de planos contratuais busca todas as classes de ‘A’ a ‘Z’. Entretanto, se terá uma publicidade específica, um aparelho específico e um contrato diferente para cada grupo isolado de consumidores. Os empréstimos financeiros também espelham tais práticas; são publicidades, riscos e contratos diferentes para cada submassa ou grupos.

A grande paixão que é o automóvel também exemplifica bem esta teoria. Os canais e meios de anúncios diferenciam-se de acordo com o público focado. Os carros mais simples, antigamente chamados “populares”, e carros usados são anunciados, com maior freqüência, em jornais impressos e televisivos; ou seja, os focos são consumidores que geralmente compram

aqueles tipos de jornais ou estão suscetíveis àqueles horários na televisão. Eles representam o alvo daquele carro.

De um outro lado da escala social não se vê, por exemplo, publicidade e anúncio de Ferrari, Maseratti, Porsche etc. O público destes é bastante restrito e com certeza não se utilizará um meio publicitário para atingir este público alvo, aliás, a restrição vai tão além que na Ferrari não basta ter o dinheiro para comprar o veículo, o pretendente consumidor tem de passar por uma rígida análise de perfil, que não o financeiro, para poder pensar em adquirir o sonho de consumo.

Este foco do público a quem é dirigida a publicidade não se restringe apenas a esta etapa do consumo. Desde a produção nas fábricas até tipos de contratos “flexíveis” se adequam de acordo com o público almejado.

Torna-se lógico que o *briefing*⁹⁴ dado pelo o anunciante, desde logo delimitará o alvo que deve ser atingido.

Como os próprios discursos na propagação do fascismo e nazismo que eram preparados de acordo com o público que se queria atingir. O discurso lançado a uma classe inferior, menos instruída, jamais seria o discurso lançado àqueles que possuíssem um grau de instrução maior sob pena de um grande fracasso. Jamais se está afirmando que não exista dentre a classe inferior pessoas instruídas, e até mesmo intelectuais; o pretendido

⁹⁴ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª Edição, p. 273, explica: “Através do briefing, o anunciante dá à agência os elementos informativos mínimos sobre o produto ou serviço e sobre suas expectativas. Essa massa de informações pode ser dividida em duas grandes categorias: a) elementos descritivos e explicativos, tanto sobre o produto ou serviço como também sobre seu mercado; b) elementos descritivos do modo de atuação da empresa, dos seus objetivos e estratégias”.

apenas é elucidar que mesmo naquele tempo já era necessário focar os alvos publicitários.

Comum entre todos, apesar das diferenças intelectuais, há a vulnerabilidade inerente ao consumidor. Poderia-se, inclusive, ampliar esta vulnerabilidade além do mercado de consumo, pois a técnica da comunicação invasiva é utilizada em várias outras situações. Poderia ser afirmada uma vulnerabilidade mental do homem, do usuário, do cidadão, não só como consumidor.

Mais uma vez retornando ao exemplo dos empréstimos consignados em folha. As campanhas publicitárias de financeiras buscam em específico os aposentados e pensionistas do INSS, ou seja, está bastante focalizado e tem-se dúvida em afirmar que está lançada à massa. Poder-se-ia questionar que se trata de uma massa de aposentados e pensionistas, entretanto, entende-se que seria desvirtuar bastante o conceito de massa. Ora, a grande massa se subdivide em vários segmentos sociais, pode-se afirmar categoricamente que alguns destes segmentos são os aposentados e pensionistas; estes fazem parte de um todo, mas jamais representam o todo.

Há algo ainda interessante nestes anúncios de financeiras em busca de aposentados e pensionistas. Em regra estão utilizando celebridades com aparência e idade do público-alvo. Isto é um outro aspecto utilizado na publicidade, que busca que o consumidor se identifique com a personagem. Além de que o consumidor confiará mais no fornecedor por associar a

celebridade à empresa, como se imaginasse ter sido uma indicação daquela celebridade⁹⁵ e sente-se seguro, garantido pela presença dela.

Dentre outras normas obedecidas para campanha publicitária, e com intuito de fundamentar um pouco mais a “publicidade em foco”, se destacaria a norma que exige conhecer o tipo do consumidor a ser atingido. Sant’Anna atenta ao fato que: “A campanha tem de conseguir identificar-se com o sentir e o critério dos ‘tipos informados’. Aí a ação dos meios consegue sua máxima eficiência. Assim devemos saber quais os compradores potenciais, que costumes eles têm. Onde vivem, quantos são, que evoluções sociais estão experimentando, quais os competidores, que apelos usam”⁹⁶.

Este alvo da campanha publicitária será considerado sob parâmetros sócio-econômicos. Os conhecimentos apenas de sua categoria social, idade e sexo não são suficientes para traçar o perfil. Os hábitos, anseios, motivações e interesses devem ser considerados.

A defesa que a publicidade não trabalha voltada para a massa mas em focos específicos, grupos específicos, não é uma novidade. Dominique Quessada era categórico ao afirmar:

“Já saímos da ‘sociedade de consumo’ que remetia à idéia de consumo de massa. Estamos chegados à era em que o indivíduo fundamenta a unidade de referência do social; inclusive quando se trata de constatar a prevalência dos

⁹⁵ Antônio Fagundes, com a campanha do “Boi Gordo”, que gerou inúmeros prejuízos aos consumidores e Maitê Proença, com a campanha dos anticoncepcionais “microvlar”, que gerou gravidez em inúmeras mulheres, que digam sobre esta credibilidade de celebridade.

⁹⁶ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. P 99.

diversos grupamentos, famílias ou turmas pelas quais o coletivo se vê agora composto, não mais em corpo social unificado, mas como pacotes de indivíduos colados juntos temporariamente por um princípio de identidades revogáveis orquestrado pela ação adesiva, mas indefinidamente reposicionável, das marcas”⁹⁷.

⁹⁷ Dominique Quessada, *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões*. [tradução Joana Angélica D’Avila Melo], São Paulo, Ed. Futura, 2003. p. 17.

16 BREVE SÍNTESE SOBRE O OBJETIVO DA PUBLICIDADE

Entre os fornecedores concorrentes há uma verdadeira guerra para não só manter suas marcas na mente do consumidor como criar o hábito de consumo; logo em primeiro plano está ocupar a mente do consumidor e em seguida ocupar o mercado de consumo.

Esta utilização do termo ‘guerra’ não é ao acaso, a principal arma sem dúvida é a publicidade, mas não se descarta o papel das outras estratégias como os pontos de venda, amostras, cartazes, contato direto dos vendedores, o que forma um verdadeiro exército.

Cada tipo de venda possui sua estratégia; torna-se pertinente observação de Armando Levy ao retratar a estratégia de produtos mais complexos como a adesão de um cartão de crédito ou conta corrente. Diferente de um produto alimentício em degustação em um supermercado, o banco ou cartão de crédito inicialmente fará uso da publicidade televisiva e em seguida atuará com o telemarketing.

Sem embargo é de fundamental importância para a prática da publicidade centralizar análise psicológica do ser humano, em específico do consumidor. Trabalhar com ser humano tem que levar em conta o aspecto da ‘imprevisibilidade’, ou seja, sistemas, fórmulas exatas e estatísticas não podem ser base para a prática publicitária.

Ilusória é a idéia de que se pode medir a eficácia dada por um anúncio publicitário. Há de se lembrar que se está trabalhando com aspectos subjetivos do consumidor. Poder-se-ia se afirmar que o aumento de vendas de

produtos ou serviços seria um ótimo indício para enxergar a eficácia de um anúncio; entretanto; o anúncio foi apenas um fator entre inúmeros que fomentou o ato de consumo, talvez um dos mais importantes, mas não o único.

A sedução é bastante utilizada na publicidade, a qual busca seduzir o consumidor em prol do objetivo “aquisição”. Nesta sedução é que o anunciante corre um grande risco, pois esta aposta pode fazer um efeito inverso. O efeito positivo é o aumento das vendas, atrelados a outros fatores. Um efeito negativo é, além de não conseguir aumento de vendas de supostos novos consumidores, perder os antigos consumidores, e isto é bastante prejudicial.

Não adquirir novos consumidores e ainda perder os antigos, ditos fiéis, pode decretar o fim de uma empresa. A credibilidade de uma marca é tudo para qualquer empresa, o efeito negativo de uma publicidade afeta diretamente esta imagem, esta marca.

Ora, é muito mais fácil seduzir por meio da publicidade do que prestar a informação. A sedução busca a mente sob uma recepção irracional e o coração. Não se tem um mínimo de resistência quando se trabalha com a sedução, já com a informação não se pode afirmar. Há certeza em se afirmar mesmo que a informação é tudo nas relações de consumo, não uma simples informação, mas uma informação como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor exige.

Sob este liame os publicitários, em regra, não fazem uso de uma falsa informação, mas buscam informar apenas aquilo que é interessante para eles, omitindo informações de relevância ao consumidor. “O publicitário não

quer admitir que está confeccionando um feitiço e o público não quer confessar que compra fascinado por isto. Ambos salvam as aparências, escondendo a verdade, chamando ao pequeno idílio sedutor – o *affaire* do charme – assunto de comunicação, de informação, de fatos ”⁹⁸.

É insistente a idéia que no mercado de consumo se realiza o ato em sã consciência, sem nenhum efeito, por razão lógica. Entende-se que isto não é de todo verdade. Os próprios profissionais do marketing em geral têm ciência e admitem que o principal condutor da compra é a “emoção”. Não precisa comentar o que a emoção representa em face da razão.

Depois de efetivado o ato de consumo é que se buscará razão lógica para justificar tal ato, a necessidade, uma lógica. Sem dúvida o ato da compra é em 90% condicionado pela emoção; o fator decisivo da compra não estará fundamentado em razões lógicas e, sim, em estados emocionais e transitoriedade da personalidade do consumidor.

Entende-se a informação como o ponto mais importante abordado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Não é por acaso que o CDC aborda a informação, e em várias categorias e fases da relação enfatiza sua importância e necessidade.

Apesar de ser repetitivo, insiste-se em tentar definir como deveria ser a ‘informação’ tratada no CDC. Assim, entendemos a informação como uma “informação qualificada”. Além dos requisitos impostos pela própria legislação, como: clara, extensiva, em língua portuguesa adequada etc.;

⁹⁸ Armando Sant’Anna, *PROPAGANDA: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Pioneira 1998. P 189.

centraríamos nossa preocupação com o receptor da informação, *in casu*, o consumidor, a interpretação que este terá da informação.

Jamais se poderia aceitar a idéia do direito privado “homem médio” como padrão de consumidor, ainda mais de acordo com os índices atuais de cultura, educação e pobreza do Brasil.

Logo, para aquele consumidor, considerando do mais miserável ao mais rico, a informação deverá chegar em sua mente de maneira clara, legível, entendível, passível, inclusive, de recusa, justamente por ter atingido o intelecto de menor capacidade.

Caso fosse contar quantas vezes o CDC faz esta exigência de informação, perder-se-ia a conta. Pertinente destacar a previsão que se dá como direito básico do artigo 6º, III e o art. 4ºIV do CDC. Estes já seriam suficientes para regular todos os desdobramentos atinentes à relação de consumo, em todas suas fases. Entretanto, o legislador do CDC busca um perfil pedagógico desta lei, logo, faz questão de repetir esta preocupação inúmeras vezes e em diversas situações.

Desse modo, atinentes ao direito material do CDC destacaríamos o artigo 43 referente ao cadastro de consumidores, o artigo 46 do CDC, relativo aos contratos e os artigos 30-37 do CDC, relativo a publicidade, e neste faremos um enfoque.

A importância da publicidade dentro de qualquer mercado de consumo, não só o capitalista, é incontroverso. Poderia dizer que a publicidade é a principal mola propulsora para o escoamento da produção.

Não apenas criação de desejo, mas principalmente a imposição de conduta, comportamento, é objetivada pela publicidade. O estigma do ser social é um alvo principal do efeito publicitário.

Mudando um pouco o foco do aspecto social para o jurídico, entendemos que o CDC trouxe uma grande evolução ao tratamento da matéria, ou seja, como norma poderia ser dito satisfatório. Obviamente a norma com o auxílio de princípios e regras jurídicas, formando o Sistema Jurídico.

O que preocupa é a aplicação da norma aos casos práticos. Relata-se uma grande dificuldade em achar julgados relativos à publicidade na justiça pátria. Até nesse aspecto as agências publicitárias e fornecedores apresentam certa ‘esperteza’, ou seja, não ter uma coisa julgada, precedentes, ou mínimos de evidências de qualquer natureza é sempre objetivado.

Segunda Parte – Aspectos Jurídicos

17 A NORMA

O Direito em si, como é tentado decifrar desde os primeiros anos do curso de graduação, surge da convivência dos indivíduos em sociedade. Já por sociedade podemos entender como no mínimo a relação entre duas pessoas. Utilizando-se do exemplo⁹⁹ da Prof^a. Suzana Catta Preta, o que seria de Robinson Crusóe sem Sexta-feira para obedecer às regras e as imposições daquele? Este mesmo exemplo utilizado pela Prof^a. Maria Helena Diniz em sua dissertação de mestrado, publicada sob tema: *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*¹⁰⁰.

Para a ciência jurídica o direito regulará estas relações intersubjetivas impondo direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, dentre outros. Tudo com objetivo sempre de, mediante situação real e específica, aplicar o melhor direito. Uma harmonia de relacionamento, fundando-se sempre numa definição de igualdade atualmente muito pregada que é ‘tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente’¹⁰¹.

⁹⁹ Questionamento/posicionamento levantado na aula do dia 10/08/2004 deste curso de mestrado PUC-SP.

¹⁰⁰ Maria Helena Diniz, *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, 4^a ed., Editora Saraiva, São Paulo 2003.

¹⁰¹ Interessante lembrar que este ideal de igualdade surge de questionamentos inicialmente de Sócrates e seguido por Aristóteles, diferente do que muitos vêm pregando que a origem recente seria do Direito Alemão.

Ser gregário por natureza, o homem necessita estar em um meio social; características da inteligência, instintos sociais se justificarão em convivência com outros. “A idéia de homem é uma idéia de comunidade: *unus homo, nullus homo*. Com efeito, o homem isolado é uma aberração ou uma exceção”¹⁰².

Nesta associação, nesta socialização é natural que o homem busque se unir. Nisto relações de subordinação, coordenação e integração geram ao mesmo tempo o nascimento de regramentos com fim de regular a convivência no seio social.

Inevitável também no meio social alguns indivíduos apresentarem certas particularidades, aquele que influencia seus próximos, aquele que é influenciado. É certo também neste cenário social o surgimento de indagações e quebra da harmonia. Justifica-se o essencial papel da norma, regular estas interações entre os homens, suas perturbações e reger esta convivência.

Acresce a Prof^a Maria Helena: “Somente as normas de direito podem assegurar as condições de equilíbrio imanentes à própria coexistência dos seres humanos, possibilitando a todos e a cada um o pleno desenvolvimento das suas virtualidades e a consecução do gozo de suas necessidades materiais”¹⁰³.

A intenção de cada sistema jurídico, ou ordenamento jurídico como prefere Norberto Bobbio, é tentar prever cada situação de fato. Então no

¹⁰² Maria Helena Diniz, *O Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*. 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2003. P.18.

¹⁰³ Idem, p. 23.

caso de um confronto de interesses entre indivíduos, ter-se-ia uma norma em específico neste ordenamento, a qual solucionaria tal conflito.

A idéia seria perfeita e aceitável para Hans Kelsen¹⁰⁴ e sua Teoria Pura do Direito, seu tão sonhado *Sistema Fechado*, segundo a qual o sistema jurídico em funcionamento jamais sofreria influência de fatores externos, uma aplicação pura da norma sem levar em conta os demais fatores. Poderia inclusive, falar na *subsunção* automática defendida por Karl Engisch da simples aplicação direta da norma (premissa maior) ao fato (premissa menor).

Sobre o tema “Relações Jurídicas entre Fornecedores e Consumidores. Confronto ou Harmonização nas Decisões Jurídicas Brasileiras - Vulnerabilidade do Consumidor” a candidata a mestre Maura Gomes de Souza é feliz em fazer o comentário:

“O direito passa assumir uma feição que resulta em estruturas como as criadas por Kelsen. Ele entendia o direito como sistema fechado e pronto, trazendo uma visão sistêmica e intrínseca, na qual o direito é formado de normas postas, existentes, concretas e válidas. Kelsen pretende com isso ‘afastar as ingerências sociológicas, filosóficas e jusnaturalistas, dizendo que o direito é puro e independente, pensamento que hoje não condiz com a realidade jurídica, apesar de alguns juristas defenderem este ponto de vista’^{105,106}.

¹⁰⁴ Fase de Kelsen da Teoria Pura do Direito.

¹⁰⁵ Melo, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico* (plano existência), 1998.

¹⁰⁶ Souza, Maura Gomes de *Relações Jurídicas entre Fornecedores e Consumidores. Confronto ou Harmonização nas Decisões Jurídicas Brasileiras - Vulnerabilidade do Consumidor*. p. 42.

Kelsen ainda defendia que se determinado fato não estivesse previsto na norma, no ordenamento, apesar de lesivo, não teria a menor importância. Na mesma esteira gostava de sustentar que isto seria um problema do aplicador da norma, não do ordenamento.

Não se questiona o grande valor científico das obras de Kelsen, aliás, este é tido como um marco na ciência jurídica, mas o sistema fechado não teria lugar no mundo real. Aos olhos de alguns estudiosos, em nosso direito pátrio, como o Prof. Miguel Reale, dever-se-ia considerar o fato, o valor e a norma. Estaríamos então concordando com a famosa teoria do professor de que o Direito possuiria três dimensões.

Logo, a norma jurídica procura prever determinada situação fática. Não impede, porém, que os fatos por ela previstos jamais se concretizem no mundo e, em decorrência, as conseqüências atribuídas não se realizem¹⁰⁷, ou seja, em qualquer relação jurídica entendemos que o fato, em específico, tem a maior relevância para aplicação da norma. Os fatores e qualificações em qualquer relação das partes têm de ser verificados especificamente para cada caso, e não generalizar uma qualificação através de uma pré-compreensão¹⁰⁸. Interessante frisar mais um posicionamento da Prof^a Maura Gomes sobre o assunto:

*“Sem os fatos caracterizados na norma incidente não ocorre o processo eficaz da efetivação da relação jurídica (...)
Da norma geral não se passa imediatamente para a relação*

¹⁰⁷ Souza, Maura Gomes de *Relações Jurídicas entre Fornecedores e Consumidores. Confronto ou Harmonização nas Decisões Jurídicas Brasileiras - Vulnerabilidade do Consumidor*. p. 53.

¹⁰⁸ Ver artigo de Enrique P. Haba, *Precomprensiones, racionalidad y métodos en las resoluciones judiciales*.

jurídica sem interposição de um fato (fato natural ou individual). Se o fato não ocorreu, a norma geral permanece em seu status proposicional, sintático, lógico, o direito-norma não se realiza, não é realidade sócio cultural”¹⁰⁹.

Requer grande trabalho àquele que irá julgar ter o mesmo conceito de igualdade ao aplicar determinada lei, daquele que fez a lei. O Prof. Eros Roberto Grau afirma que para que o julgador possa controlar a observância do princípio da igualdade na criação da lei, ele toma como referência o mesmo critério que deveria ter sido utilizado pelo legislador: a proporcionalidade em seu sentido amplo. Na relação de consumo, há de se verificar a proporcionalidade que possibilitará o alcance à justiça social e à justiça contratual¹¹⁰.

Ademais, fora o aspecto daquele que elaborou a lei e manifestou através destes seus valores e conceitos, vinculado à situação da época. Aquele que irá aplicar a norma seja administrativamente, judicialmente e até em mero juízo interpretativo próprio, dificilmente deixará de lado seus conceitos, valores e suas pré-compreensões. Exemplo disto são os diversos entendimentos judiciais e administrativos sobre casos idênticos. O Prof. Eros Grau salienta ainda que: “Não basta interpretar no sentido de ‘compreender’ mas, é necessário superar-se a própria imprecisão. Impõe-se a identificação dos sentidos que cada expressão e cada palavra adotam em um determinado contexto”¹¹¹. Em termos menos complexos é interpretar a norma buscando o fim a que ela se destina.

¹⁰⁹ Souza, Maura Gomes de *Relações Jurídicas entre Fornecedores e Consumidores. Confronto ou Harmonização nas Decisões Jurídicas Brasileiras - Vulnerabilidade do Consumidor*. p. 53.

¹¹⁰ Grau, Eros Roberto. *Interpretando o Código de Defesa do consumidor; algumas notas*. Revista Direito do Consumidor nº 05, p. 183.

¹¹¹ Idem. P. 183.

Em relação à vontade do legislador, Carlos Maximiliano afirma como uma vontade decrépita. Cabe mais uma vez expor os ensinamentos do Prof. Grau ao tratar da busca da intenção do legislador:

“...na verdade, considera-se que a interpretação supõe a necessidade de buscar-se a vontade do legislador equivaleria a afirmar-se que em todo gabinete onde se desenvolva o ofício jurídico, seria necessária a colaboração de dois tipos profissionais não-jurídicos: um psicólogo, às vezes, um psicanalista, para discernir a vontade do legislador, e em outras hipóteses, algum exercício de kardecismo haveria de ser praticado, dada a impossibilidade de descobrir essa vontade”¹¹².

Respeitando tal ponto de vista, também não pode se ignorar a máxima de que o legislador não diz palavras inúteis.

O estudo e definição da norma, em específico da norma jurídica, sempre estarão em aberto. Cada filósofo, cada cientista jurídico, sempre trará um estudo novo, uma teoria nova ou resgatará as antigas, de modo que faz se necessário uma concentração e estudo exclusivo para tratar de uma destas tantas definições e teorias.

A relação que se busca estudar nesta ocasião é a relação entre o consumidor, fornecedor e o papel do Estado entre eles. Harmonizar as diferenças, os interesses contrários e as perturbações será o buscado tomando como base normas jurídicas já existentes, como a Constituição da República

¹¹² Grau, Eros Roberto. *Interpretando o Código de Defesa do consumidor; algumas notas*. Revista Direito do Consumidor nº 05, p. 183.

Federativa do Brasil – 1988 e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor,
Lei 8.078/90.

18 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

18.1 Liberalismo

Não seria necessário mais do que a Carta Magna para que sejam invocadas a proteção e defesa do consumidor. Bem verdade que a atual Constituição Brasileira é totalmente eivada de ideais liberais, originados do iluminismo fomentador da Revolução Francesa. Com isso poderia concluir previamente que, com base neste ideal, a constituição só iria tender a uma prevalência do mercado, ou seja, do fornecedor.

Não diferente do Direito em sua forma *lato*, também o Direito Constitucional tem sua dinâmica, suas transformações. Uma dessas mudanças tem como momento relevante o período pós-guerra (1914-1918) ainda sob efeito do liberalismo.

A própria idéia de constituição em sua essência tem total vinculação aos ideais liberais, em específico com o surgimento do 'Estado liberal' em face do Absolutismo.

No Liberalismo, a economia e a política se confundem. No âmbito normativo o efeito se dá por meio do constitucionalismo. Com isto surge o *Constitucionalismo Liberal*, onde o Estado de Direito e a supremacia constitucional se sustentam sob a consagração dos direitos e garantias individuais e a clássica divisão de poderes de Montesquieu.

Montesquieu já sob influência do liberalismo limita a atuação do Estado, ou seja, a intervenção, apenas ao poder de julgar e punir. Restando apenas ao executivo a possibilidade de punir aqueles que não cumprissem as leis elaboradas pelo legislativo.

A atitude de separar os poderes é vista como uma maneira de reduzir o poder do Estado, ainda mais enfocado com as prescrições das constituições que pregariam a ausência de democracia caso não existisse a separação dos poderes. Esta separação é vista em alguns momentos históricos como na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, porém o maior enfoque se dá através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789.

A separação dos poderes é manifestada a partir de então em todos os movimentos constitucionalistas. Como exemplo a ser citado, o ilustre James Madison em sua obra “O Federalista”, ao comentar a Constituição norte-americana, defendeu que:

*“A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria tirania”*¹¹³.

Interessante citar que a separação dos poderes é manifesta na Constituição dos Estados Unidos¹¹⁴, que com intuito de não permitir interferências recíprocas nem a transferência ou delegação de poderes, divide

¹¹³ Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, *O Federalista*, XLVII DALLARI *apud* Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP.

¹¹⁴ Recomenda-se a excelente obra acerca sobre o assunto dos professores Anselmo Prieto Alvarez e Wladimir Novaes Filho, *A Constituição dos EUA – Anotada*, Editora LTr, São Paulo 2001.

as atribuições dos três poderes através de artigos, ficando o artigo 1º exclusivo do legislativo, o artigo 2º do executivo e cabendo ao artigo 3º as atribuições do poder judiciário.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu passa a ser vista no meio daqueles que procuravam a democracia através de seus ditames constitucionais como *sistema de freios e contrapesos*. Este sistema admitia que o Estado praticasse dois tipos de atos, os gerais e os especiais.

Os atos gerais seriam aqueles praticados pelo poder legislativo ao emitir suas regras gerais e abstratas, sendo estas sem um alvo específico nem tempo determinado. Desta maneira, entendia-se que não haveria possibilidade deste poder cometer abusos praticando atos diretos a influenciar a vida social, ou ainda privilegiar certas pessoas ou grupos específicos.

Os atos especiais só teriam sua existência, passada a fase de formulação do ato geral, o qual seria encargo do legislativo, como já mencionado. Aqueles, os especiais, eram aplicados através do poder executivo, atos estes totalmente limitados pelo legislativo, não se admitindo um mínimo de discricionariedade.

Para um controle deste limites, ou seja, dos atos gerais que competem ao legislativo e dos atos especiais que competem ao executivo, surge o poder com função fiscalizadora, o poder judiciário, o qual obrigaria cada qual permanecer dentro de seus limites e esferas de competências. De tal maneira ganha corpo a configuração da tripartição dos poderes. Permanece apenas o problema de descobrir quem seria o vigia do vigia.

A filosofia do Liberalismo contava como pedra de toque com a intervenção mínima, quase nula, do Estado no âmbito da economia. É do fisiocrata francês Gournay a célebre frase que justificaria o exacerbado liberal “*Laissez Faire, Laissez Passer*”.

O professor pernambucano Ivo Dantas, acerca do assunto, atenta que: “Por este, nenhuma intervenção do Estado no domínio econômico – por menor que fosse – seria benéfica. As leis econômicas eram vistas como leis naturais, através das quais a *Riqueza das Nações* seria alcançada graças, unicamente, à iniciativa privada dos indivíduos”¹¹⁵.

O respeitável Adam Smith defendia a idéia, que não só para o mercado, mas também para uma sociedade, seu funcionamento se daria através de um mercado competitivo com indivíduos racionais e egoístas buscando seus próprios interesses. Com isso produziriam, sem ter consciência, guiados por uma “mão invisível”, um benefício social maior ao meio.

Tal teoria resultaria não só no aspecto econômico-mercadológico, mas também em um benefício ao meio social, um sistema auto-regulável, equilibrado, e sem qualquer intervenção do Estado.

Para Smith ao Estado só caberiam três funções:

- I. Proteger a sociedade de qualquer violência ou invasão por parte das outras sociedades independentes;

¹¹⁵ Ivo Dantas, *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*, 2ª Ed., Curitiba, Ed. Juruá, 2001, p. 103.

- II. Proteger, tanto quanto possível cada membro da sociedade contra a injustiça ou opressão de qualquer outro membro, uma rigorosa administração da Justiça;
- III. Criar e manter certas obras e instituições públicas que nunca atraiam o interesse privado.

Sob aspectos morais, econômicos e políticos, tido como seus elementos caracterizadores, ganha corpo o ‘Direito Econômico’, o qual preservará acima de tudo a propriedade privada, o sistema de livre empresa e a economia do mercado. Obviamente que sem qualquer intervenção do Estado.

A influência do liberalismo nas normas não teria melhor exemplo que o Código Civil brasileiro de 1916: pode-se afirmar sem erro que o Código de Bevilacqua era um fruto do liberalismo. Pode se afirmar, como uma das maiores expressões da norma de direito privado e individualista brasileiro.

18.2 Surgimento da influência ‘Social’

Com a primeira Constituição Política Social Mexicana em 1917 há um verdadeiro marco histórico para enfraquecimento dos ideais liberais. Seguem este modelo a Constituição de Weimar em 1919 na Alemanha e na Polônia e Iugoslávia em 1921.

Não é causa direta do socialismo, aliás, não pode ser confundido com este, mas sim das inúmeras influências e ideais de diversas naturezas, ou

seja, influências liberais, cristãs e socialistas. Apesar de ser tentador afirmar que a atual Constituição Brasileira é liberal, não seria totalmente verdade. No seu corpo há influências diversas, gerações diversas que correspondiam ao momento político, econômico e social de cada período. Razão esta que justifica a essência democrática da constituição.

Seria sensato concluir como o grande constitucionalista pátrio Paulo Bonavides que: “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”.

Com isso o Estado deixa seu papel de coadjuvante e passa a ter voz, não só por meio da norma, mas também com certo grau de intervenção. A *dignidade da pessoa humana* tem uma melhor expressão, ensaiam-se políticas públicas para que o cidadão não só tenha direito e garantias individuais, mas condições mínimas vitais como, por exemplo, um trabalho. Como muito bem pregado nas lições da graduação pelo grande constitucionalista Paulo Lopo Saraiva, o humanismo acima de tudo, em primeiríssimo plano. A idéia liberal do “*Laissez Faire, Laissez Passer*” cede lugar à idéia social do “*Welfare State*”, o que antes era o direito à propriedade acima de tudo, agora deverá desempenhar uma função social, retrata-se uma intervenção ainda que tímida, mas necessária. A própria Constituição de Weimar ao tratar da propriedade já prescrevia na segunda alínea do artigo 153 que “a propriedade obriga”, ou seja, já seria a obrigação do exercício de uma função social.

No Brasil este efeito, diante das relações privadas, será demonstrado melhor com a edição não só de um atual e recente Código Civil de 2002, mas também com um primeiro impacto causado pelo CDC em 1990. Nos dizeres do saudoso Prof. Miguel Reale, avalizado pelo grande mestre Nelson Nery Júnior, ideais como a eticidade, sociabilidade e a operacionalidade são considerados em primeiro plano na edição deste novo diploma.

18.3 Um perfil atual

Não é tranqüila a tarefa de admitir qual o perfil atual da Constituição de 1988, agrava-se tal fato pela dinamicidade característica do próprio Direito. Do século XVI até o período pós-Primeira Guerra, constatou-se ao longo de tal espaço a mudança que vinha de um Estado Absolutista a um Estado Liberal, cada Estado deste compunha perfis diferentes de Constituições.

Considerável parte da doutrina como Ivo Dantas, Paulo Bonavides, Nelson Saldanha entendem que o presente momento refletiria mais um Estado Social, *in casu*, atual constituição brasileira.

Não desconsideram estes autores o fator da dinamicidade, ou seja, cenário econômico mudando, o que não diferente de outras épocas gerará mudanças no direito, nas normas, por conseguinte, na constituição.

Pode se afirmar, sem embargo, que o atual cenário econômico representa um modelo global, uma globalização. Para os mais liberais apenas

uma nova fase do capitalismo. Salientado que se esta globalização existe, restringe-se apenas à economia e ao mercado. Sendo sustentável também a idéia que a globalização não passa de um *Neocolonialismo*.

Com isso, acredita-se numa norma refletindo este novo modelo, entretanto, com a manutenção do aspecto social. Uma economia no ensaio de globalização respeitando a atuação do Poder Público, uma intervenção mínima. É óbvio que é de difícil conciliação, mas de extrema necessidade, uma harmonização do econômico com um caráter mais humano, mais social. Ivo Dantas considera ainda:

“Desnecessário destacar que esta ação, evidentemente, em obediência aos condicionamentos sociológicos e históricos que se manifestam na Constituição de cada Estado, varia de texto para texto, valendo-se inclusive que se faça referência às transformações por que muitos modelos constitucionais estão passando, como consequência do propalado fenômeno da Globalização, que tem impulsionado a um novo padrão denominado de Neoliberalismo, caracterizado, sobretudo, pela diminuição do tamanho do Estado, deixando-se o econômico e o social, tanto quanto possível, entregues às atividades privadas”¹¹⁶.

18.4 Gerações dos direitos fundamentais

¹¹⁶ Ivo Dantas, *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*, 2ª Ed., Curitiba, Ed. Juruá, 2001, p. 115.

Tratar dos direitos fundamentais na constituição remete aos princípios básicos da Revolução Francesa de 1789, ou seja, Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Observa-se que cada princípio deste terá representação nas diferentes gerações de direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira.

Konrad Hesse, citado por Bonavides, definia os direitos fundamentais em sua forma ampla como aqueles que buscavam criar e manter um padrão mínimo sob critérios da vida em liberdade e a dignidade humana. “Ao lado desta aceção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber, direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”¹¹⁷.

Conforme esta origem liberal já mencionada, ainda mais verificada as origens das gerações de acordo com os ideais da Revolução Francesa, a idéia defendida por Carl Schmitt é de que os direitos fundamentais correspondem ao direito do homem livre e isolado em face do rejeitável intervencionismo do Estado.

18.4.1 Primeira geração

Os direitos fundamentais de primeira geração correspondem à bandeira da Revolução Francesa da Liberdade que, em aspecto normativos,

¹¹⁷ Konrad Hesse, *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*,13, Ergaentze Auflage, Heidelberg, 1982. Apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ªEd, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p.472.

serão representados pelos direitos civis e políticos do homem. Bonavides inclusive afirma que só há constituição se houver estes direitos, ou seja, faz parte do *eidós* de qualquer constituição os direitos políticos e civis.

Estes direitos de primeira geração buscam de forma primordial assegurar ao homem em sua forma isolada, aspectos e direitos que nem o Estado pode questionar. Em outros termos seria o não fazer do Estado em face do cidadão.

18.4.2 Segunda geração

A segunda geração de direitos fundamentais representaria o princípio da igualdade. Correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos. Estes direitos têm origem por volta do século XX, quando os ideais liberais perdiam espaço para o Estado social.

O efeito destes direitos de segunda geração repercute mais um dever do Estado do que um direito propriamente dito do cidadão, tanto que reflete as normas programáticas, a eficácia destas teria uma aplicabilidade mediata através do legislador. Esta aplicação mediata é até justificável de acordo com as condições e carência do Estado. A intenção do texto constitucional e sua idéia são bastante louváveis, mas se tratando de Brasil a aplicação destes direitos sempre terá sua eficácia questionável, não podendo ser diferente diante um Estado falido.

Coincide também esta geração de direitos fundamentais com os movimentos em prol dos trabalhadores, como, por exemplo, a relação

trabalho *versus* capital, conforme o marxismo pregava. Isto justifica a afirmação de Paulo Bonavides ao incluir os direitos coletivos e de coletividade nesta geração; entende-se esta referência ao movimento coletivo dos trabalhadores e não o coletivo e/ou difuso da 3ª Geração, previsto no CDC e na LACP.

18.4.3 Terceira geração

Para grande parte da doutrina como Karel Vasak, Paulo Bonavides, Ivo Dantas e Rodrigo César Rebello Pinho justificam esta terceira geração em função do princípio da fraternidade, fechando assim as gerações de direitos com os ideais da Revolução Francesa.

Entretanto, Etienne-R. Mbaya prefere caracterizar esta geração de direitos como a os referentes à *solidariedade*. Bonavides comentando tal observação de Etienne-R. Mbaya acresce: “Ao contrário de Vasak, a expressão que Etienne-R. Mbaya, o brilhante jusfilósofo de Colônia, formulador do chamado ‘direito ao desenvolvimento’, usa para caracterizar os direitos da terceira geração é a solidariedade e não fraternidade”¹¹⁸.

Os direitos de terceira geração seriam o coroamento final da evolução de trezentos anos da concretização dos direitos fundamentais. Karel Vasak identifica alguns destes direitos de terceira geração: ‘direito ao

¹¹⁸ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ªEd, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p.481.

desenvolvimento, direito à paz, ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação'¹¹⁹.

Esta é a geração de direitos fundamentais de interesse deste trabalho; trata-se de direitos que refletem aos fatos ligados à industrialização, urbanização, ou seja, decorre de conflitos sociais de uma sociedade de massa.

O Direito do Consumidor, ou das relações de consumo, enquadra-se nesta geração, um direito decorrente da sociedade de massa. É a previsão desta defesa não de forma individual, mas em sua coletividade, em termos técnicos 'interesses difusos e coletivos' previsto na constituição e demais leis, em destaque o CDC e a LACP.

¹¹⁹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ªEd, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p.481.

19 O TRATAMENTO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para o Prof. José Afonso da Silva o Direito Constitucional, configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.¹²⁰

Constituição Federal deve ser tida como a lei fundamental e suprema de um Estado, contendo normas referentes a sua estruturação, formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

Embora de forma tímida, o artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988 trouxe disposição sobre a proteção dos consumidores, estabelecendo que “o Estado proverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”¹²¹. Cabe ressaltar que o dispositivo está inserido na Constituição como cláusula pétrea o que nos dizeres de Bonavides representa uma garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau¹²².

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 2002.

¹²¹ Trata-se do artigo 5º, XXXII, CF.

¹²² A garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação dos dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição. A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma. (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª Ed, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p.461)

A lei a que se refere a Constituição Brasileira é a de número 8.078, de 11 de agosto de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), promulgada em cumprimento ao artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Constituição Portuguesa de 1976 foi a primeira a acolher normas de proteção do consumidor, de maneira bastante avançada (artigo 110). Já a Constituição Espanhola de 1978 espelhou-se na de Portugal e prevê proteção semelhante.

Cabe ressaltar que na Carta Magna de 1988, há inserção do direito do consumidor entre os direitos fundamentais. Note-se, ainda, que o artigo 170, V, da CF/1988 elevou a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica.

O Código de Defesa do Consumidor, de origem claramente constitucional, em outros termos enraizado na Constituição Federal, consubstancia-se em uma lei de função social, lei de ordem pública econômica. A entrada em vigor de uma lei com estas características traz como consequência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes à sociedade.¹²³

O artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor dispõe claramente que suas normas são essencialmente dirigidas à proteção de um determinado grupo social – os consumidores – e que se constituem normas de ordem pública, ou seja, inafastáveis pela mera vontade individual. São, portanto, normas de interesse social.

¹²³MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – arts. 1º a 74 – Aspectos materiais*. São Paulo, RT, 2004.

O legislador, buscando garantir a eficácia prática dos novos direitos fundamentais do indivíduo traçados pela Constituição Federal (como os direitos econômicos), incluiu estes objetivos constitucionais em normas ordinárias de direito privado, como se demonstra no próprio Código de Defesa do Consumidor. Devendo ficar ressaltado que o direito do consumidor, como da coletividade, não se insere na divisão de direito público ou privado.

20 ORDEM ECONÔMICA

20.1 Economia X Direito

Tratar de temas do sistema jurídico aliado aos critérios e princípios da economia reflete uma tarefa de difícil ‘compactuação’. Entretanto, faz-se necessário tal envolvimento na busca de uma racionalidade comum.

O filósofo de direito catalão, Albert Calsamiglia, discutiu e enfrentou o assunto em 1987. O enfoque de seu estudo foi aliar a “*Eficiencia y Derecho*”. A temática se desenvolve na eterna tentativa dos economistas quererem ditar regras e questionar os juristas e seus métodos para com o ‘Sistema Jurídico’, ou melhor, a operacionalização do Ordenamento Jurídico.

Considera-se que esse fato se deve à eterna tentativa daqueles que estudam as ciências econômicas e exatas¹²⁴ sempre desconsiderarem o fator humano e social. E, além disso, é tentar enxergar as ciências humanas e sociais sob um olhar lógico-exato.

Para a economia tudo deve funcionar como uma máquina, uma fórmula matemática, sem qualquer influência de fatores externos. Esta ‘lógica’ aplicada à economia e seus sistemas podem até apresentar resultados satisfatórios em vossos campos. Mas, quando se trata de um sistema jurídico, isolar o fator humano é contrariar toda a ciência jurídica, a qual como uma

¹²⁴ Também não se fará qualquer comentário quanto às ciências ‘estatísticas’ e/ou sua real utilidade.

ciência social tem como objeto central de estudo o homem e suas relações intersubjetivas. Destaca-se ainda mais essa visão antropocêntrica quando tratamos da natureza dos Direitos Difusos e Coletivos, os quais englobam o Direito Consumerista.

Como afirmado anteriormente, Adam Smith insistia na idéia de que não só para o mercado, mas também para uma sociedade, seu funcionamento se daria através de um mercado competitivo, em que indivíduos racionais e egoístas, competindo entre si, buscando seus próprios interesses, gerariam um ambiente social e economicamente equilibrado sem ter consciência desse benefício social. Trata-se da “Teoria Econômica de Bem Estar”.

Com isto, sob esta visão dos indivíduos egoístas perseguindo interesses próprios, concorrentes, geraria involuntariamente o bem estar social, por conseguinte a ‘eficiência’¹²⁵ do sistema econômico. Eficiência nestes moldes que os economistas gostariam de aplicar no sistema jurídico. Muito também aproximada à teoria ‘*ordo-liberal*’ da ‘*Escola de Freiburg*’ onde existia a defesa de que para existência de um eficiente funcionamento da economia de mercado era necessário existir uma criteriosa garantia da livre competição.

É onde se nota maior relevância e discussão ao direito do consumidor, justamente quando se chega ao campo da ‘concorrência’ dos fornecedores. Quando não resta mais nada a discutir e argumentar dentre as normas concorrenciais, busca-se o consumidor como ‘laranja’. Acredita-se piamente que muitas associações que se diz de defesa do consumidor são

¹²⁵ Eficiência para os economistas também tem um outro significado, a ser visto posteriormente.

financiadas por fornecedores para incomodarem seus respectivos concorrentes.

Retornando ao aspecto da eficiência do Sistema Jurídico, Casamiglia acresce:

“La eficiencia es un componente de la idea de justicia pero no es el único criterio de justicia. Difícilmente podríamos calificar de justo un sistema totalmente ineficiente o una sociedad que despilfarra recursos básicos que cubren necesidades básicas. Pero los criterios de eficiencia no son los únicos a tener cuenta para calificar un sistema justo. Junto a la eficiencia, los derechos y los objetivos colectivos ocupan un lugar sumamente importante.”¹²⁶

Smith entendia que esta teoria poderia ser útil aos juristas, pois ajudariam a construir modelos que serviriam para interpretar a realidade social. O erro admitido pelo próprio autor nesta teoria é a não possibilidade de aplicar indiscriminadamente a teoria a qualquer fato social.

Tal teoria resultaria não só no aspecto econômico-mercadológico, mas também um benefício ao meio social, um sistema auto-regulável e equilibrado. Ideal comportamental do *homo economicus*.

Uma outra solução dada pelos economistas por um melhor Estado social é o famoso *Ótimo de Pareto*. Para esta teoria o ótimo de Pareto

¹²⁶ Albert Casamiglia, *Eficiência y Derecho* – Doxa 04(1987). Tradução Livre: “A eficiência é um componente da justiça, mas não é o único critério de justiça. Difícilmente poderíamos qualificar de justo um sistema totalmente ineficiente ou uma sociedade que desperdiça recursos básicos que cobrem necessidades básicas. Mas os critérios de eficiência não são os únicos a ter em conta para qualificar um sistema justo. Junto à eficiência, os direitos e os objetivos coletivos ocupam um lugar sumamente importante”

seria atingido se fosse possível aumentar uma utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outra. Em linhas gerais um pobre só poderia melhorar de vida desde que um rico não fosse afetado na sua riqueza/utilidade. E com isso, o mercado nestes moldes também produziria um equilíbrio social.

A idéia defendida pelos economistas é que qualquer sistema deve ser eficiente, seja ele econômico, jurídico ou social. Calsamigla apresenta o seguinte raciocínio, tomando como referência a obra de A. Scholter (*La economía del libre mercado*. Barcelona, Ariel, 1987, p. 140):

*“Otra asunción valorativa importante hace referencia a los criterios de evaluación de una sociedad determinada. Las leyes del mercado competitivo cuyos agentes son individuos egoístas y racionales producen eficiencia social. La eficiencia es el valor por excelencia de un sistema económico (A. Scholter). Sin embargo existe una relación inversa – trade off – entre principios de equidad y de eficiencia. En la medida en que tratemos que la distribución sea equitativa nos alejamos de la eficiencia. Se produce por tanto una caída en picado de la riqueza social. La teoría económica se ha ocupado en los últimos tiempos de este problema. Como tesis generalizada, el hecho de que exista una relación inversa entre equidad y eficiencia no quiere decir que toda la teoría económica esté a favor del principio de eficiencia ni que sea siempre deseable la solución eficiente.”*¹²⁷

¹²⁷ Calsamigla, Albert. *Eficiencia y Derecho*. Tradução livre: “Outra assertiva valorativa importante faz referência aos critérios de avaliação de uma sociedade determinada. As leis do mercado competitivo cujos agentes são indivíduos egoístas e racionais produzem eficiência social. A eficiência é o valor por excelência de um sistema econômico (A. Scholter). Porém, existe uma relação inversa – *trade off* (comércio fora) – entre os princípios da equidade e da eficiência. Na medida em que agimos para que a distribuição seja equitativa, nos distanciamos da eficiência. Produz-se, portanto, uma queda acentuada na riqueza social. A teoria econômica tem se ocupado desse problema nos últimos tempos. Como tese generalizada, o fato de que existia uma relação

Compartilha-se do entendimento de que a eficiência deve ser a medida de um sistema. Entretanto, não que sejam antagônicas, mas ao pensar em ‘equidade’ aliada à ‘eficiência’ destoa-se da realidade. Conforme concluído, quanto mais eficiente uma sociedade menos igualitária esta será.

Desconsiderar o fator humano-comportamental e social foge da realidade, seja num sistema jurídico ou até mesmo econômico. O Próprio Adam Smith, mais uma vez, ao tratar da ‘relação social’ pecou em ignorar totalmente os fatores exógenos ao mercado.

É como os economistas agem, e tendem a estudar a conduta social e humana, como analisam o mercado. Nisso atrevem-se a estudar a Ciência Jurídica sob um mesmo olhar. Como já afirmado a noção de eficiência faz parte do conceito de justiça. Ademais, ao tratarmos as normas dentro de um ordenamento jurídico, deverão estas apresentar mesmo um grau mínimo de eficiência.

20.2 A Economia e o Direito exercendo um papel indissociável

Não há de se negar que as ciências econômicas e as ciências do direito estão freqüentemente em mútua relação. “o econômico e o jurídico se interpenetram, mas eles fazem de um modo que não importa reciprocidade

inversa entre equidade e eficiência não quer dizer que toda a teoria econômica esteja a favor do princípio da eficiência, nem que seja sempre desejável a solução eficiente”.

automática, isto é, na obrigatoriedade de reação igual e contrária, verificadas na interação”¹²⁸.

É óbvio que o direito exerce um papel na economia e *vice-versa*. Só imaginar determinadas políticas públicas econômicas, as quais através das normas asseguram os direitos de propriedade. Normas que regulam a negociação e alienação entre este direito, diante relação entre os agentes econômicos e até mesmo o próprio Estado. Além disso, acrescentam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi que: “definem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição; e regulam tanto a estrutura industrial como a conduta de empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência”¹²⁹.

De extremo interesse para este estudo é este papel de mutualismo entre o direito e a economia, com maior relevância ao se tratar o movimento do mercado, considerando a regulação da relação de consumo e o aspecto concorrencial, o qual inevitavelmente influenciará o ato de consumo. O contrato em si representa um grande exemplo necessário à organização da atividade econômica, uma vez que forma a base de sustentação de muitas transações realizadas no mercado¹³⁰.

¹²⁸ Washington Peluso *apud* Lafayette Josué Petter, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, São Paulo, RT, 2005, p. 26.

¹²⁹ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito Economia e Mercados*. Elsevier – Editora Campus, Rio de Janeiro 2005, p. 12.

¹³⁰ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito Economia e Mercados*. Elsevier – Editora Campus, Rio de Janeiro 2005, p. 13. E continuam: “A importância para economia de um sistema judiciário que proteja contratos e garanta os direitos de propriedade, com base em um sistema de normas coerentes, também pode ser aferida tanto por argumentos lógicos como pela larga evidência empírica hoje acumulada sobre essa relação. Justiça e desenvolvimento econômico estão ligados umbilicalmente, ainda mais depois das reformas liberalizantes levadas a cabo na década de 1990”.

Ideal para economia, sem embargo, é que tanto a propriedade privada como o contrato independente de qualquer coisa fosse assegurado em absoluto; esta segurança geraria um eficiente funcionamento do sistema econômico. Atualmente no cenário jurídico, uma coisa que pode ser afirmada é que o direito de propriedade jamais é absoluto, bem como um contrato é intangível.

Isto pode ser verificado através das atuais políticas públicas bem como a atual constituição brasileira, conforme já exposto, o ideal liberal perde espaço para um ideal de sociabilidade. Atualmente, tanto na economia como no direito, o bem estar social e a eficiência das relações econômicas devem considerar em primeiro plano o bem comum, o bem coletivo.

21 SISTEMA JURÍDICO

De fulcral importância é entender um sistema jurídico¹³¹. Com a noção deste, será facilitado o entendimento de inúmeros tipos de interpretação perante o sistema, suas aberturas, eficiência e o tratamento de possíveis antinomias de regras e ponderações de princípios.

Juarez Freitas conceitua sistema jurídico como: “uma rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático”¹³².

Com maior autoridade Claus-Wilhelm Canaris afirma que: “O sistema cumpre, sobretudo, em particular, duas tarefas na obtenção do Direito: ele contribui para uma plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, portanto mostra as inconseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto

¹³¹ “Percebe-se que ‘sistema’ significa nexos, uma reunião de coisas ou conjuntos de elementos, e *método*, um instrumento de análise. De forma que o sistema não é uma realidade, é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudá-la. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que por sua vez, não é sistemática. Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (repertório) relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura) que variam de concepção para concepção. O que dá coesão ao sistema é a sua estrutura”. (Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª Ed. à luz da Lei 10.406/02, São Paulo, Saraiva, 2005, p.202)

¹³² Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*. 4ª Ed. rev. e ampl., Malheiros, São Paulo 2002. p. 54.

pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas. Por conseqüência, o significado do sistema pode reconhecer-se em todos os graus de obtenção do Direito: na <<complementação de lacunas e na interpretação criativa sistemática>> não menos do que na <<interpretação sistemática>>”¹³³.

Conclui-se com isto que o sistema jurídico deva primar pela sua unidade, devendo, entretanto, ao mesmo tempo ser um sistema aberto. Conforme Eros Grau prega, o sistema somente será racional e, portanto, sistema, se afinado de acordo com sua racionalidade e esta racionalidade aberta para que, como sistema, resulte uma *eficiência e eficácia*.

Cabe frisar que não é porque o sistema é aberto que irá contrariar a idéia do direito positivo. Canaris, inclusive, lembra que: “O Direito positivo é denominado, fundamentalmente, não por um sistema móvel mas antes por um imóvel. No entanto, ele compreende partes móveis”¹³⁴.

O grande mestre português José Joaquim Gomes Canotilho, autoridade no presente assunto, alerta que ao se mencionar um sistema jurídico de direito democrático, obrigatoriamente associa-se à idéia de um sistema normativo aberto de **regras e princípios**. E o professor, em sua clássica obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, explica sua definição¹³⁵:

¹³³ Canaris, Claus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito na Ciência do Direito*, 3ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 283.

¹³⁴ Idem, p. 282.

¹³⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Ed., Livraria Almeida, Coimbra, Portugal, p 1123.

1. É um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas;
2. É um *sistema aberto* porque tem estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça;
3. É um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas, referente a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas (Luhmann);
4. É um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras* (Alexy).

No mesmo sentido que Canaris, também faz um importante alerta Juarez Freitas de que a idéia de abertura no sistema não quer dizer que este seja incompleto, pelo contrário, a abertura implicará na coerência e harmonia do sistema. Longe de um sistema fechado que numa primeira imprevisibilidade se tornaria estático.

O sistema aberto propiciará uma constante movimentação, adequando novos fatores não previsíveis de acordo com a *unidade interior* da ordem jurídica. Isto também não quer dizer que não haja um controle, um limite para o sistema jurídico aberto. Canaris acresce que: “O sistema se encontra sob a dupla reserva de um *controle teleológico* do argumento

sistemático e da possibilidade de um aperfeiçoamento do sistema, em consonância com o princípio de sua abertura”¹³⁶.

Há de se ressaltar que, apesar desta abertura do sistema, seu eixo central, sua unidade jurídica sempre deverá ser preservada. A abertura será para adequar os fatos novos, antes imprevisíveis. Os princípios, valores constituem este núcleo da unidade que irão adequar incoerências e imprevisibilidades.

Ao aplicador da lei caberá buscar por meio da hermenêutica a melhor justiça possível. Inevitável para este exercício de interpretações e confrontações jurídicas certa e necessária carga axiológica. Sendo a boa interpretação aquela que promove a máxima integração com o mínimo de conflito entre os elementos do sistema.

Diante de uma situação poderá ocorrer a verificação de mais de uma regra normativa¹³⁷, ou além de um único princípio configurado na

¹³⁶ Canaris, Claus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito na Ciência do Direito*, 3ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 284.

¹³⁷ Com relação a possíveis antinomias de normas a resolução é menos árdua. Requisito essencial para que haja uma antinomia é a existência de duas normas ao mesmo tempo válidas sobre determinada matéria. Em específico quanto à “Antinomias Jurídicas” não há de se preocupar com as vigências das normas novas e anteriores, mas com a lógica do sistema. Os conflitos de leis se resolvem com a simples revogação de uma das leis ou normas contraditórias.

As antinomias se diferenciam entre aparentes e reais. Nas aparentes há critérios solucionadores. Já quanto às antinomias reais, deverá o aplicador do direito recorrer aos princípios gerais do direito e aos valores predominantes da sociedade.

As antinomias aparentes possuem os seguintes critérios solucionadores:

- a. Critério Hierárquico
- b. Critério Cronológico
- c. Critério da Especialidade

Pode ainda ocorrer uma Antinomia de Segundo Grau, isto ocorre quando há conflito nos critérios solucionadores, podendo ser solucionado da seguinte maneira:

- I. Quando existe conflito entre o critério hierárquico e cronológico - uma norma anterior-superior e uma norma posterior-inferior, o critério aplicado é o hierárquico;
- II. Quando existe conflito entre o critério da especialidade e o cronológico - uma norma anterior-especial e uma posterior geral, prevalece o critério da especialidade;

situação. E isto é plenamente possível de ocorrer, principalmente diante os princípios e regras da Ordem Econômica da Constituição Federal.

Relevante ainda mais, diante das relações de consumo onde é rotineiro surgimento de novas situações não previstas em específico na norma. Exemplo melhor não há diante o complexo comércio eletrônico.

21.1 Funcionamento do Sistema Jurídico com princípios e regras

Grande gerador de discordância e entendimentos diversos é o tratamento dos princípios. Em termos simples trata-se da situação onde se verifica mais de um princípio aplicável a uma mesma situação, ao mesmo fato. A problemática é saber e decidir qual princípio prevalecerá, será mais referenciado em dada situação.

Exemplo clássico, e de interesse, é a constante indagação argüida pelos publicitários e operadores da comunicação: a função da liberdade de expressão (*vide* a censura da ditadura) e a defesa do consumidor em face das publicidades enganosas e abusivas. São dois valores previstos na Constituição Federal, e dada situação um destes deverá prevalecer para solucionar desavença. De um lado tem-se a defesa do consumidor como um princípio constitucional e de outro lado o princípio que resguarda a liberdade de expressão, da não censura. Que pese opiniões contrárias, entende-se uma pseudodivergência principiológica, até porque a prática de promover atos de

III. Quando existe conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade – ambos são critérios fortes, atuando em forma de igualdade – encontramos a Antinomia Real em que a norma superior geral conflita com a inferior-especial. (*vide* Conflito de Normas Maria Helena Diniz).

consumo, que é da publicidade, nada tem haver com liberdade de imprensa ou expressão.

Há algumas formas de solucionar tais divergências entre os princípios. A forma mais encontrada na doutrina e jurisprudência é a ‘ponderações de princípios’, que em termos amplos se resume em uma análise do caso concreto e ver qual o maior valor em situação deva ser priorizado.

Faz-se necessário destacar também que, mesmo havendo o direito de livre manifestação, livre expressão, garantidos na Constituição Federal, o mesmo dispositivo deste artigo 5º assegura o direito à indenização pela violação da vida privada, honra e imagem. Isso redundaria dizer que há uma liberdade de expressão sim, garantida pela constituição, mas aquele que usufrui desta é responsável pelo seu conteúdo, a liberdade de um encerra quando invade a liberdade do outro. Liberdade de expressão não quer dizer ‘imune’ à responsabilização.

21.2 Princípio da Hierarquização Axiológica

Lafayette Josué Petter, seguindo as lições de Juarez Freitas, defende a idéia da utilização de um super princípio (metacritério), denominado *Princípio da Hierarquização Axiológica*. Ousando arriscar uma opinião prévia, entende-se que não deixa de ser a antiga ponderação com uma denominação diferente.

Para Lafayette o princípio da hierarquização axiológica não se confunde com a simples escolha de premissas nos silogismos jurídicos. Trata-

se de critério onde estão subsumidos os demais critérios. Faz vezes de imperativo principiológico que imprime unidade sistemática aos fins jurídicos, promovendo mesmo uma conciliação entre o *a priori* e o *a posteriori*. A descrição do sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios resgata a racionalidade que o Direito perdeu quando, convertido em *poesis*, deixou de ser visualizado como *práxis*¹³⁸.

O princípio da hierarquização axiológica seria figurado entre a norma e a conduta, ou seja, entre o *ser* e o *dever ser*. Como um super princípio do sistema jurídico teria como essência a não contradição, espécie de um imperativo categórico jurídico conformador da lógica. ‘É o grande e universal princípio conformador da lógica e dos sistemas jurídicos’¹³⁹.

Inclusive tal princípio seria solucionador também das antinomias reais. Há de se considerar uma coerência lógica mínima no sistema para que princípios, regras, valores e as mutações históricas possam ser harmonizados.

Diante de dois princípios conflitantes poderá um sobrepor-se ao outro ou ambos se relativizarem em função do princípio da hierarquização axiológica. Isto será possível também devido à abertura do sistema jurídico. Atenta Lafayette que em função disso seria um ilogicismo adotar uma visão onde impere a neutralidade valorativa ou uma axiologização assistemática. Os extremismos nesta situação não terão lugar, o princípio da hierarquização fará o papel de conciliar e aparar as arestas do conflito principiológico, ou de outra

¹³⁸Lafayette Josué Petter, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, São Paulo, RT, 2005, p. 110.

¹³⁹Alexandre Pasqualini citado por Lafayette Josué Petter, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, São Paulo, RT, 2005, p. 111.

natureza. “Trata-se de dever-ser que é predicado e que veda as contradições nefastas, embora tolere o atrito de opostos ou contrários concretos”¹⁴⁰.

Característica da utilização do princípio da hierarquização axiológica no sistema jurídico, na solução de possíveis antagonismos entre princípios, é a possibilidade de a referida solução poder ser revista futuramente em outra ocasião, diga-se em outra situação, pois em relação à ocasião inicial há de ser respeitar a segurança jurídica. Torna-se lógico, pois cada caso é um caso, e as peculiaridades de cada situação, cada detalhe mínimo é que dará fundamento na valoração e conseqüente opção por determinado princípio.

Esta possibilidade assemelha-se bastante com a característica do método interpretativo tópico-sistêmico, ou seja, dada abertura do sistema o método permite fazer uma renovação do entendimento, o qual irá confirmar o entendimento anterior ou alterá-lo em face da dinâmica social, de valores e conseqüente do Direito. Juarez Freitas sintetiza o princípio da hierarquização axiológica com seguintes dizeres:

“o princípio da hierarquização axiológica desempenha consistente papel unificador e sistematizante. Trata-se de indispensável ‘metacritério’ que ordena – em face também de antinomias no plano dos critérios – a prevalência, no caso concreto, do princípio axiologicamente superior, mesmo no conflito (à primeira vista) apenas de regras, viabilizando uma exegese capaz de evitar a autocontradição, bem como resguardando a unidade sintética dos múltiplos

¹⁴⁰ Juarez Freitas, *A interpretação Sistemática do Direito*. 3ª Ed. rev. e ampl., Malheiros, São Paulo 2002. p. 113.

*comandos, culminando por ser, ainda que reflexamente, orientador de exegese rumo à totalidade*¹⁴¹.

Em outros termos é o que sempre quis dizer o professor português Canotilho, ao buscar a justiça deverá o interprete considerar *a priori* a unidade do sistema, a constituição em sua globalidade e adequar, harmonizar os espaços de tensão existentes no sistema. Era o mestre português que já pregava a primazia do ‘princípio da unidade da constituição’. Isto deduz afirmar, que em determinada situação conflitante entre princípios, independe o valor de cada um destes no caso específico. Antes de tudo, a unidade central da constituição, do sistema deve ser preservada.

Na eleição da prevalência de valores e princípios em dada situação, torna-se inevitável certa carga axiológica daquele que estará buscado aplicar a justiça. Neste aspecto é que soam indagações a despeito do grau de discricionariedade dado ao aplicador (ou intérprete) da lei, ou seja, pura tópica. O método tópico isoladamente gera as famosas mutações no sistema jurídico, mutações constitucionais haja vista não considerarem devidamente a unidade central do sistema.

Por outro lado, admitir um sistema totalmente inerte à axiologia do aplicador do direito e aos aspectos dinâmicos e de direito não seria a melhor saída, além de utópico para um sistema. Conforme afirmado, perfeito para os positivistas e para Hans Kelsen em sua teoria pura, onde o problema de lacunas seria do aplicador e não do sistema.

¹⁴¹ Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*. 3ª Ed. rev. e ampl., Malheiros, São Paulo 2002. p. 130.

Outros critérios e métodos interpretativos foram utilizados para tentar resolver possíveis divergências entre princípios, regras e outras espécies normativas. Em sede constitucional destaca-se o trabalho do professor alemão Friedrich Müller apresentado no Brasil por Paulo Bonavides. Entretanto, o método interpretativo considerado até o momento será o tópico-sistêmico. Se ao aplicador restará dar sua carga axiológica, que seja então por meio de um método que assegure a unidade central da Constituição.

21.2.1 Método Tópico

Este método da hermenêutica jurídica é reconduzido por Theodor Viehweg em 1953, de forma renovadora através de sua obra *Topik und Jurisprudenz*. Este fora resultado de indagações diante dos conceitos e funções do Direito, o Estado e a Constituição.

O método já havia sido utilizado muito tempo por Aristóteles, que resumia seu método através do consenso da maioria e verdade evidentes – “o que a todos, ou a grande maioria ou aos doutos se lhes afigurava verdadeiro”¹⁴² – ou então sob a idéia do *common sense*. O *common sense* também foi defendido contra o ideal dos cartesianos e seus métodos matemáticos, através de Vico na Idade Moderna, o que não durou muito, não resistindo e caindo no esquecimento, devido ao domínio filosófico cartesiano.

O que ocorria com o exercício do método era a consideração apenas dos entendimentos dos mestres, os mais sábios. Ou então, com maior

¹⁴² Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993.

freqüência, o entendimento daquele que possuía uma boa oratória, ou melhor, uma boa retórica. “É evidente que não está aqui em causa a busca da verdade, mas antes do <<sucesso retórico>> puramente exterior, portanto do triunfo não poucas vezes bastante fácil sobre o primeiro na discussão ou, ainda, <<apenas do aplauso da multidão>>”¹⁴³.

No entanto o método tópico, como já dito, retorna devido à grande descrença do positivismo racionalista, o Prof. Bonavides acrescenta que:

“Ocorre, porém que a exaustão posterior do positivismo racionalista, a par da descrença generalizada em suas soluções, fez inevitável a ressurreição da tópica como método. Tal se verificou na esfera do Direito há mais de vinte anos, graças a Theodor Viehweg, em razão justamente da insuficiência do método ‘científico’ dos naturalistas e também do malogro das correntes idealistas que procuraram por outras vias resolver com exclusividade o problema do método, afastando-se dos esquemas clássicos de inspiração objetiva”¹⁴⁴.

Assim, através do lema ‘O pensamento jurídico é tópico’, toda a discussão de métodos contemporâneos do Direito iria ter seus critérios revistos. Desta maneira a obra de Viehweg trouxe uma carga de renovação e questionamentos a todos os outros métodos interpretativos.

¹⁴³ Canaris, Claus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito na Ciência do Direito*, 3ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 254.

¹⁴⁴ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993, p. 405.

Na Alemanha a metodologia de interpretação pelos tópicos foi muita bem aceita, em destaque, por parte dos famosos civilistas Wieacker, Esser e Coing. Porém, não foi só os civilistas que aderiram, mas também os constitucionalistas Schneider e Ehmke, através do tema “Princípios de Interpretação Constitucional”, seguidos de outros eminentes juristas como Martin Kriele, Peter Haberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse.

O método desenvolve-se principalmente ao ‘pensar o problema’, trata-se de um estilo de argumentação e de acesso ao objeto a ser interpretado; diferente do que muitos pensam este método não vai de encontro da lógica, este apenas procura diversificar um outro meio de uma busca racional, além do argumento dedutivo.

Ao contrário da tópica, o pensamento sistêmico manifesta-se pelo método dedutivo¹⁴⁵, sendo objetivo da tópica sempre a busca do mais justo através do pensamento de um problema em toda sua complexidade. Nos dizeres de Esser: “ A situação deve ser compreendida em toda sua complexidade, a fim de problematizar-se o ideal de uma solução.”¹⁴⁶.

Para isto fazia-se necessário identificar os *topoi* ou *loci*, determinado por Esser como ‘pontos de vista pragmáticos de justiça material’, ou ainda de ‘estabelecimento de fins jurídico-político’ e na acepção clássica ‘pontos retóricos de partida para argumentação do problema’.

¹⁴⁵ Maria Helena Diniz entende o Método Dedutivo como um Método Discursivo – quando o espírito marcha por etapas mediante um procedimento escalonado de verificações e inferências mediatas e indiretas.(Maria Helena Diniz, *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, 4ª ed., Editora Saraiva, São Paulo 2003, p.09).

¹⁴⁶ ESSER, Joseph. *Vorverständnis und Methodenwahrheit in der Rechtsfindung.*, Frankfurt am Main, 1972, p.155. *Apud* Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993.

Por Viehweg a tópica traduzia-se numa maneira de pensar o problema, através de uma técnica mental que focaria aquele. Já a clássica, ou seja, a antiga tópica não passaria de uma mera técnica de argumentação. Assim a idéia de Viehweg era tratar e conhecer o problema através de debates e da descoberta de argumentos e métodos de argumentação, procurando solucionar o problema. Bonavides acrescenta, de acordo com a situação da Ciência do Direito na década de 50 que:

*“A investigação crítica das causas e origens da tópica dificilmente pode ignorar o estado que se encontrava a Ciência do Direito na década de 50. A surpreendente renovação das reflexões jusnaturalistas, desde a conversão de Radbrunch ao direito natural, produzia resultados aquém das expectativas”*¹⁴⁷.

Houve esperança de que o movimento vingasse, pois o positivismo jurídico e suas escolas não se encontravam numa boa situação de crença por parte de sua metodologia e doutrina. Há aqueles que diziam que a descrença do positivismo justificaria o advento da tópica na medida em que lhe foi possível abranger toda a realidade do direito, o que fora salientado por Kriele ‘de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis’. Observa-se então, com base na citação de Bonavides, que tanto o positivismo como o jusnaturalismo não estava agradando por meio de seus métodos interpretativos.

A metodologia tópica já vinha sendo desenvolvida na Europa Continental através da jurisprudência dos interesses e na escola livre do

¹⁴⁷ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993.

direito. A retomada por Viehweg da tópica deu maior ensejo para estas escolas diante suas variantes da hermenêutica e do Direito Constitucional.

Já o direito anglo-americano revelaria o método, o qual faltava no direito codificado europeu. O que teoricamente através de Ihering já havia, segundo Viehweg, pela jurisprudência dos interesses.

A jurisprudência dos interesses tem sua parcela de contribuição, pois já na Alemanha não se considerava a mera subsunção sob termos lógicos e formais da legislação. Há uma busca por parte dos aplicadores do direito na real intenção do que busca a norma, qual era seu fim buscado em sua criação, sua concepção, ou seja, o aplicador da lei perderia o papel de mero observador, função de mera subsunção. Assim, passava a investigar além de tudo, conhecer os interesses reais e motivadores da criação daquela norma. Karl Larenz acresce que:

“À Jurisprudência dos interesses estava destinado, na prática jurídica alemã, um sucesso invulgar (FIKENTSCHER). Com o decurso do tempo, revolucionou efetivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão somente em termos lógico-formais, pelo de um juízo de ponderação de uma situação de facto complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica (HUBMANN)”¹⁴⁸.

¹⁴⁸ LARENZ, Karl. *Conceito de Direito*. 4ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, p. 76-77.

Diedrichsen defendia que, apesar do sistema anglo-americano “*case law*” ser estruturalmente de natureza tópica, não quer dizer que jurisprudência dos interesses se limita apenas a este método interpretativo, e ainda ressaltava que: “... seríamos injustos com a jurisprudência se estreitássemos de modo unilateral seu conceito de sistema e, enfim, a tópica nenhum método representa em condições de fazer mais segura a aplicação do direito”¹⁴⁹. Já Canaris entendia que esta seria válida em casos específicos, como o de lacunas na lei onde inexistisse valoração do direito positivo.

Enfim, críticas e apoios ao método da tópica sempre existiram, importando, no entanto, que todos os meios interpretativos poderiam ser utilizados desde que convenham ao esclarecimento e solução do problema. A abertura metodológica é completa e argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de ‘compreensão prévia’ (*Vorverständnis*), tanto do problema como da Constituição¹⁵⁰.

Devendo ficar entendido sobre o *Método Interpretativo dos Tópicos* que este se trata de uma tendência metodológica que surge na Alemanha com intuito de programar novos meios e métodos interpretativos para as Constituições.

A preocupação com a tópica, muita bem trabalhada por Canaris, se dava em aspectos relevantes. Inicialmente porque a tópica não possuía uma preocupação com os ideais e princípios previstos no ordenamento, ainda que

¹⁴⁹ Diedrichsen *apud* Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993. p. 411.

¹⁵⁰ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993. p. 411.

mínimo. Outro aspecto relevante seria a não determinação para o uso do método, ou seja, seria no exercício legislativo ou na aplicação do direito, em específico no aspecto decisório?

De qualquer modo, apesar de apresentar algumas críticas, a tópica aliada ao pensamento sistemático tem um grande papel principalmente onde o sistema não prevê normas específicas e necessite de valorização do intérprete e discussão do problema em si. Ademais, o método tópico jamais busca impor uma decisão, e sim uma proposta de decisão, não há uma pretensão vinculativa ou de ter vez de um direito vigente. O papel de visualizar o problema será tido nas situações que faltem previsões jurídico-positivas suficientemente concretizadas, será o momento em que o juiz fará vezes de legislador.

21.2.2 Método Racionalista de Concretização

Ciente de que a tópica, a exemplo da jurisprudência dos interesses e da escola livre do direito que entrara em crise, surgem os juristas comprometidos com a teoria da matéria da constituição desenvolver um método que tivesse uma maior potência teórica e alicerces mais seguros/concretos através da teoria material do Direito. Aliando também a uma busca de um conceito mais flexível e dinâmico do Direito Constitucional atinente às exigências da época e à crescente fluidez da realidade social.

Há de se intitular como pai do método racionalista de interpretação constitucional o Prof. Friedrich Müller da Universidade de Heidelberg, na Alemanha. O professor, através de seu método racionalista de

interpretação objetiva, deixa estruturada uma hermenêutica que traduza o conteúdo constitucional sem perder um mínimo de eficácia, apresentando-se de maneira concreta e com seus vínculos indissolúveis fora da própria antinomia tradicional por onde se operava a separação entre a Constituição formal e material¹⁵¹.

21.2.3 Método Concretista de Inspiração Tópica

Como foi já exposto, o método de interpretação constitucional concretista tem como idealizador o Prof. Müller, este utilizou como base de seu método o método dos tópicos, logicamente procurando reparar as possíveis falhas diante das críticas.

O professor procurou estruturar e racionalizar a concretização da norma, “... de modo que a atividade interpretativa, deixada aberta pela tópica, possa com a racionalização metodológica ficar vinculada, não se dissolvendo, por conseguinte o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional”¹⁵².

A norma jurídica é tida pelos concretistas como algo além do enunciado normativo, cabendo à concretização, como método de interpretação, decifrar seu objetivo, diferente do que ocorria com os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica. Esta busca para decifrar o objetivo do

¹⁵¹ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993. p. 411.

¹⁵² Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993. p. 411.

enunciado normativo, assemelha-se com o método da jurisprudência dos interesses, só que neste o buscado era focado pelas razões do legislador.

O método do concretismo tem sua base fixada em críticas e reflexões da jurisprudência do Tribunal Constitucional de Karlsruhe. As decisões deste tribunal apresentavam um perfil pragmático e concretista além de que um pouco eivada ao dogma pandectista e voluntarista¹⁵³ do século XIX da Alemanha. Müller considerava isto inaceitável para sua metodologia como instrumento de interpretação e compreensão das Constituições.

Não caberia um método da concretização por meio de métodos voluntaristas, o que resultava através da hermenêutica clássica uma interpretação que resultaria na vontade objetiva da lei. Além de que Bonavides, ao comentar o método de Muller, afirmava que:

“O erro se agravava na medida que o Tribunal contraditoriamente se arreda dos esquemas tradicionais e introduz, nos arestos de seus juízes, componentes extraídos da teoria material da Constituição e das vias concretistas, quais por exemplos alguns topoi ou ponto de vista, como princípio da unidade da Constituição e a chamada ‘natureza das coisas’, estes ainda compatíveis com as regras interpretativas formuladas por Savigny. Mas há outros inteiramente afastados dessa hermenêutica, conforme os que Müller a seguir declina: a necessidade de um resultado conforme a coisa, a possibilidade da mudança de importância de uma norma constitucional com base na matéria a ser regulada pela norma e pela decisão, a consideração de concatenações históricas, políticas e

¹⁵³ Friedrich Müller *apud* Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*.

científico-sociais reputadas as mais importantes para alcançar afinal a decisão”¹⁵⁴.

A intenção de Müller sempre foi evitar a possibilidade da separação entre as Constituições Formal e a Material. Além da eterna discussão do confronto da realidade como norma jurídica. Reflete a problemática da metodologia concretista ao interpretar e aplicar a norma, ou seja, evitar sempre a separação do caráter material e formal da constituição.

A identificação do método é de extrema relevância para o controle de constitucionalidade das leis e aplicação desta, através de seus meios interpretativos tornando-se um eficaz meio para o judiciário com fito de evitar a declaração de nulidades destas. Relevando ser frisado que este método, não diminui o mérito do legislativo que elaborou aquela norma, nem o judiciário que interpreta, conhece e aplica a lei diante sua constitucionalidade.

21.2.4 Um método ideal - Método Tópico-sistêmico

A solução foi aliar os aspectos tópicos e sistêmicos como método mais adequado a solucionar os percalços do sistema jurídico, sendo o princípio da hierarquização axiológica um dos propiciadores da solução sob o método tópico-sistêmico.

¹⁵⁴ Bonavides citando F. Muller em *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 4ª Ed., São Paulo 1993.

É sistemático devido à constância do metacritério (princípio da hierarquização axiológica), que solucionará e fundamentará o processo de compreensão, e tópico porque a interpretação acontece como processo empírico e aporético, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos por força da interpretação do intérprete na decisão eletiva entre os sentidos necessariamente múltiplos¹⁵⁵. Canaris defende a utilização dos dois pensamentos e assevera:

*“A oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista. Ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente interpenetrando-se, até, em parte”*¹⁵⁶.

Com isso, deve ser sistemático, reconhecendo a abertura e a previsão de determinadas situações factual e/ou de conflitos principiológicos, exercitando sua *adequação* e tópico, pois abriria ao aplicador certo grau de valoração, mas sempre respeitando o princípio da unidade central do sistema.

21.3 Aplicação na Ordem Econômica

Conforme já comentado, a probabilidade de ocorrer um encontro principiológico aumenta no capítulo da Constituição brasileira que trata da Ordem Econômica.

¹⁵⁵ Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*. 3ª Ed. rev. e ampl., Malheiros, São Paulo 2002. p. 151.

¹⁵⁶ Canaris, Claus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito na Ciência do Direito*, 3ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 254.

Um dos principais fatores, conforme traçado o perfil da atual constituição, é a existência de ideais liberais e outros de natureza sociais. Espelhando desta maneira um perfil social democrata. Logo, diante este mesmo contexto há de se harmonizar princípios como o da propriedade privada, livre iniciativa com princípios como função social da propriedade, livre concorrência, dignidade da pessoa humana, defesa do consumidor; dentre outros princípios.

A Constituição de 1988 não deixa qualquer margem de dúvida acerca da autonomia da sociedade e do indivíduo em face do Estado; é um dos pilares básicos da constituição, entretanto, esta mesma constituição dá também ao Estado o poder de intervir na economia, seja através da edição de normas, regulando por meio de fiscalização, planejamentos e até incentivos. Eis um excelente cenário para que os princípios desta ordem entrem em contradição.

Karl Engisch afirma que a contradição principiológica é um fenômeno inevitável, na medida em que constitui reflexo natural das desarmonias que surgem numa ordem jurídica, pois na constituição dela tomam parte diferentes idéias fundamentais entre as quais se pode estabelecer o conflito. O texto constitucional constitui uma síntese final que enlaça e positiva as idéias de diversas tendências e segmentos sociais que ali se fazem representar, como bem cabe em um regime democrático¹⁵⁷.

Há de ser ter ciência que o artigo 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica, jamais poderá ser lido isoladamente; deve-se considerar em primeiro plano o artigo 1º da Lei Maior o qual prega os valores

¹⁵⁷ Karl Engisch citado por Lafayette Josué Petter, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, São Paulo, RT, 2005, p. 146.

primordiais, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, ideal de justiça social e principalmente a **‘dignidade da pessoa humana’**. Entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impera em qualquer tipo de hierarquia, em qualquer ponderação principiológica, ou seja, um meta princípio.

22 PRINCÍPIOS E REGRAS

Faz-se necessário uma superficial abordagem acerca dos princípios e regras dentro de um sistema jurídico. Não só pela necessidade do

tema no que tange o direito constitucional e sua ordem econômica, mas também para abordar considerações que vêm sendo feitas ao CDC, como lei principiológica e também como um microssistema jurídico.

A polêmica acerca de diferenciações entre princípios e regras, suas funções no sistema, suas ponderações e antinomias estão longe de chegar a um ponto pacífico. De modo que, diante de vasto e apaixonante assunto, buscar-se-ão alguns pontos julgados mais pertinentes ao foco desse estudo, ou seja, a relação de consumo.

A polêmica é tamanha que Hebert L. A. Hart nos seu pós-escrito¹⁵⁸ da obra *O Conceito de Direito*, já considera a crítica direta de Dworkin àquela obra, exatamente porque Hart desconsidera os princípios no sistema jurídico.

Sábias as palavras do Prof. Canotilho ao afirmar que para se ter um sistema jurídico do Estado democrático só é admissível se este sistema normativo for aberto de regras e princípios. O mesmo mestre explica ponto-a-ponto esta definição. Inicialmente é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas. É aberto devido a sua estrutura dialógica, ou seja, aliado a sua dinâmica permite a capacidade e mudanças e aprendizagem abertas ‘as concepções cambiantes da verdade e da justiça¹⁵⁹. Normativo porque devido às expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas serem feitas por meio da norma. E, enfim, é um sistema de regras e princípios, pois a norma pode ser manifestada sob a forma de um desses. Não se quer excluir

¹⁵⁸ Hebert L. A. Hart, *O Conceito de Direito*, 4ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de A Ribeiro Mendes, Lisboa 2005, p 321.

¹⁵⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, p.1123.

com isso a situação das cláusulas gerais dos conceitos legais indeterminados, mas com fim de verificação da publicidade no CDC limitar-se-á aos princípios e regras jurídicos.

Canotilho e Eros Grau seguem a lição de Dworkin e preferem entender que tanto regras como princípios representam espécies do gênero norma, ou seja, ambos são normas. Posição esta que se acompanha sem reservas.

Da clássica obra de José Joaquim Gomes Canotilho, com orientações específicas de Esser e Karl Larenz, expor-a-se-ão alguns critérios julgados relevantes a diferenciação dos papéis da regra e do princípio no sistema jurídico.

- I. Grau de abstração – os princípios sem embargo apresentam um alto grau de abstração em relação às regras, estas conseqüentemente, possuem um mínimo de abstração;
- II. Determinabilidade em face de um caso – as regras são aplicadas praticamente de pronto, configurou a especificação da regra, esta é aplicada. Já o princípio, devido sua vagueza, precisará de certo grau de interpretação/valoração para intermediar sua aplicação;
- III. Fundamentalidade – os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica nos sistema de fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua

importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)¹⁶⁰;

- IV. Proximidade da idéia de direito – os princípios têm vinculação direta no fim da justiça, no ideal de direito, as regras por outro lado podem se apresentar com aspectos funcional e organizacional que não precisam exprimir os ideais de direito e justiça;
- V. Da genética – os princípios representam a razão das regras, sua base constitutiva, seu fundamento. Nos dizeres de Esser, os princípios apresentam função normogenética fundamentante.

Os critérios, definições, diferenciações e funções das duas espécies de normas estão longe de se esgotarem. A complexidade e características ampliam ainda mais esta margem.

O mestre português afirma que um dos fatores de tamanha complexidade é o não esclarecimento do que seja a função de um princípio, ou seja, se seriam apenas instrumentos de retórica argumentativa ou se são normas de conduta. O outro fator seria se realmente o princípio e a regra seriam mesmo espécies do gênero norma, diferenciando apenas o grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo)¹⁶¹, ou se caberia uma diferenciação qualitativa ente esta duas espécies.

¹⁶⁰ Cfr. Guastini, *Lezioni sul Linguaggio Giuridico*, da obra de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, p.1124.

¹⁶¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, p.1125.

Quanto à primeira indagação necessita desde já ressaltar a diferenciação entre o que sejam princípios jurídicos e princípios gerais do direito (hermenêuticos) .

Os princípios gerais do direito possuem uma função de instrumento argumentativo, o qual busca explicar finalidades de determinadas disposições ou ainda possuem a função de revelar normas não expressas no enunciado legislativo, por conseguinte, dando azo aos aplicadores do direito no desenvolvimento, complementação e integração do direito. Em termos claros, o papel dos princípios gerais do direito será de integração da norma jurídica para eventuais dúvidas e omissões das normas como bem prevê o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Cabe ressaltar que não é pacífico diferenciar os princípios gerais do direito dos princípios jurídicos. Inclusive não se pretende nesta oportunidade estudar e propor uma resolução para tal diferenciação. Os professores José Joaquim Gomes Canotilho e Eros Grau,¹⁶² em suas respectivas obras, fazem questão de diferenciar os princípios. Hebert L. A. Hart, Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, Humberto Ávila e Lafayette Josué Petter e Juarez Freitas ignoram totalmente tal diferenciação.¹⁶³

¹⁶²‘Os *princípios jurídicos que constituem regras jurídicas* não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, mas tão somente como vigentes e/ou eficazes ou como não vigentes e/ou não eficazes. Pertencem à linguagem do direito. Já os *princípios gerais do direito* pertencem à linguagem dos juristas. São proposições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo. Princípio geral do direito é, assim, princípio ainda não **positivado**, mas que pode ser formulado ou (re)formulado pela jurisprudência.’ (Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 6ª Ed, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 79)

¹⁶³ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª Ed., 2ª Tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 2005; José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, Portugal; Hebert L. A. Hart, *O Conceito de Direito*, 4ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa 2005; Lafayette Josué Petter, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*, São Paulo, RT, 2005; Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*. 3ª Ed. rev. e ampl., Malheiros, São Paulo 2002; Eros Roberto Grau *A*

Entretanto, são os princípios jurídicos que interessam, estes sim são normas, componentes do sistema jurídico com a regra.

Em resposta à segunda indagação, cabe sim uma comparação qualitativa entre as regras e os princípios jurídicos, estes representam norma de otimização. As regras seriam as normas específicas, as quais descrevem uma imposição/permissão/proibição. Com reservas, repetir-se-iam os dizeres de Dworkin, bastante contestado por Humberto Ávila, de que as regras são aplicadas *in all-or-nothing*¹⁶⁴.

Nestes moldes¹⁶⁵, no que tange ao comportamento prescrito, as regras representariam normas imediatamente descritivas para com suas obrigações, a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. Os princípios buscam a determinação da realização de um fim juridicamente relevante.

O critério diferenciador de aplicação da regra no *all-or-nothing* também não é totalmente aceito por Robert Alexy. Fatores como o da

Ordem Econômica na Constituição de 1988, 6ª Ed, Malheiros, São Paulo, 2001; Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3ª Ed., RT, São Paulo 2005.

¹⁶⁴ É o famoso ou tudo ou nada, não haveria meio termo. Se não configurar a prescrição legal não se aplica.

¹⁶⁵ Como as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e mediamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido. (Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª Ed., 2ª Tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p.66.)

diferença quanto à colisão e quanto à obrigação que instituem devem ser considerados¹⁶⁶.

Os deveres de otimização que os princípios exercem em variados graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas, também é a posição de Robert Alexy. Humberto Ávila entende que o princípio deve ser tido como uma ‘cláusula de reserva’, onde terá sua aplicação, caso um outro princípio não possua um maior peso em face do caso específico.

Outro fator seria a convivência entre duas regras ou dois princípios, frente a um só fato. A regra se resolveria, como já exposto, através dos critérios da antinomia. Os princípios representam uma imposição de otimização; na ocorrência da confluência entre dois princípios, a solução para esta confluência será ponderação/harmonização, como melhor apontado pela doutrina. Não exclui com isso o critério apontado por Juarez Freitas e Lafayete Petter do uso do *princípio hierárquico axiológico*. O qual, com a devida *venia*, entende ser um outro método de *ponderação*.

Deve surgir o questionamento do leitor – mas o que tudo isso tem a ver com o direito do consumidor, e mais específico com a publicidade? – O estudo dos métodos interpretativos, chegando a interpretação do sistema jurídico por meio de princípios e regras, justificará a conclusão de que há

¹⁶⁶ A diferença entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes. (Robert Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, Archives Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 25/20 apud Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª Ed., 2ª Tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p.30.)

situações na doutrina, e até na jurisprudência, que estão tratando os princípios e as regras indistintamente, o que não é nem um pouco correto. Cada qual tem sua função específica e importância no sistema jurídico.

Outro aspecto será a verificação da possibilidade de princípios conflituarem na Ordem Econômica, principalmente no trato da *Defesa do Consumidor, Livre Iniciativa e Liberdade de Imprensa*.

22.1 Ponderação de princípios

Inquestionável a obra de Canotilho para se ter um verdadeiro aprendizado acerca das ponderações de princípios jurídicos. Diante de um sistema jurídico aberto, torna-se inevitável o encontro de vários princípios em torno de um mesmo caso, agrega-se a isto fato já mencionado da Constituição brasileira, como democrática, apresentar tanto influências sociais como liberais. Nítido cenário ao se tratar da ordem econômica.

Atenta o mestre Canotilho que: “Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contrários”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, p.1146.

Caso seja imaginado que determinados princípios tivessem validades em função da não validade de outros, o resultado seriam princípios totalmente incompatíveis, gerando por consequência ‘destruição da tendencial unidade axiológico-normativo da lei fundamental’ (Canotilho). Face este antagonismo de princípios, esta tensão, acrescida a total impossibilidade de aplicação do *all-or-nothing*, não resta outra solução senão a ponderação, considerando o caso em si bem como o peso dos princípios.

“A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitos pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito, designadamente os tribunais (concretização judicial), a problemas concretos”¹⁶⁸.

Deve ser salientado que isto não quer dizer, ou autorizar tanto ao legislativo como ao judiciário no exercício dessa concretização total liberdade e desvinculação com a unidade central da constituição, do sistema. Há ciência que neste exercício há certo grau de discricionariedade, mas não a ponto de gerar uma mutação na constituição, fazendo uso das palavras de Dworkin: ‘o direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa’.

Acredita-se, entretanto, que na ordem econômica há alguns princípios que possuem e elegem valores adversos. Não se buscará com isso antagonizar um em relação ao outro, mas em prol da ordem econômica, do

¹⁶⁸ Idem.

mercado, considerar todos e de acordo com cada caso, ponderando qual destes deverá prevalecer em busca do bem comum. A harmonia e a consideração de todos os princípios é o que dará o movimento ao mercado, à ordem econômica. Relembra-se que constam da Ordem Econômica princípios com ideais liberais e sociais; a harmonia destes é o que configura um real Estado Democrático de Direito.

22.2 Positivção de um princípio

Mais um ponto que gera discordância no meio acadêmico é positivação de um princípio. Inicialmente surgia a questão se era possível um princípio positivar-se e, sendo possível, como se daria tal positivação. Esser entendia que:

“Os princípios jurídicos que ainda não estão positivados irrompem <<no pensamento jurídico pelo umbral da consciência, devido a um caso paradigmático>>. Um dia serão reformulados pela doutrina ou por um tribunal, e acham logo, de modo mais ou menos rápido, devido à força de convicção a eles inerente, reconhecimento geral na consciência jurídica do momento. Muitas vezes contribui para isso a comprovação de que, apesar de serem desconhecidos, serviram já de base à jurisprudência anterior. Aquilo que DOLLE chamou uma <<descoberta jurídica>> não é na verdade mais do que a formulação, pela primeira vez, de um tal princípio, mediante o qual se tornou

apto a converter-se em parte integrante do Direito actual”¹⁶⁹.

22.2.1 Entendimento de Eros Roberto Grau

Jerzy Wróblewski, citado por Eros Grau, entende que os princípios formulados inseridos, específicos no texto do direito positivo, em relação à positividade, têm o mesmo efeito que uma regra. Denomina-os ‘princípios positivos do direito’ quando a própria norma prescreve, explicitamente, determinando o princípio. Entretanto, com relação aos princípios gerais de direito, a positivação não é tão simples.

Para um princípio geral do direito ser positivado, ou seja, tornar um princípio jurídico positivado¹⁷⁰, o Prof. Eros Grau sugere dois processos: (i) a positivação dar-se-á com o resgate do princípio geral do direito natural para dentro do sistema positivo; (ii) o princípio geral seria descoberto dentro, implicitamente no direito positivo.

Neste segundo procedimento e/ou método de positivação configuraria o que o Prof. Grau denomina princípio em *estado de latência*. Logo o princípio já está dentro do ordenamento de modo implícito e a positivação seria dada pelo aplicador, isto reforçaria a tese de que não haveria discricionariedade dentro da aplicação do direito.

¹⁶⁹ Esser *apud* LARENZ, Karl. *Conceito de Direito*. 4ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, p. 599-600.

¹⁷⁰ Nesta linha, já pode se concluir que o princípio jurídico é positivado.

Acerca do estado de latência, pertinente esclarecimento do Prof. Eros Grau: “Tais princípios, em estado de latência existente sob cada ordenamento, isto é, sob cada *direito posto*, repousam no *direito pressuposto* que a ele corresponda. Neste *direito pressuposto* os encontramos ou não o encontramos; de lá resgatamos, se nele preexistirem”¹⁷¹.

O que o Prof. Grau quer dizer é que em cada princípio positivado (direito posto) há um direito pressuposto. O estado de latência do princípio representa este direito pressuposto; quando resgatado no próprio ordenamento se torna posto, logo positivado.

22.2.2 Entendimento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery

Na obra atualizada até junho de 2005, os mestres Nelson Nery e Rosa Maria Andrade definem os princípios gerais do direito com regras de conduta que auxiliam a interpretação do juiz na aplicação da norma, do ato ou negócio jurídico¹⁷².

Assemelha-se no entendimento de Eros Grau que os princípios gerais do direito não são positivados. Para tornarem-se positivados Nelson Nery e Rosa Maria entendem que o processo de positivação ocorre por meio

¹⁷¹Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 6ª Ed, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 104.

¹⁷² Interessantes alguns aspectos: (a) estes autores não diferenciam princípio jurídico de princípios gerais do direito; (b) restringem o papel do princípio como auxílio ao **juiz** na aplicação da norma, do ato ou negócio jurídico, ou seja, não é instrumento aberto a todos aplicadores e interpretes.

da *cláusula geral*¹⁷³, ou seja, “quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do País (Constituição, Leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se *cláusula geral*(...) o princípio positivado, ou norma-princípio, não é regra de interpretação, mas norma jurídica”¹⁷⁴.

Conclui-se que, apesar de processos diferentes, de denominações diferentes, tanto a positivação desenvolvida por Eros Grau como a positivação apresentada por Nelson Nery e Rosa Maria traduz-se no mesmo. No estado de latência é capturado pelo aplicador e como cláusula geral transforma-se em norma. Há sim um nítido trabalho de aplicação axiológica autorizado pelo legislador ao aplicador, uma considerável abertura. Tanto que Canaris ao fazer menção aos preenchimentos de valorações das *Cláusulas Gerais* não hesitou em defender como um puro método tópico¹⁷⁵.

Face todo este estudo surge a indagação: Quem dá a positivação de um princípio: o legislador ou o aplicador da lei (do direito)? Conclui-se que ambos dão esta positivação.

¹⁷³Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (*Generalauseln*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipualmente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, § 25 III, 3, p. 476/477). As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, *Einführung*, Cap. IV, p. 120/121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, *Allg. Teil*, § 3.º, VI, n. 84, pp. 65/66). (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3ª Ed., RT, São Paulo 2005, p. 158).

¹⁷⁴ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3ª Ed., RT, São Paulo 2005, p. 157.

¹⁷⁵ Canaris, Claus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito na Ciência do Direito*, 3ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 271.

22.3 Como critério na decisão e aplicação

Não resta dúvida da importância dos critérios diferenciadores e funcionais entre princípios e regras para ciência jurídica. A idéia de sistema no sistema jurídico não teria razão de ser sem a composição destas espécies de normas, as quais fazem com que o sistema funcione. Quanto ao aspecto da hermenêutica jurídica também não há dúvidas acerca da importância de se ter ciência e fazer uso desta dissociação entre as duas espécies de norma.

Entretanto, para que não reste dúvida também do papel importante e prático da dissociação entre as espécies normativas, far-se-á ligeira abordagem sobre a principal utilização prática entre as espécies no momento da aplicação do direito. Avalizando conforme prega o Prof. Eros Grau: “não se aplica a norma e sim o direito”.

Com fito de decisão o aspecto normativo dos princípios é inicialmente de complementação e preliminarmente parcial, conforme assevera H. Ávila. O princípio não terá pretensão de dar solução específica, mas contribuir, fundamentar a decisão, aliado a outros fatores, outras razões, até mesmo em associação a uma regra específica.

A regra, por outro lado, já apresenta em sua essência o aspecto decisório, específico. Objetiva mesmo dar a solução específica ao caso, analisadas as razões. Não irá se afirmar, conforme Dworkin, que reflete uma aplicação no tudo ou nada, mas há de se considerar que com relação a um princípio a regra permite muito menos ao aplicador do direito certa abstração, valoração de juízo ou interpretação.

Em perfeita ponderação, afirma Humberto Ávila que os princípios: “possuem, pois, pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”¹⁷⁶, há ciência de que os princípios apresentam um aspecto de complementaridade e parcialidade nas decisões.

Como norma, a regra sob aspecto decisório, apresenta aspecto terminativo na decisão, ou seja, de gerar aquela solução para aquele caso, uma solução específica. Ávila acresce que: “O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. *As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes.*”¹⁷⁷

Não se está querendo afirmar que basta o preenchimento das condições inerentes à regra para que sua aplicação seja certa. Longe disso, as ponderações das razões sempre serão tidas como aspecto relevante na aplicação do direito. O ordenamento jurídico brasileiro o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, regra geral para todos os outros subordenamentos¹⁷⁸, permite ao aplicador da lei, no caso o juiz, decidir atendendo aos fins sociais da norma e a exigências do bem comum. Entende-se que este dispositivo legal, na verdade, representa uma válvula de escape, uma carta curinga, pois o bem social de um aplicador não necessariamente é o bem social do outro, o bem comum de um é possivelmente diferente do bem comum do outro.

¹⁷⁶ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª Ed., 2ª Tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p.69.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ No sentido de outras leis, outros códigos, outras normas.

O que quer se concluir é bastante simples. Ao se aplicar um princípio ter-se-á em grau elevado a aplicação mais de um juízo valorativo, uma interpretação, uma pré-compreensão do aplicador, ou seja, devido à vagueza, textura aberta, da abstração, da pouca vinculariedade, o entendimento pessoal do aplicador terá maior amplitude na solução de um caso. Não só numa lide judicial, mas na via administrativa e na própria edição de normas pelo executivo e pelo legislativo.

As regras, por outro lado, limitam bastante o juízo valorativo do aplicador, não dão muita margem ao aplicador de fugir do preceito determinado na norma. Por isso não é totalmente absurda a afirmação de Dworkin da aplicação *all-or-nothing*.

22.4 Situação dos princípios e regras no CDC

Diante de pesquisas feitas entre doutrinas consumeristas genéricas e doutrinas específicas da publicidade na relação de consumo, nota-se um exacerbado número de princípios. Caso se ache relevante determinada situação, cria-se logo determinado princípio. Talvez porque qualificar algo como princípio chame mais atenção, dê maior importância, peso e relevância do que uma simples regra.

Concorda-se plenamente com o Prof. Humberto Ávila que ultimamente ocorre na uma verdadeira *banalização de princípios*. Ou seja, tudo é princípio nada é mais regra. São estabelecidos princípios por alguns doutrinadores sem nem saber o que repercute a criação de um princípio numa

decisão judicial, bem como a função exercida no funcionamento de um sistema jurídico. Encontraram-se dissertações de mestrados e obras publicadas com catorze (14) princípios só para justificar publicidade no CDC¹⁷⁹.

Ocorre que a determinação de um princípio não é mera arbitrariedade de um cientista jurídico, doutrinador e, muito menos, do aplicador da lei. Conforme são vistas as características e essências dos princípios e regras, tem de ser verificado se o ordenamento assim determina bem como a pertinência em determinada situação de se tratar de um princípio ou regra.

No momento que se estabelecer, que determinada regra não é regra e sim um princípio, estar-se-á se dando ao julgador um grau maior de liberdade em sua decisão, um grau maior de valoração, e jamais pode se concluir com isto que será mais favorável ou não, *in casu*, ao consumidor. Há de se verificar, na situação, o melhor protecionismo ao consumidor, ou em prol da harmonia da relação, o que o legislador quis. Ora o legislador dá abertura, ora restringe esta abertura ao intérprete ou aplicador da norma. Não é raro localizar no próprio CDC que o legislador impõe uma regra, pois sabe que será mais favorável ao consumidor. Caso aquela regra fosse tida como um princípio, sua abertura poderia desviar totalmente o fim para o qual se destinava o dispositivo legal.

Apesar de ainda ser tratado posteriormente, pode se dar o exemplo do dispositivo legal do artigo 30 do CDC. Este prega que determinada oferta se vinculará ao contrato, sendo aquele que fez obrigado a

¹⁷⁹ Por questões éticas não será/ão informada(s) a(s) respectiva(s) obra(s).

isto. Entende-se que isto é uma regra onde não há que se questionar nada. Ofertou tem que cumprir.

Ocorre que muitas obras preferem apresentar tal dispositivo legal como um princípio, ou melhor, *princípio da vinculação*. Conforme já debatido em vários momentos, um princípio tem grande grau de abstração, de indeterminabilidade, de valoração, conforme alhures Canotilho já afirmou que o princípio: “precisará de certo grau de interpretação/valoração para intermediar sua aplicação”.

Chega-se ao questionamento de que, se algo tão óbvio estabelecido pela norma, como regra, que deve ser aplicado de pronto, for ainda passar por um grau de valoração, de interpretação, o que estará sendo melhor para o consumidor lesado?

Permitir que a regra perfeitamente lógica seja aplicada ou, como princípio, dar ao aplicador da lei total poder de interpretação, podendo inclusive desviar a real intenção do legislador. Jamais quer se defender uma idéia de que ao aplicador do direito reste apenas uma subsunção automática, longe disso. O objetivado é resguardar a função valorativa quando o sistema assim permite. Função esta de fulcral importância e necessidade.

O ideal é que cada qual permaneça no seu devido lugar. No caso do CDC, exercendo suas funções diante de um (micro)sistema jurídico e respectivas repercussões jurídicas. Por exemplo, a vulnerabilidade é um princípio. Imagine diante de tal vagueza e indeterminação a vulnerabilidade ser uma regra.

O consumidor necessita dos princípios em certas situações e em outras, das regras jurídicas para que sua defesa seja melhor exercida; não é pensando ser melhor estabelecer inúmeros princípios que se pense que se está favorecendo esta defesa. Pelo contrário o estabelecimento de um princípio pode contrariar os interesses do consumidor, pois passará o entendimento já estabelecido em lei para as mãos do aplicador, contrariando, inclusive, a divisão de poderes, porque o aplicador inicia a criar sua própria norma. Constata-se que até neste aspecto o legislador do CDC foi feliz. Elaborou o ordenamento do CDC prevendo ao máximo onde o princípio terá sua vez.

Há um velho dito, cuja autoria não se recorda, que diz que é mais grave desobedecer a um princípio do que uma regra. Não discordasse jamais de tal afirmação; entretanto, deve-se ter a certeza de que se trata realmente de um princípio e não de mera interpretação, ou ainda da valoração do respectivo aplicador ou criação do doutrinador.

23 A ORDEM ECONÔMICA E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Não contrariando os sentidos de ‘ordem jurídica’ e ‘ordem econômica’, haja vista o eterno impasse diante a definição do termo “ordem” *lato sensu*. Aceita-se o entendimento de que uma está inserida na outra, ou

seja, a ordem econômica estaria inserida na ordem jurídica compondo parte deste todo. Para Max Weber, em sua obra *Economia y Sociedad*, a ordem jurídica manifestaria o “dever ser”, enquanto a ordem econômica o “ser”.

Apresenta-se a característica, mais uma vez o perfil da constituição de um Estado democrático, presente os ideais liberais e ideais do Estado Social, os quais gerarão divergências acerca da medida em que o Estado pode intervir na esfera privada. Seria insensata um constituição dita democrática que não oferecesse divergências entre princípios.

Interessante fazer ligeira abordagem em face desta intervenção para saber se esta é efeito das denominadas ‘normas de ordem pública’ ou outra categoria de norma, como as decorrentes das políticas públicas. Normas de ordem pública, conhecidas também como cogente, seriam no entendimento de René Savatier aquelas que prevaleceriam em face das normas do direito privado de modo impositivo. Interessante que a norma de ordem pública seria expressão da ideologia liberal¹⁸⁰. Ousa-se comentar que esta expressão liberal teria o cunho de limitar a atuação. Estado seria o limite ditado por uma norma de exceção. A idéia é praticamente a seguinte: já que ocorrerá uma intervenção na esfera privada, os liberais são os que determinam os moldes desta intervenção.

Diferente das normas de ordem pública que teriam aplicação no passado, presente e futuro, as normas de intervenção (por direção) seriam aplicadas no presente e futuro, instrumentando as políticas públicas com o

¹⁸⁰ Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 6ª Ed, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 43.

fim, além da preservação da paz social, nos mais variados setores da ordem econômica¹⁸¹.

Chega-se a um dilema tomando por base as lições do Prof. Eros Grau. Dúvida esta apenas com referência no início da vigência da norma do CDC. Pois se o CDC é uma norma de ordem pública pode se dizer que sua vigência retroage. Se afirmar que o CDC é um ordenamento decorrente de Políticas Públicas, por meio de normas de intervenção, sua vigência será no presente e futuro.

A implementação das políticas públicas é resultado dos movimentos sociais entre as décadas de 60 e 70, programas e políticas específicas para que o Estado iniciasse não só a produção de normas, mas também na efetivação daquilo que estaria previsto. A Prof^a Suzana Maria Catta Preta faz interessante apontamento sobre a defesa da ordem econômica no que tange os direitos difusos: “Garantir-se a defesa da ordem econômica por uma ótica de prevalectimento dos direitos difusos é garantir conjugação dos princípios norteadores da Carta Magna, reduzindo a liberdade econômica à observância de sua utilidade social”¹⁸².

E é exatamente um dos papéis e justificativa da inserção da “ordem econômica” em sede de constituição é o foco no fim ‘social’, no ‘bem estar’ a ser considerado não só nas relações econômicas privadas como públicas. Não é ao acaso a redação do artigo 170 da Constituição Federal.

¹⁸¹ Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 6ª Ed, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 43.

¹⁸² Suzana Maria Catta Preta, *A Publicidade Abusiva- Incitação à violência*, p. 64.

O dispositivo constitucional estabelece um fim a ser atingido, ou seja, relações econômicas fundadas na livre iniciativa e valorização do trabalho, preservando a **dignidade humana** e o fim de justiça social. É o que Eros Grau denomina como **norma-objetivo**, algo a ser atingido, diretrizes ou pelo menos visado nas relações econômicas. Este aspecto de objetivar, ter como um fim, implantar algo é considerado como uma mudança na constituição. Como assevera o Prof. Grau ‘a ordem econômica liberal é substituída por uma ordem econômica intervencionista’. Este intervencionismo entendido com reservas no texto constitucional é expresso pela atuação do Estado na esfera privada, o mundo do *ser* e do *dever ser* devem ficar bem nítidos nesta afirmativa.

A valorização do trabalho humano previsto no artigo 170 da Constituição seria um efeito ‘marxista’, ou seja, não se trata apenas do trabalho em si, mas a disposição deste. Como bem afirma Márcio Bilharinho Naves “Uma vez investido de personalidade, o homem, agora sujeito de direito, pode vender seus atributos, seus predicados, de tal sorte que podemos dizer que a liberdade do homem é seu livre consentimento: o momento mais elevado da realização da liberdade é o momento em que o homem manifesta a sua vontade de dispor de si mesmo por tempo determinado através de uma troca de equivalentes”¹⁸³.

Ademais não se pode confundir jamais a intervenção do Estado com as atribuições e competências que este já possui. Uma coisa é intervenção outra é atuação estatal. O papel das agências reguladoras, por exemplo, jamais pode ser tido como intervenção, principalmente por se tratar de serviços públicos onde a titularidade é do Estado.

¹⁸³Márcio Bilharinho Naves, *Direito, Circulação Mercantil e Luta Social* - Direito, Sociedade e Economia “Leituras Marxistas”, Ed. Manole, São Paulo 2005, p. 27.

Logo quando o Banco Central compra dólares para tentar controlar o valor da moeda, não reflete um ato de intervenção, trata-se de mera atribuição que o BACEN possui. O CADE também realiza suas atividades por atribuição, por cumprimento da norma em busca de uma concorrência leal; seus atos não são de intervenção.

Nos textos constitucionais no período da crise do Estado Social, a implementação das políticas públicas era sempre prevista, logo como ordenamento jurídico, através das previsões constitucionais o “dever ser” das políticas públicas estariam perfeitos.

O problema, então, centrava-se na efetivação destas políticas públicas, estas sempre dependeram das conveniências políticas. Dessa maneira o Judiciário fica de mãos atadas esperando o resultado dos jogos de interesses entre o Legislativo e o Executivo. Não é mera coincidência com os dias atuais, acresce uma pequena diferença, o Executivo hoje acumula de fato todas as funções dos poderes¹⁸⁴, quando trata de legislar então, a idéia ganha mais fundamento.

¹⁸⁴ No Ordenamento Jurídico Brasileiro através da Constituição Federal de 1988 a organização dos poderes se dá através do Título IV. Apesar de existir uma presunção de variados Poderes, boa parte da doutrina prefere entender que o Poder político do Estado é uno e indivisível. Sendo falando em divisão as funções básicas, as quais são atribuídas aos órgãos com suas respectivas especificações. Cada órgão deste teria atribuições diferenciadas, fazendo o todo que é o Estado funcional.

Como já visto, o momento histórico que retrata a fundamentação para a separação dos poderes é a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, o que vem influenciar também como em vários países, a Constituição Brasileira.

O Brasil atualmente é uma República Federativa, isto reflete dizer que além das divisões de poderes, há a repartição de competências entre o governo central e os Estados-Membros. Podendo se afirmar como muitos doutrinadores que: “O grau de centralização ou de descentralização política de um Estado Federal é medido pela quantidade e qualidade de atribuições concedidas às entidades federativas. Quanto maior as centralizações políticas, maiores serão as atribuições feitas ao governo central. Dentro dessa perspectiva é evidente o grau de centralização do Estado Federal brasileiro”. Dentre as funções básicas estatais, não diferem da maioria dos outros países, o Brasil também faz sua divisão de poderes entre o poder executivo, poder legislativo e o poder judiciário. Cabendo ao

Salienta-se o posicionamento do Prof. Eros Roberto Grau em sua clássica obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, quanto às normas de ordem pública e às normas de intervenção por indução. O professor sob crivo do mestre Vicente Ráo defende que:

“O que se tem como certo, de toda sorte – ainda que seja impossível indicar a priori, por via de definição ou conceito geral, como anota Vicente Ráo, todas as normas de ordem pública – é o fato de que traços bem definidos apartam as disposições de ordem pública das normas de intervenção por direção, permitido-nos iluminar a zona cinzenta nas bordas da linha que as separa, de modo a indicarmos as que em um outro grupo se inserem: (a) as normas de ordem pública estão voltadas à preservação das condições que asseguram sobre as quais repousa a estrutura orgânica da sociedade, ao passo que as normas de intervenção por direção instrumentam políticas públicas cuja dinamização envolve

Legislativo a elaboração de leis, de normas gerais e abstratas, impostas perante todos. Ao Executivo cabe a administração do Estado, baseada nas leis elaboradas pelo legislativo. Já ao Judiciário, cabe obviamente, a função judicial do Estado distribuindo a justiça e aplicando a lei.

O sistema de freios e contrapesos é previsto também na Carta Magna. Há ciência que a separação de poderes não rígida tendo sempre a possibilidade de interferência recíproca, dando margem que além de cada poder exercer suas competências, estes fiscalizariam as competências dos outros.

Alguns exemplos deste sistema *checks and balances* da Constituição Brasileira podem ser citados; é o caso da previsão da CF que permite ao executivo editar normas com força de lei, no caso as Medidas Provisórias; possibilidades de veto às leis do legislativo; os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de leis e normas do executivo e legislativo; opção do chefe do poder do executivo escolher os ministros dos tribunais superiores além da possibilidade de impeachment do chefe do executivo através do legislativo.

A divisão dos poderes políticos pressupõe elementos como a especialização funcional e a independência orgânica, devendo cada função ser atribuída a um órgão independente.

A Constituição Brasileira através de seu artigo 2º estabelece que os Poderes devam ser independentes e harmônicos entre si. O que deve ser visto de forma que os poderes devam atuar de forma independente sem conflitos ou subordinação com a finalidade de assegurar o bem comum de todos.

Nesta configuração é que Montesquieu procurou através de sua teoria que de modo algum, para se ter uma democracia, deva existir a separação dos poderes, sem concentrar, diferente de uma realidade, os poderes nas mãos de um só. (SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *As concepções mecanicista e normativa das Constituições, sob a visão de Michel Troper*. Capturado no site Jus Navegandi (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5563>). ISSN 1518-4862. Número 403, Ano VIII, 2004.)

*não meramente a preservação da paz social, mas a perseguição de determinados fins, nos mais variados setores da atividade econômica; as normas de ordem pública não apenas são compatíveis com ela, mas se compõem no núcleo da ordem jurídica do liberalismo, enquanto que as normas de intervenção por direção conduzem à transformação dessa ordem jurídica; (b) voltadas ao estabelecimento de um regime de segurança social, mediante a vedação de comportamentos que afetem o status quo prevalente na organização social, as normas de ordem pública incidem sobre a generalidade dos agentes, setores e atividades econômicas, de modo indistinto; já as normas de direção preenchem o conteúdo funcional de determinadas situações jurídicas, distinguindo-as de outras – estilo das disposições de ordem pública, ademais, não é amoldável às características destas últimas; (c) as normas de ordem pública compreendem uma ordem de exceção – são proibitivas, negativas, externas ao Direito Privado; as normas de intervenção por direção não expressam noção de exceção – compõem ordenação concorrente com a definida pelo Direito Privado, respeitando à regulação das obrigações, em geral, e dos contratos, de modo a, como anotam René David (Prefácio a *Le dirigisme économique et les contracts*, de Magdi Sobhi Khalil, LGDJ, Paris, 1967, p. VII) e René Savatier (*Du Droit Civil au Droit Public*, 2^a ed., LGDJ, Paris, 1950, p.65), configurá-los como verdadeiros instrumentos de política econômica, transformados menos em uma livre construção da vontade humana do que uma contribuição das atividades humanas, coordenadas pelo Estado, à arquitetura geral da economia nacional; (d) não se superpõem ordem pública e Direito Público, de um lado, e ordem privada e Direito Privado, de outro, nem o confronto de que se cuida, quando cogitamos da ordem pública, se*

*esgota na oposição entre dois termos, ordem pública e ordem privada*¹⁸⁵.

O Direito Francês já definia que tipo de norma de ordem pública defenderia os interesses do elo mais fraco numa relação. Resume-se a uma diferenciação que os franceses fazem entre a “ordem pública econômica de direção” e a “ordem pública econômica de proteção”. Sustentam os doutrinadores franceses que caberia às normas de ordem pública econômica de direção organizar a economia nacional.

Restando à ordem pública econômica de proteção o papel justo de proteger determinado elo mais fraco, o qual necessitaria realmente de uma proteção. Conclui-se que este espelharia o perfil do Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro.

Confirmando esse posicionamento, importante que se apresentem as considerações feitas pelo Prof. Jacques Ghestin, em sua obra *Traité de Droit Civil – Les Obligations – Le contract*, (LGDJ, Paris, 1980, p. 90-91):

“Ce qui justifie cet effort de qualification, malgré sa difficulté, c’est la nécessité d’y avoir recours afin d’essayer de systématiser le régime des règles qui constituent l’ordre public économique. Les règles que se rattachent à la protection de certaines catégories de personnes ne peuvent, en effet, être soumises au même régime que celles de l’ordre public de direction. Tout d’abord, si une règle impérative vise à protéger l’une des parties contre l’autre, il semble difficile d’ouvrir à cette dernière l’action en annulation. On

¹⁸⁵ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 46-47.

a vu également que l'ordre public de protection constituait un minimum auquel les contracts pouvaient toujours déroger à la condition que ce soit en faveur de la partie protégée. Un tel principe est évidemment inapplicable à l'ordre public de direction, qui vise à imposer une politique économique et sociale. Enfin il est logique de permettre à la obtenus, une fois du moins que as protection n'est plus nécessaire. Une telle renonciation ne se conçoit guere pour l'ordre public de direction."¹⁸⁶

Reitera-se então que o legislador optou pela expressão “ordem econômica” para institucionalizar esta. Busca-se com isso permitir que o estado intervenha na economia, o que antes, tinha-se como um “ser” passaria à categoria do “dever ser”, acarretando com isso todas as implicações e garantias de uma norma constitucional. Acresce o Prof. Grau que: “De uma banda, a *nova* ordem econômica, além de não exaurir no nível constitucional – deixe-se isso bem vincado - , da antiga se distingue na medida em que, ao contrário do que ocorre em relação a esta, compreende não apenas, fundamentalmente, normas de ordem pública, mas também, e em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na Economia – *normas de intervenção*. De outra, a nova ordem econômica, no quanto se

¹⁸⁶ Ghestin, Jacques, *Traité de Droit Civil – Le Obligations – Le contract*, LGDJ, Paris, 1980, p. 90-91. *Apud* Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 47. (Tradução Livre: "O que justifica esse esforço de qualificação, não obstante sua dificuldade, é a necessidade de a ela se haver recurso a fim de intentar sistematizar o regime das regras que constituem a ordem econômica pública. As regras que dizem respeito à proteção de determinadas categorias de pessoas não podem, sabidamente, ser submetidas ao mesmo regime ao qual o são aquelas de ordem pública de direção. Inicialmente, se uma regra imperativa tem o intuito de proteger uma das partes em detrimento da outra, nos parece difícil de conceder a esta última a ação de anulação. Vimos também que a ordem pública de proteção constituía um minimum aos quais restaria sempre aos contratos a possibilidade derogatória, à condição que seja em favor da parte protegida: tal princípio é evidentemente inaplicável à ordem pública de direção, que visa a imposição de uma política econômica e social. Finalmente, é lógico permitir sua obtenção uma vez que a proteção não se faz mais necessária: tal renúncia só se verá concedida para a ordem pública de direção."

contém no nível constitucional, seu novo caráter retira precisamente da circunstância de estar integrada em Constituição *diretiva* ou *dirigente*”¹⁸⁷.

23.1 Ordem Econômica e a Lei 8.078/90

Considerando o direito das relações de consumo, se definirá o caráter da norma do artigo 4º da Lei 8.078/90. Entende-se, como fora tentado sustentar, em consonância com os mestres Newton De Lucca, Eros Grau e o Prof. Antônio Herman Benjamin, que:

“Esta norma do art. 4º, realmente não cabe nem no modelo de norma de conduta, nem no modelo de norma de organização. Porque, na verdade, ela é uma norma objetivo. Ela define o fim a ser alcançado. Essas normas que definem fim – e que eu acho não são programáticas, são normas de eficácia total, completa, absoluta, inquestionável, indiscutível – começam a surgir modernamente”.¹⁸⁸

Chega-se à conclusão que o CDC possuiria um perfil diferenciado, pois apresenta-se como norma de ordem pública para preservar, conforme visto, condições que asseguram a estrutura orgânica da sociedade e, ao mesmo tempo, estabelece fins a serem atingidos, ou seja, uma norma de intervenção por direção (política pública). A defesa do consumidor trata-se

¹⁸⁷ Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 58-59.

¹⁸⁸ Eros Grau, em comunicação apresentada no “Seminário Internacional de Direito do Consumidor”, realizado na cidade de São Paulo, no período de 24 a 27 de setembro de 1990, citado por Benjamin.(ob. Cit. P.26).

também de uma política pública, pelo menos um ensaio desta, conforme é visto no Capítulo II do CDC, artigos 4º e 5º.

Logo, o artigo 170, V da Lei Maior prever um fim, um dever do Estado de defender o consumidor. Por isso é considerado uma norma-objetivo, princípio da ordem econômica que deve ser lido juntamente com o inciso XXXII do artigo 5º CF.

Não exclui inerente a ordem econômica, o serviço público ao consumidor/usuário, previsto no artigo 175 da Constituição Federal. Diferente do que possa parecer, o serviço público, seja ele direto, por permissão e por concessão, deve obedecer também à norma do CDC (artigo 22 do CDC). Não é por ser público que está excluído do mercado de consumo¹⁸⁹. Entende-se, ainda com maior razão, dentro de seus limites, que deva dar exemplo ao setor estritamente privado.

O rascunho desta intervenção diante das relações de consumo se daria justamente nos bens de consumo, seja na forma contratual ou da propriedade do bem. Eros Grau considera apenas a intervenção na propriedade privada dos bens de produção, por considerar que a intervenção nos contratos, em específico na liberdade de contratar, seria instrumento com fim na propriedade, no bem de consumo. “Isso porque a liberdade de contratar tem sentido perspicuo de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção (...) o princípio da liberdade de

¹⁸⁹ Recomenda-se a obra *Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor*, José Augusto Peres Filho.

contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção”¹⁹⁰.

No Brasil ocorreram poucas intervenções nestes moldes, um dos poucos exemplos foi a Lei Delegada Nº 4, de 26 de Setembro de 1962, que dispunha sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

Nessa esteira segue o entendimento do Mestre Potiguar Miguel Seabra Fagundes: “A intervenção estatal na ordem econômica, em nosso meio, como alhures, suscita obsessões, sobretudo do setor empresarial. Há menos os que têm por totalmente nociva e desnecessária. Ela constitui, porém, uma inevitável realidade, no mundo hodierno, podendo dizer-se que praticamente nenhum Estado a desconhece, variando apenas, de uns para outros, e conforme peculiaridades locais, as modalidades e a intensidade do seu processo”¹⁹¹.

Pertinente neste momento a pergunta¹⁹² que não se cala: se o Estado é um Estado Provedor ou um Estado Interventor? O questionamento permanecerá em aberto. Cabe apenas ressaltar que pelo menos no mundo jurídico do dever ser há o perfil tanto do artigo 170 da CF como o próprio CDC, Lei 8.078/90, de uma norma-objetivo. Em sede do CDC há esboço de uma Política Nacional das Relações de Consumo (artigos 4º e 5º CDC) com regra e princípios de ordem material e instrumental, o que nestes moldes

¹⁹⁰ Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 6ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 125.

¹⁹¹ Miguel Seabra Fagundes, *Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo*, nº 15, RT, São Paulo.

¹⁹² Questionamento levantado pela Profª. Dra. Suzana Catta Preta, no módulo do segundo semestre de 2004, “Tutela Constitucional do Consumidor”.

virtuais representaria o exercício de um Estado Provedor com possibilidade de Interventor, entretanto permanece no ‘dever ser’. Salientando relembrar que a intervenção do Estado difere do poder-dever de atuação do Estado.

Inquietante apenas admitir, no caso exclusivo do CDC, ser decorrente de uma política pública e ao mesmo tempo este ser uma norma de ordem pública. As normas de intervenção (por direção) que instrumentam as políticas públicas, ou seja, visando um resultado, a “eficácia” desta será visando futuro e sendo aplicada a destinatários específicos. Diferente na norma de ordem pública que incide em face de tudo e de todos, além de ter uma “eficácia” que possa retroagir no tempo. Logo, o CDC apresenta este duplo perfil, sendo uma norma de ordem pública, conforme prescreve seu artigo primeiro, e caráter de normas de intervenção, decorrente da política pública de consumo em atenção ao enunciado do artigo 4º, *caput* do CDC.

24 A LEI 8.078/90 – CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

24.1 Traçando um perfil do CDC

Praticamente unânime entre a doutrina ser o Código de Proteção e Defesa do Consumidor um microssistema jurídico. Além desta característica o Prof. Nelson Nery defende ser o CDC uma lei principiológica. Não analítica mas sintética¹⁹³.

É sintética ou concisa, pois dispõe sobre aspectos fundamentais, *in casu*, como o professor sempre afirma, dispõe de princípios gerais. O que implica concluir que apesar de existirem outras leis esparsas, com tratamentos específicos, sempre que houver relação de consumo prevalecerão as regras e princípios gerais do CDC. Isto é válido também para leis posteriores, setorizadas.

Um outro aspecto de grande relevância é a transversalidade do CDC. Transversalidade por abarcar neste microssistema normas de consideráveis outras áreas do direito além da relação de consumo. É o caso das normas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Processual Civil, o próprio Direito Civil etc.

No entendimento do Prof. Antônio Herman uma outra característica inerente do CDC seria que:

¹⁹³ Nelson Nery, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª Ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 444.

“O Código de Defesa do Consumidor pertence àquela categoria de leis denominadas ‘horizontais’, cujo campo de aplicação invade, por assim dizer, todas as disciplinas jurídicas, do Dir. Bancário ao Dir. de Seguros, do Dir. Imobiliário ao Dir. Aeronáutico, do Dir. Penal ao Dir. Processual Civil. São normas que têm função, não reger uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares, mesmo que estejam eles igualmente abrigados sob outros regimes jurídicos. Daí o caráter “especialíssimo” do Direito do Consumidor (...) o Dir. do Consumidor é disciplina especial em razão do sujeito tutelado. E como é curial, prepondera o sistema protetório do indivíduo em detrimento do regime protetório do serviço ou produto. É a fisionomia humanista que informa todo o Direito do Welfare State.”¹⁹⁴

Sob aspecto processual civil, cabe uma pequena observação. Além de inovações trazidas pelo CDC ao processo civil, como exemplo o artigo 461 CPC, seguindo o art. 84 CDC, há total interligação do CDC com a Lei da Ação Civil Pública e CPC; nos dizeres do Prof. Anselmo Prieto Alvarez, forma um sistema de vasos comunicantes¹⁹⁵.

Desta maneira é que se afirma que o CDC forma um microsistema jurídico, devido à transversalidade com as outras áreas do direito. Não poderia, no entanto, afirmar que o CDC é um microsistema jurídico e ao mesmo tempo uma lei principiológica, haja vista a definição já

¹⁹⁴ Antônio Herman Benjamin. *O Transporte Aéreo e o CDC*, Revista Direito do Consumidor nº 26.

¹⁹⁵ Aula do curso de especialização em Direito das Relações de Consumo PUC-SP (COGEAE) em 07 de abril de 2003.

abordada do que seja um sistema jurídico¹⁹⁶. Ou será que a idéia de microssistema tem outra conotação? Entende-se que sim, remete-se idéia de um pequeno sistema jurídico.

Entende-se com isso, que ao afirmar que o CDC é uma *lei principiológica*, objetiva enfatizar a utilização e relevância de alguns princípios dentro dos outros ramos do direito.

Tratar o CDC como um microssistema jurídico tem grande pertinência sobre o aspecto dinâmico do direito consumerista. O direito consumerista talvez seja o ramo do direito que mais necessita da dinamização de um sistema, da sua movimentação. Sua abertura aliada a seus princípios e regras permite acompanhar a evolução social, e conseqüente, no direito. Exemplo recente é o comércio eletrônico.

Na edição do CDC algumas questões sociais ainda não eram previstas. O que não quer dizer que o CDC com sua abertura, princípios e regras não dê um tratamento. Os legisladores do CDC neste aspecto, em vários dispositivos, deixaram margem para novas ocorrências não previstas – é o caso, como exemplo, do artigo 39 CDC bem como do artigo 51 CDC. Ambas disposições utilizam-se das expressões “*dentre outras*” e “*entre outras*”, ou seja, disposições que permitem a recepção de novas ocorrências não previstas. Dispensam-se comentários ao tratamento dos princípios, devido sua abertura. A boa-fé objetiva como princípio prevê inúmeras situações diante da relação de consumo. Até mesmo diante dos próprios artigos citados, arts. 39 e 51 do CDC, há nítida presença de cláusulas gerais¹⁹⁷.

¹⁹⁶Para ser um sistema jurídico fazem-se necessários não só princípios, mas também regras que constituem a dinâmica necessária no direito.

¹⁹⁷ Art. 39, V e art. 51, IV, XV do CDC.

24.2 CDC como norma de Ordem Pública

Nos dizeres da Prof^a Claudia Lima Marques: “O CDC é uma Lei de função social complementar ao mandamento constitucional”¹⁹⁸, além de que, de acordo com o artigo 1º desta Lei, esta é de ordem pública e interesse social.

O que nos faz deduzir que o CDC não é para ser visto como uma simples Lei Ordinária, haja vista que protege uma particularidade de pessoas, vulneráveis (o que justificaria a existência desta norma protecionista) e que apenas é manifestação expressa o preceito constitucional do art. 5º XXXII e demais.

O movimento consumerista brasileiro teve um maior destaque através de um encontro nacional das entidades de defesa do consumidor em 1987. O encontro de nº 07 foi propositadamente realizado em Brasília. Resultaram daí algumas propostas discutidas em sua sede, as quais foram protocoladas junto à Assembléia Nacional Constituinte analisada pela Comissão Afonso Arinos.

“Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da

¹⁹⁸ Cláudia Lima Marques, *A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de Leis Especiais*, Revista Direito do Consumidor nº 03.

*Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.*¹⁹⁹

Logo, de acordo com o texto da norma, o CDC é uma norma de ordem pública e interesse social, o que nos dizeres do Dr. Filomeno: “... equivale a dizer que são *inderrogáveis* por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, **embora** se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial”²⁰⁰. Uma outra característica da norma de ordem pública seria justamente a indisponibilidade do direito tutelado e por isso que o Prof. Filomeno faz ressalva na última parte de sua definição.

Pode-se estabelecer com isso não uma regra, mas uma idéia de que há uma relação de que quanto mais disponível o direito tutelado menos inderrogável este é. Menos disponível, ou totalmente indisponível, mais inderrogável o é. Diferença também haverá entre o direito individual patrimonial de um consumidor e o direito difuso ou coletivo dos consumidores.

O que seriam então os direitos indisponíveis? Poderia exemplificar como direito indisponível os direitos atinentes à personalidade, ou seja, vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado, etc. Além destes, os professores Antônio Carlos Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Candido Dinamarco, defendem em sua obra *Teoria Geral do Processo*, elementos de uma indisponibilidade subjetiva, considerando essas primeiras citadas, e as objetivas. Assim afirmam: “Mas,

¹⁹⁹ Lei 8.078/90, CDC.

²⁰⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

além dessas hipóteses de *indisponibilidade objetiva*, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (*indisponibilidade subjetiva*); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público”²⁰¹.

Esta afirmação de que o CDC é uma norma de ordem pública, conforme o texto normativo prescreve, requer algumas ressalvas. A preocupação que se tem, inclusive como ressaltado pela Ministra do STJ Fátima Nancy Andrichi, no Congresso Internacional de Direito do Consumidor (15 anos do Código de Defesa do Consumidor, Gramado-RS, outubro de 2005), é justamente a declaração de ofício da nulidade de cláusulas²⁰² nos contratos de consumo, sob a justificativa de a norma ser de

²⁰¹ Antônio Carlos Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Candido Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 30.

²⁰² Seria necessário um outro trabalho de pesquisa para tratar do presente assunto. Entretanto, ousa-se opinar acerca de alguns aspectos desta declaração de ofício.

‘Desde logo cabe destacar que o controle judicial contratual não é a declaração de nulidade de cláusulas, devidamente provocada em juízo. Esta seria uma função normal do poder judiciário.

O controle que se trata é justamente um controle **sem provocação**, constatado pelo próprio judiciário de forma incidental nos procedimentos.

Em relação ao Controle de Contratos dado ao Judiciário reflete uma evolução na teoria contratual, onde antes o juiz era um antagonista diante da relação contratual. Além de ser norma de Ordem Pública, o que já daria respaldo ao judiciário diante da flagrante abusividade, o CDC através de seu artigo 51 apresenta um rol onde permitirá, dentre outras, ao juiz de ofício declarar a nulidade de determinada cláusula. Logicamente, que o juiz sempre deverá tentar ao máximo manter o contrato, a relação, tornando apenas nula aquela cláusula que seja considerada abusiva para uma das partes em favor da outra. Esta reflete uma prática de controle de maneira direta e também incidente do judiciário, o qual provocado ou não decretará a nulidade. A Professora Cláudia Lima Marques expõe ainda que: “O CDC instituiu, portanto, um duplo controle judicial, tanto formal quanto do conteúdo dos contratos de consumo. O juiz examinará, inicialmente, a manifestação de vontade do consumidor, verificando se foi respeitado seu novo direito de informação sobre o conteúdo das obrigações que está assumindo (art.46 e 54), sob pena de declarar o contrato ou a cláusula não destacada como não existente (...) De outro lado, os artigos 51 a 53 do CDC impõem um controle do conteúdo do contrato, coibindo especialmente as cláusulas abusivas, sob pena de nulidade absoluta”.

O que incomoda justamente é essa interpretação do juiz *versus* a disponibilidade do bem jurídico, nas cláusulas não elencadas no artigo 51 do CDC.

A problemática surge nas cláusulas não inseridas naquele rol, onde o texto normativo ressalta o “dentre outras”, onde figurará a interpretação do magistrado, ou seja, nesse momento o juiz assumirá o verdadeiro papel de legislador, atente-se sem provocação.

‘ordem pública’, maior relevância se tem quando esta declaração ocorrer em instâncias superiores (questão do pré-questionamento). Tratando-se da tutela de interesses e direitos coletivos e difusos, onde há uma tutela diferenciada, de grande relevância social e ao próprio mercado de consumo, a declaração de ofício tem maior aceitabilidade, haja vista tratar de uma coibição ao abuso a

Por exemplo, pede-se a declaração da nulidade de uma cláusula contratual, o magistrado entende que não há abusividade, entretanto, no mesmo contrato o juiz identifica uma cláusula que entenda abusiva.

Logo, poderia o juiz declarar a nulidade de uma cláusula mediante uma petição que não pediu tal nulidade, exercendo seu poder integrativo e julgando *extra petita*?

Logicamente que o rol de cláusulas abusivas do artigo 51 do CDC não é exaustivo, ocorrendo a situação prevista em um daqueles incisos, caberia ao juiz de ofício declarar a nulidade para aquelas não constante no rol? Entendemos que não. Utiliza-se como fundamento o próprio § 4º do artigo 51 do CDC e artigo 128 do CPC, ou seja, o parágrafo menciona a faculdade de tanto o consumidor, como qualquer outro legitimado ajuíze a respectiva ação solicitando a declaração de nulidade. Conclui-se que deva haver provocação ao judiciário. A linha da imparcialidade torna-se muito tênue nesse caso. Ainda mais se versar no interesse puramente individual e disponível.

Seria até permitido na fundamentação da sentença ao juiz expor seu entendimento sobre a cláusula não mencionada na inicial, entretanto, jamais no dispositivo da sentença.

Com relação às situações previstas nos incisos do artigo 51 do CDC, não se entende óbice na declaração de sua nulidade, até porque neste caso estaríamos tratando da vontade legal e não da vontade do juiz. Além do que se está tratando de uma norma de ordem pública e interesse social. Para estas cláusulas elencadas nos incisos do artigo 51 CDC, a declaração de nulidade *ex officio* poderá ser dada a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, até porque relembrando, por tratar-se de norma de ordem pública não está sujeita à preclusão.

Resta salientar que há incisos no artigo 51 do CDC que dão grande margem de adequação de situações tidas como abusivas nas relações de consumo. Isso ocorre porque alguns destes incisos por si, já englobariam as previsões dos outros. Podem ser citados como exemplo o inciso IV do art. 51, o inciso XV, os incisos I e III do § 1º do artigo 51 do CDC – estes podem ser tidos como regras gerais. Com a utilização destes, desde que ocorrida subsunção devida, o juiz não necessitará de provocação para declarar a nulidade, exercendo o controle judicial incidente.

Em se tratando de ações coletivas, diga-se coletiva ou difusa, devido à natureza do direito tutelado, interesse da coletividade, poderia até se admitir o poder do juiz interpretar outras cláusulas abusivas. Não se admite em caráter individual.

Estaria ignorando totalmente o princípio dispositivo adotado no Código Processual Civil Brasileiro, podendo resultar em outras implicações maiores, como atentar contra o princípio contraditório e a ampla defesa prevista na Lei Maior. Ora, imagine-se a declaração de nulidade em sentença (o que é o correto): quando poderá o fornecedor se manifestar naquela instância sobre determinada declaração? E caso se queira questionar tal declaração em instâncias superiores, caso STJ, deve-se ignorar o pré-questionamento?

Norma, pelo nosso entendimento, é o que está escrito no texto legal. É inconcebível que se dê o caráter de ordem pública àquilo que surgirá de uma interpretação. Uma interpretação jamais poderia ser um direito posto e um pressuposto, nas lições de Eros Grau.’ (M.V.F.A.S. *Controle Contratual de Cláusulas nos Contratos de Consumo – A possibilidade do controle administrativo em abstrato pelo Ministério Público*, Monografia Jurídica – Curso de Especialização em Direito das Relações de Consumo, PUC-SP).

ser praticado. O mesmo não pode ser afirmado na situação de um consumidor isoladamente, onde trata de seu interesse puramente patrimonial e disponível.

Repetindo: o enunciado normativo do artigo 4º do CDC²⁰³ reflete uma norma-objetivo, cabendo ao Estado de acordo com o cenário da realidade passar a ser um implementador de políticas públicas, o qual teria objetivo de uma obrigação de resultado.

Sem embargo, o legislador *quis* estabelecer uma Política Nacional das Relações de Consumo, como visto no *caput* do texto normativo. Ficam estabelecidos através dos incisos e alíneas os fins, ou seja, os objetivos a serem alcançados. A existência destas normas-objetivo no CDC delinearía o esboço da Política Nacional de Consumo dentro do sistema jurídico. Os fins econômicos e sociais a serem atingidos com estes tipos de norma.

²⁰³ 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;

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;

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

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo

Além do que interessa para Política de Consumo, através de suas normas-objetivo, o CDC também contém as tradicionais normas de conduta e normas de organização. Devendo estas últimas ser interpretadas teleologicamente, ou seja, não de acordo com a interpretação daquele que interpreta livremente os instrumentos isolados.

24.3 Trâmite

Apesar de grande parte dos fornecedores terem sido contra a implantação do CDC, sob argumento de que a legislação desregularia o mercado, e ainda, que o consumidor iria poder tudo, que haveria abusos sob o manto de uma lei, o CDC na verdade apresentou o maior avanço legal daquela época e vem servindo ainda de modelo para vários países do mundo.

Houve ainda no trâmite legislativo, logicamente sob forte influência do empresariado brasileiro, vários questionamentos. Um dos mais lembrados foi o questionamento sobre o processo legislativo utilizado na ocasião, ou seja, o trâmite para a codificação de uma lei seria o de lei complementar e não de simples lei ordinária como ocorrera no caso do CDC. O que é uma verdade; como sabido, o trâmite legislativo de uma lei complementar é muito mais rigoroso e criterioso do que uma lei ordinária.

24.4 Retrato histórico

Apesar de toda controvérsia, a verdade é que a lei 8.078/90 trouxe grandes avanços para o mercado brasileiro. Hoje em dia, pela definição do código, pode-se concluir sem medo de erro que o fornecedor que segue as regras do CDC ainda se utiliza do mesmo em seu proveito; ao invés de contrariar a lei, ele irá caminhar a lado dela porque, além de tudo, é bem visto pelos consumidores. Ora, como fornecedor exigia-se a aplicação dos dispositivos do art. 12 -17 do CDC, ao invés do parágrafo único do artigo 927 do NCC. Exigir-se-ia ainda a aplicação do parágrafo único do artigo 42 CDC, ao invés do art. 940 NCC.

Isso se deve ao fato de que o *codex* apenas vem a regrar algo que é já respeitado e básico para qualquer fornecedor sério e correto; um respeito mínimo aos valores sociais do cidadão, sua dignidade, e em específico quando figura como consumidor.

Ademais, diferente do que se prega, o CDC sempre busca não uma defesa exclusiva e a qualquer preço para o consumidor, mas sim uma harmonia na relação entre o consumidor e o fornecedor. Esta harmonia na relação se dá principalmente na busca do equilíbrio da relação. Relembrado que este dever de boa-fé objetiva é para ambas as partes da relação.

É notória a diferença entre os participantes da relação no campo da suficiência. Grandes empresas entram em campo, ou melhor, no mercado com todo seu aparato de marketing, técnicas e práticas comerciais, em busca do alvo no mercado que é o consumidor, uma mera peça nesse imenso tabuleiro que é o mercado.

Esse consumidor aqui falado, não pode ser visto (mais uma vez) como parâmetro de ‘homem médio’²⁰⁴ – deixemos essa teoria apenas para os civilistas e comercialistas, isolados nas relações que lhe caibam. O homem médio pregado na doutrina é muito *sabido* em relação a um consumidor em face do fornecedor. Entende-se que a grande massa de iletrados é quem deve ser considerada como parâmetro de consumidor porque, aliás, não é só o homem mediano que consome. Pelo contrário, as técnicas persuasivas criadoras de desejos e necessidades atingem tanto a criança como idoso, tanto o analfabeto como os mais cultos, logo, não há que se fazerem médias, parâmetros, pois em menor grau é o que consome também. Ademais, tratando-se em específico de publicidade, seria forçoso querer ignorar certos anúncios direcionados justamente aos consumidores menos cultos, de baixo discernimento. Talvez um ‘homem mínimo’ – e a legislação de forma geral só abraçaria o homem médio ou o homem máximo, justamente aqueles que não necessitariam tanto do protecionismo do CDC.

Outro aspecto bastante relevante é trazido pelo Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Carlos Alberto Salles, o qual expõe:

“Na verdade, a raiz desses problemas está na brutal concentração de renda em que vive o país, produzindo um grande número de não-consumidores, pessoas que, devido à sua baixa renda, estão excluídas do mercado formal de consumo (...) Assim, não se trata de emprestar ao CDC um papel determinante na economia como um todo, mas de

²⁰⁴ Thierry Bourgoignie no mesmo sentido, não aceitando a teoria do homem médio, acresce que: “A imagem habitual dada é aquela, conservadora e tradicional, do consumidor médio ou bom pai de família do qual se espera um mínimo de inteligência, de atenção e de espírito crítico, notadamente diante afirmações ou *slogans* publicitários manifestamente exagerados”. Ressalta-se que o professor belga faz afirmação tendo como base a cultura daquele país. (Thierry Bourgoignie, *O Conceito Jurídico de Consumidor*, Revista de Direito do Consumidor nº 02, RT, São Paulo, p 14.)

reconhecer sua influência sobre o padrão pelo qual estas se desenvolvem em uma dinâmica de mercado, afetando direto e indiretamente os mecanismos de oferta e demanda”²⁰⁵.

Bastante pertinente a lembrança do fator social, feita pelo ilustre promotor. Entretanto, sobre tais posicionamentos seria relevante observar que considerar aqueles cidadãos de baixa renda ‘*não-consumidores*’ torna-se um pouco exagerado; salvo pelo fato de terem sido ignorados por completo das equiparações de consumidor, apesar de possuir baixa renda, não deixam de ser consumidores diretos a todo o momento. Considerando ainda que estes consumidores de baixa-renda representam um alvo em potencial de determinadas empresas, em destaque aquelas que concedem créditos e financiamentos, as quais dependem desses tipos de consumidor para faturarem no mercado. Não ousemos discordar do relevante aspecto levantado pelo promotor, inclusive em destaque como fator mais social e menos econômico-mercadológico.

Cabe ainda um superficial comentário quanto à afirmação de que o CDC influenciaria o mecanismo de grau de oferta e demanda no mercado. Com a devida *venia*, pode até ter um fundamento tal afirmação, mas em um grau muito menor do que afirmam os ditadores do mercado; são outros mais poderosos que influenciam o mercado e a demanda. A legislação consumerista acompanha de longe e só age num fato isolado quando provocada; como visto, a intervenção é exceção. A influência maior no mercado cabe aos fornecedores e especuladores, os quais trabalham sobre a criação de motivos para o consumo, ou seja, os fornecedores ditam os gostos e desejos que os consumidores irão desenvolver.

²⁰⁵ Salles, Carlos Alberto de. *O Direito do Consumidor e suas Influências sobre os Mecanismos de Regulação do Mercado*. Revista Direto do Consumidor nº 17, p. 85-86.

Longe é a intenção de o CDC pintar a imagem de um quadro do fornecedor como este sendo um ‘mal’; ademais, os fornecedores precisam dos consumidores e *vice-versa*; o fornecedor é quem faz sua imagem perante o consumidor; lógico que muita das vezes essa imagem é impossível de ser identificada, mas essa seria a regra.

Retorna-se à questão nunca respondida: essa proteção buscada pelo CDC sob um prisma de justiça não seria tão lógica?

Compreende-se que as já comentadas Políticas Públicas, por uma manobra legislativa e de efetivação, já apresentavam um grau de lucidez na Constituição da República Federativa de 1988 e seus princípios mínimos de justiça.

Será que o meio ambiente não deveria ser preservado e aquele que cause um dano repará-lo? Não é óbvio que as crianças e adolescentes mesmo educados não possuem maturidade suficiente e necessitam de um tratamento diferenciado, uma proteção integral? Por um critério comezinho os idosos não deveriam ser respeitados e tratados de maneira preferencial?

Torna-se mais do que lógico que as leis hoje mais específicas já apresentavam seu recado, não só através do ordenamento jurídico, mas também pela ordem moral. A não seriedade e respeito às previsões constitucionais ocasionaram normas cada vez mais específicas, que na verdade tornam-se manuais e tradutores do que é óbvio e buscado em um Estado de Direito. Não se condena tal atitude, apenas trata-se do reflexo de uma necessidade. Justamente com a intenção de tentar diminuir margem de interpretação para determinadas normas. Obviamente que há outro lado da moeda com tal ato, como surgimento de prováveis novas lacunas e a

pulverização de normas isoladas. Diante das próprias relações de consumo já ocorrem especificações, tal como as normas dos planos de saúde, estatuto do torcedor etc.

Notório que determinados textos normativos, o legislador dá uma abertura para interpretação além do que deveria. Obviamente, com alguma intenção.

Uma outra influência, que se torna repetitiva, mas necessária, é a transformação da sociedade em cenário econômico. Antes se vivia em meio rural, arraigado a tradições e confiança recíproca. Podia-se falar em alternativa de escolha, autonomia da vontade e saber com quem se relacionava.

O poder de barganha era essencial; para alguns a negociação é mais importante do que a mera compra e venda. O cliente/freguês, como chamado, negociava paritariamente com o comerciante. Além de conhecer e confiar naquele de quem comprava, o risco na negociação era totalmente igualitário. A equiparação entre o consumidor e fornecedor era total.

25 CONSUMIDOR E O FORNECEDOR NO CICLO ECONÔMICO

25.1 Relação jurídica de consumo

Não se distancia da definição de Santoro-Passareli, citado por Newton De Lucca, que numa relação jurídica *lato* há ‘a posição de poder de uma pessoa e a posição correspectiva de dever de outra ou outras pessoas’, na relação jurídica de consumo, entendendo, obviamente, o exercício de poder dos fornecedores.

Acompanha-se totalmente o entendimento dos professores Nelson Nery Jr., Newton De Lucca e Ronaldo Porto Macedo que, ao se referirem relação de consumo, não restringirem estas a atos, negócios ou contratos de consumo. Deve-se vislumbrar *relações de consumo*, definição que busca englobar além dos atos jurídicos, todas as práticas corriqueiras no mercado de consumo.

Admitir que há relação de consumo apenas na negociação, na tratativa, é restringir por demais o âmbito de aplicação do CDC, bem como a intenção do legislador. Ademais, seria ignorar totalmente as equiparações²⁰⁶ de consumidores previstas no CDC.

Tomando os ensinamentos de Alcides Tomasetti, o Prof. Newton De Lucca propõe dividir a relação jurídica de consumo em duas qualificações. A relação jurídica de consumo *stricto sensu* seria a relação derivada de um contrato, já a relação jurídica de consumo *lato sensu* abarcaria situações

²⁰⁶ Artigo 2º, parágrafo único do artigo 2º, art. 17 e art. 29 CDC.

amplas onde não seja condição a figura de um contrato. O que não quer dizer, neste último tipo de relação, que não exista um efeito obrigacional; fazendo uso da definição de Tomasetti, são dotados de eficácia jurígena obrigacional. Práticas comerciais, tal como as publicitárias, figurariam nesta categoria de relação.

O ordenamento através do Código de Proteção e Defesa do Consumidor adotou praticamente o sentido econômico para definir a figura do consumidor, em verdade, é o sentido mais amplo. O Prof. Geraldo Brito Filomeno defende a idéia que:

“O conceito de consumidor adotado pelo código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire os bens ou então contrata a prestação de serviços como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade comercial”²⁰⁷.

Em trabalho primoroso o consumerista mestre Newton De Lucca abordou a noção de consumidor sob seis enfoques diversos, ou seja, sentido etimológico, sentido econômico, sentido sociológico, sentido psicológico, sentido filosófico e sentido jurídico. Dar-se-á enfoque principalmente aos sentidos pertinentes a efeito publicitário na relação de consumo.

²⁰⁷ José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001, p 18.

Filomeno também de forma pertinente concede a definição do consumidor no sentido psicológico – ressalta-se que esta definição vai ao encontro de todo objetivo da presente pesquisa, a qual releva o efeito das práticas comerciais no consumidor. “Do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para produção e motivações internas que o levam ao consumo. Neste aspecto, pois perscruta-se das circunstancias subjetivas que levam determinado indivíduo ou grupo de indivíduos por ter preferência por este ou aquele tipo de produto ou serviço, preocupando-se com tal aspecto certamente a ciência do marketing e da publicidade, assumindo especial interesse quando se trata sobretudo dos devastadores efeito dessa, se enganosa ou tendenciosa, diante modernas e sofisticadas técnicas do mencionado marketing e *merchandising*”²⁰⁸.

²⁰⁸ José Geraldo Brito Filomeno. *Manual de Direitos do Consumidor*, 8ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2005, 17-18.

26 CONCEPÇÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DO CONSUMIDOR

Dentre consideráveis definições e teorias, será ressaltada a definição de consumidor mediante duas concepções. Uma concepção objetiva de consumo e uma concepção subjetiva. A opção pelas concepções diferentes trazidas pelo Prof. Thierry Bourgoignie não quer desmerecer ou desconsiderar a antiga dicotomia entre a teoria maximalista e finalista, tanto já tratada na doutrina nacional. Ocorre que para melhor figurar o consumidor nos sistema econômico, no ciclo econômico de produção, optar-se-á pelo majestoso estudo científico oferecido pelo mestre belga.

Esta divisão entre as duas concepções foi estudada de forma aprofundada pelo professor belga Thierry Bourgoignie. Concepções estas já estudadas também pela doutrina brasileira pelos professores Fábio Ulhoa e Newton De Lucca.

26.1 O consumidor como parte no sistema econômico-mercadológico

Sob o ponto de vista econômico o ato de consumir espelha um fenômeno de destruição técnica dos bens e serviços, seja totalmente ou parcialmente. Devendo este que consumou o ato ser destinatário final do bem ou do serviço, num primeiro momento de forma genérica, pode-se intitular este de consumidor. Logo o consumidor sendo responsável pelo último

movimento do ciclo econômico é aquele que destrói um bem, ou mais precisamente, destrói a sua substância, utiliza-o²⁰⁹.

Uma outra face de um sistema de consumo refletiria nas lições de Bourgoignie – seria pôr este no centro de um ciclo econômico global, o qual faria parte do ciclo: produção-distribuição-troca-consumo²¹⁰. Logo, concluir-se-ia, sem embargo, que o ‘consumo’ faz parte como ferramenta dos atos e movimentos do mercado.

Faz-se necessário ampliar o contexto, entendendo que o ato de consumir está totalmente atrelado ao funcionamento do mercado, por conseguinte à economia. Ou seja, o sistema de consumo, como afirmado, faz parte da estrutura de funcionamento da sistemática economia de mercado. Torna-se pertinente a colocação de Bourgoignie acerca da importância do ato realizado pelo consumidor na economia:

“Situar o papel desempenhado pelo consumidor no centro de um sistema econômico não pode, então, se fazer a não ser a partir do exame das condições dentro das quais se exerce a função de consumo no centro do sistema econômico considerado e as relações de interdependência existentes, no sistema, entre os diversos elementos da totalidade produção-distribuição-troca-consumo”²¹¹.

²⁰⁹ Bourgoignie, Thierry, *O conceito Jurídico de Consumidor*. Revista Direito do Consumidor n° 02. p. 17.

²¹⁰ Bourgoignie, Thierry, *O conceito Jurídico de Consumidor*. Revista Direito do Consumidor n° 02. p. 07.

²¹¹ Idem, p. 17.

Retornando ao Ciclo Econômico, a idéia que o fornecedor produtor, ao determinar sua estratégia de produção, fixa-se na figura do consumidor como aquele que tem liberdade para escolher independente de qualquer efeito, não reflete o objetivo empresarial. Bourgoignie atenta ainda que: “A escolha do empresário em fabricar tal bem, e não outro, não resulta tanto da consciência ou do conhecimento que ele tem do estado das necessidades do consumidor, mas da possibilidade maior ou menor de rentabilizar um dos fatores de produção, do capital, fator privilegiado entre outros, o que lhe assegura a acumulação”²¹².

O que não é nenhuma novidade concluir que é o mercado que irá conduzir as demandas, impondo e controlando os desejos e necessidades do consumidor. Logo, falar em liberdade de escolha do consumidor fica muito bonito estampado no papel. A criação de normas de comportamento e normas sociais fica a cargo do mercado com enfoque em suas condições de produção.

Neste momento é que se revela a principal função da prática publicitária. Publicidade esta vista neste momento como um dos principais combustíveis do ato de consumo no ciclo econômico. O efeito publicitário conduzirá o homem à qualificação de consumidor movimentando a última etapa do sistema econômico-mercadológico. Sob este enfoque há uma total visualização mecânica no sistema. Além do efeito²¹³ de manter antigos atos

²¹² Bourgoignie, Thierry, *O conceito Jurídico de Consumidor*. Revista Direito do Consumidor n° 02.

²¹³ ‘Técnicas tão avançadas que permitirão o sistema de produção assegurar a manutenção das demandas que ela se propõe a criar e encorajar: o exercício de pressões sobre a percepção das necessidades e sobre a expressão das demandas por meio da publicidade e dos métodos comerciais mais agressivos, a incitação ao crédito e ao endividamento, a diferenciação artificial dos bens oferecidos ao consumo, a obsolescência programada dos produtos industriais, a entrada no reino das mercadorias e dos serviços anteriormente não tratados com tal (lazer, atividades culturais e esportivas, informação, ...), o extraordinário potencial do desenvolvimento oferecido pelas novas técnicas de comunicação, de informação e de trocas constituem tantos determinantes quanto embaraçados que influem diretamente sobre o processo de consumo. **A espontaneidade das**

contínuos de consumo (já comentada repetição na mente humana), a publicidade também, criará e encorajará novos adeptos.

Para o Prof. Nobert Reich em um processo de circulação e de intercâmbios de mercadorias organizado de tal forma o consumo constitui, de certo modo, o último elo de um sistema de produção e circulação baseado na divisão de trabalho²¹⁴.

O Consumo sem dúvida é um dos elementos do complexo mercado. Para enxergar uma realidade óbvia, qualquer desregulagem no mercado repercutirá no elemento final do ciclo, ou seja, o consumo.

26.2 Concepção objetiva

Deve-se entender pela *Concepção Objetiva* da relação de consumo, aquela que se funda totalmente no ato de consumo e não no sujeito que pratica o ato. A concepção parte de um pressuposto com vistas em todo o processo econômico-mercadológico, concentrando-se na última fase do processo que é o consumo. A concepção fora criticada por ignorar totalmente o agente que pratica o ato do ciclo produtivo.

A crítica neste tipo de concepção, além da já mencionada, traz um argumento de que qualquer um que consumisse no mercado, seja insumo,

escolhas do consumidor, a liberdade e a racionalidade desses aparecem bem teóricas. Normas de comportamento ou normas sociais de consumo são criadas, então o efeito é integrar os modos de consumo nas condições de produção' (Bourgoignie, Thierry, *O conceito Jurídico de Consumidor*. Revista Direito do Consumidor n° 02, RT p. 19.) (os grifos são nossos).

²¹⁴ Nobert Reich *apud* Newton De Lucca. *Direito do Consumidor*.

bens de capital ou de investimentos para empresas, estariam abrangidos pelo Direito das Relações de Consumo. Isto implicaria num desvirtuamento parcial da Política das Relações de Consumo, a qual busca inserir no sistema econômico o real consumidor.

Assim, centrar-se-ia nesta concepção o ato jurídico onde o bem de consumo fosse retirado (em última etapa do ciclo) do mercado de consumo, eliminando totalmente ou parcialmente o valor econômico do bem. A retirada parcial ou total do valor econômico se deve ao fato do bem poder voltar ao mercado; trata-se dos denominados ‘bens de ocasião’.

Sob esta concepção objetiva, para ser tido como consumidor basta retirar do mercado de consumo o bem, diminuindo ou retirando totalmente seu valor econômico. O que implica dizer que o critério da destinação final, bem como as características da vulnerabilidade, não importariam, podendo empresas, profissionais, comerciantes etc., retirar do mercado bens de produção, bens de capital e investimentos, recebendo a denominação de consumidor.

26.3 Concepção subjetiva

Quanto à Concepção Subjetiva de Consumo, ela está centrada na pessoa que pratica o ato de consumo, a qual tem como princípio em nosso ordenamento um consumidor em sentido amplo vulnerável. O respeito à dignidade humana é relevado nesta concepção, o consumidor é tido como cidadão, como homem. Bourgoignie sobre esta concepção lembra que o maior

interesse nesta ocasião é mais sobre a pessoa do que o ato de consumo; deve ser abordada mais a intenção de consumo do que o fato de consumo.

A concepção subjetiva vai de encontro à concepção objetiva, justamente por esta ignorar as influências e métodos que o mercado se utiliza para atingir o fim do ciclo econômico.

Apesar de opiniões contrárias, boa parte da doutrina entende que a concepção subjetiva é a que mais se encaixa no conceito do CDC. Além de diferente de algumas legislações consumeristas, o CDC preferiu utilizar-se da definição de consumidor vinculada ao destinatário final.

Seja na aquisição ou entrada da posse, como adquirente ou usuário de produtos e serviços, a definição de consumidor sobre a concepção subjetiva abarcaria todas estas relações, desde que o fator humano, sua vulnerabilidade estivesse presente. Isto justificaria a previsão em nosso ordenamento das equiparações de consumidor, ou seja, não se faz necessário que seja albergado pelo ordenamento do CDC para que se realize uma relação jurídica de consumo. “A definição de consumidor deve compreender todo usuário de um produto ou serviço sem ter que considerar a natureza da relação jurídica ocorrida pela transferência do bem ou da prestação, nem mesmo a existência de uma transação”²¹⁵.

Basta imaginar um cidadão (ainda não como consumidor) inserido no mercado de consumo sofrendo o efeito manipulador de uma publicidade, ou seja, não há uma relação já estabelecida, mas de acordo com o caso já pode existir uma obrigação/responsabilidade (art. 29 CDC). No caso

²¹⁵ Bourgoignie, Thierry, *O conceito Jurídico de Consumidor*. Revista Direito do Consumidor nº 02, RT, São Paulo, p.27.

dos acidentes aéreos da TAM, aquele que teve sua moradia destruída não possuía nenhuma relação estabelecida com a empresa de transportes. Entretanto, será equiparado ao consumidor por ser vítima do acidente (art. 17 CDC), gerando conseqüente obrigação daquela empresa de indenizar.

Ora, apesar de o CDC em seu artigo 2º prever a ‘destinação final’ para a caracterização de um consumidor, no caso, configurando uma relação jurídica típica, nem de longe seria intenção do ordenamento se restringir a tais casos. Há de se atentar não só aos contratos e relações estritas, mas às obrigações jurídicas em sua forma ampla. Tem de ficar claro que qualquer fornecedor que se estabelece no mercado de consumo já incorre na responsabilidade por sua atividade, no risco de seu negócio. Além de que o CDC não só visa a proteção do consumidor, mas a do próprio mercado de consumo. Perfeito diálogo entre a fonte da Lei 8.137/90 com a da Lei 8.078/90.

Pertinente neste contexto fazer uso de mais um questionamento levantado pela Profª Suzana Catta Preta Federighi: haveria um exaurimento do contrato de consumo? Obviamente que se concluiu que até poder ocorrer um exaurimento do contrato em si, no seu objeto principal, mas jamais um exaurimento da obrigação jurídica.

Entendemos de acordo com o Prof. Newton De Lucca, que apesar de ter sido construída uma definição subjetiva de consumidor, o problema ainda não está resolvido. Isto decorre do fato de que dentro da concepção subjetiva existe a teoria finalista.

26.4 Ato e Atividade

Um outro aspecto bastante esclarecedor para verificar uma relação de consumo ou não, aliás, método já utilizado há tempos pela doutrina comercialista, é constatar se a relação em tese está configurando um ato isolado ou uma atividade já corriqueira. Esclarece o mestre Newton De Lucca que: “O **ato**, como sabemos, consiste numa **ação isolada** praticada por alguém. Trata-se de algo episódico ou ocasional. Na **atividade**, ao contrário, há uma **sucessão repetida de atos**, praticados de maneira **organizada**, de molde a caracterizar-se numa constante oferta de bens ou de serviços à coletividade”²¹⁶.

Obviamente que não irá desmistificar ou resolver de vez a antiga discussão acerca de saber quando há uma relação de consumo e quando não há. Também não se podem ignorar a utilidade e esclarecimento trazidos pelo mestre De Lucca. No direito, em específico na ciência jurídica, há um grande risco em afirmar que algo é absoluto²¹⁷, que determinada questão ou divergência chegou a um fim.

Entretanto, entende-se que vislumbrar que em determinada relação há um **ato** ou uma **atividade** aproxima-se bastante de estabelecer um fim na controvertida polêmica do tipo da relação.

Retirando do mercado de consumo um serviço ou produto episodicamente, estará se configurando um ato. Ato este que não é sistematizado ou organizado, não há uma habitualidade; o produto ou serviço não entrará numa cadeia de produção de determinada atividade. Presente

²¹⁶ De Lucca, Newton. *Direito do Consumidor*, Ed, Quatier Latin, São Paulo 2003, p. 135.

²¹⁷ Há reservas até em afirmar que o direito à vida é absoluto.

então estaria uma relação de consumo a ser tutelada pelo ordenamento do CDC.

Tratando-se de um ato sistemático organizado – configurando uma verdadeira atividade organizada para produção ou circulação de serviços e bens, atividade que faz parte de determinada cadeia produtiva – reflete sem embargo numa atividade típica empresarial, ou melhor, não consumerista. Atividade esta que não deve ser tutelada pelo CDC.

Tullio Ascarelli esclarece esta atividade tipicamente empresarial:

“A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. O termo ‘ato’, ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a ‘negócio’ (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de ‘negócios’ e não puramente de ‘atos’, que pode se apresentar como coordenada a uma ‘atividade’ e, por isso, elemento integrante desta. Essa referência serve para excluir, em minha opinião, a qualificação de empresário em razão do cumprimento de uma pluralidade de atos que tenham, de per si, mero valor instrumental, relativamente a outras operações às quais se deve remontar. Assim, a reiterada subscrição ou mesmo negociação de cambiais não representa, por si só, uma atividade empresarial, a qual ao contrário resultará das operações ulteriores, em relação às quais a emissão e a circulação de cambiais são meios instrumentais, como, por exemplo,

compra e venda de mercadorias a crédito ou a própria intermediação no crédito”.²¹⁸.

Acresceria, a título de sugestão e com fito de adaptar a tutela consumerista, a substituição da terminologia ‘empresário’ por fornecedor. Lembrando que a definição dada pelo CDC a ‘fornecedor’ é muito mais abrangente do que a terminologia ‘empresário’ das normas civilistas e comercialistas. Relembrando as ponderações de Fábio Ulhoa Coelho que todo empresário é fornecedor, mas nem todo fornecedor é empresário.

²¹⁸ Tullio Ascarelli citado em De Lucca, Newton. *Direito do Consumidor*, Ed, Quatier Latin, São Paulo 2003, p. 136.

27 SUBMISSÃO ESTRUTURAL OU VULNERABILIDADE

Manifesto era o ideal capitalista que – centrado na filosofia do iluminismo e em uma visão liberal – formou uma nova concepção entre os contratantes de produtos e serviços. Produção em série, contratos padrões, publicidade, marketing agressivo dentre outros, tudo isso faz surgir um ser alheio, fragilizado, alvo constante de inúmeras práticas.

Logo, surge no próprio corpo da norma a presunção *iuris et de iure* de que exclusivamente dentro do mercado de consumo o consumidor é vulnerável²¹⁹, em outros termos, apresenta certa *submissão estrutural* que

²¹⁹ Não se atendo às inúmeras definições dadas a *vulnerabilidade*, e também não a confundido com hipossuficiência, que se tem em relação aos aspectos processuais. A vulnerabilidade, como princípio, continua sendo um termo de definição totalmente ampla para aplicação no direito.

No CDC, como visto em seu texto, a vulnerabilidade foi eleita como princípio pelo legislador em seu artigo 4º, que trata da Política das Relações de Consumo. Interessante frisar, que o legislador no *caput* do artigo utiliza-se da expressão ‘relações de consumo’, e no inciso I que trata em específico do princípio da vulnerabilidade, utiliza-se deste reconhecimento no ‘mercado de consumo’.

Questionamentos surgem se a vulnerabilidade é presumida ou não. Entendemos que a intenção do Código foi, sim, de presumir a vulnerabilidade do consumidor de uma forma genérica, tentando desta maneira inibir e ao mesmo tempo educar o mercado em seu sentido amplo. Acresce ao fato que o reconhecimento da vulnerabilidade no mercado de consumo é pregado na norma como um princípio, e como foi visto, abstrai mais ainda o conceito da vulnerabilidade. O Prof. Rogério Donnini, em recente aula dada no curso de especialização em Dir. das Relações de Consumo da PUC-SP, definiu princípio como: “princípio geralmente é genérico, dando grande margem em sua definição”.

O Prof. Donnini entende que os princípios por retratarem uma indefinição serve para nortear o sistema, e cita inclusive o Prof. Ricardo Lorezzeti ao afirmar que os princípios são normas que apresentam caráter explícito e implícito. Seriam estes utilizados quando não houvesse uma norma regulando determinada situação. Assim quando ele passa a ser explícito torna-se uma Cláusula Geral. Um exemplo é a Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva.

Face isto conclui-se que se pode utilizar o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor numa maneira difusa, ampla, ou seja, presumindo o consumidor difusamente como vulnerável.

Ocorre que a presunção de vulnerabilidade num caso específico requer uma maior certeza para admiti-la. Logo deve ficar comprovado, após verificado que em dada relação de consumo há uma parte vulnerável e por que é vulnerável. Para isto, como em toda relação jurídica, a análise do caso específico é essencial para atingir um equilíbrio na relação.

Ter uma pré-compreensão, um conceito já formado de que o consumidor, em dada relação é vulnerável pode causar uma parcialidade, a qual pode resultar um atentado à harmonia e ao equilíbrio das relações. Que pesem opiniões contrárias, é preferido um ideal de igualdade centrado numa harmonia e equilíbrio da relação, do que enxergar sem qualquer cautela através de uma presunção de uma parte mais fraca.

Nobert Reich sempre defendera. “Quanto ao direito do consumidor, parece importante assinalar que ele não pode ser compreendido somente como disciplina tutelar, sob pena de estarmos reconhecendo, de certo modo, que o fundamento axiológico de todo esse direito nada mais é do que a tal submissão estrutural”²²⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, sem discordar que a *vulnerabilidade* ou *submissão estrutural* seria a principal justificativa da lei protecionista, daríamos relevância também ao fator da harmonia e equilíbrio

Ainda se não existisse mesmo a vulnerabilidade em determinado caso prático, a legislação permite a busca do equilíbrio na relação de consumo, harmonizando os interesses das partes porque estes ideais também fazem parte da Política Nacional da Relação de Consumo.

Entende-se, apesar da louvável, a intenção do CDC de proteger o consumidor a qualquer custo, face o poderio do mercado capitalista, hoje mais forte devido a globalização. Devemos focar o caso específico, ou seja o fato em si. Só assim poderão ser identificados os princípios a serem prevalecidos e as regras a serem aplicadas.

É questionado já neste momento, conforme argüido pelo Prof. Newton De Lucca, se o legislador teve alguma intenção em específico ao utilizar em certo momento o termo ‘mercado de consumo’ e num outro momento ‘relação de consumo’, será tentado apresentar uma opinião sobre possível intenção ou não do legislador utilizar-se destes termos de forma proposital.

O professor alemão Nobert Reich, citado pelo Prof. Newton De Lucca em sua obra, prefere utilizar-se do termo “submissão estrutural” ao invés de vulnerabilidade. O professor Newton explica qual foi a intenção do professor alemão: “Essa *submissão estrutural* – expressamente reconhecida pelo CDC com a expressão, igualmente feliz, de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Propõe o professor Newton que seria um atentado ao CDC entender uma pequena ou média empresa vulnerável, aplicaríamos o sinônimo ora definido, ou seja, submissão estrutural. Desta maneira poder-se-ia admitir-se que certas empresas também são vulneráveis no mercado perante grandes empresas. Identificando o porquê de tal submissão.

Não há como excluir do mercado de consumo uma alternativa de sistema regulatório que seria muito útil se funcionasse, o qual seria a concorrência. Ousamos afirmar com crivo do Prof. Newton que não há concorrência perfeita. Poder-se-ia questionar se a concorrência no mercado teria alguma influência no mercado de consumo e na Política das Relações de Consumo.

A resposta é óbvia, como foi visto, o mercado funciona através de um ciclo econômico, no qual a etapa final é o consumo. A concorrência no mercado também faz parte deste ciclo, ou seja, faz parte deste ciclo influenciando diretamente esta última fase.

Um outro questionamento, este feito pelo Prof. Newton De Lucca, e já abordado neste trabalho, quanto à utilização do termo “mercado de consumo” no inciso-princípio. O professor questiona basicamente se a *vulnerabilidade* do consumidor existiria apenas no mercado de consumo. O mesmo responde afirmando que seria impossível desvincular a idéia de vulnerabilidade do mercado de consumo, pois a legislação regula apenas o consumidor dentro de seu *hábitat*.

²²⁰ De Lucca, Newton. *Direito do Consumidor*, Ed, Quatier Latin, São Paulo 2003, p. 65.

da relação de consumo. Cabe ainda considerar que esta vulnerabilidade ou submissão estrutural deve ser dentro do mercado de consumo (art. 4º, I CDC).

Não seria absurdo ter perante o mercado de consumo uma relação de consumo onde se apresente um consumidor não vulnerável, entretanto com uma relação de consumo desequilibrada. Não é só esse personagem que vem a ser protegido pela legislação tutelar²²¹. Sem embargo o CDC busca em 90% dos casos proteger a parte vulnerável da relação, mas também o ordenamento busca a harmonia, o equilíbrio das relações.

O comportamento do mercado altera-se conforme as variáveis da economia. O Estado em primeiro momento fica alheio a esses movimentos. Um mercado ideal, com uma concorrência leal apresentaria como atores o consumidor e o fornecedor exercendo uma relação harmônica e equilibrada – o que se desconfigura perante a realidade.

A concorrência entre fornecedores, a lealdade entre si e, como conseqüência, para o com o consumidor provocaram uma necessária intervenção do Estado. Carlos Alberto Salles ressalta que: “... este ideal de liberdade de mercado foi progressivamente corroído por obstáculos técnicos e econômicos, que obstaram a livre concorrência e a mobilidade social necessária para o funcionamento do sistema. O resultado foi um processo

²²¹ ‘Cabe acrescentar, também, que embora o direito do consumidor esteja fundamentalmente voltado para proteger aquele que está, normalmente, em posição de vulnerabilidade na relação jurídica de consumo, isto é, esteja centrado na vigilância sobre aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final, nunca será demais insistir, *ad nauseam*, na idéia absolutamente elementar de que não é só esse personagem que vem a ser protegido pela legislação tutelar’ (De Lucca, Newton. *Direito do Consumidor*, Ed, Quatier Latin, São Paulo 2003, p. 67.)

crescente de estratificação social e de formação de oligopólios e cartéis na economia”²²².

Dessa maneira deve-se ter como visão do mercado aquele que permita a seus atores a viabilidade de negociações e a relação entre seus indivíduos. Quando se fala em intervenção do Estado, não é para que este fosse oposto ao mercado. Seu papel inicial é de disciplinador, regrar condutas entre fornecedores-consumidores e fornecedores-fornecedores.

Assim, principia-se a intervenção do Estado no mercado: para preservar a figura do consumidor, o qual não tem condições de suficiência contra os fornecedores. “A intervenção estatal em defesa do consumidor possibilita um acirramento da atividade concorrencial, uma vez que permite a formação da demanda de maneira mais qualitativa, aprofundando a dinâmica da concorrência e garantindo uma maior seletividade no mercado”²²³.

O que Nobert Reich defende, no entanto, é que pequenas e médias empresas podem ser consideradas tão vulneráveis quanto os consumidores, em face das grandes e hipersuficientes empresas.

Alerta o Prof. Newton De Lucca que, apesar de poder enxergar uma empresa pequena ou média em posição vulnerável em face de grande empresa, ele diferencia do consumidor típico o interesse na relação perante o mercado. A preocupação que pequenas e médias empresas têm em relação às grandes empresas, em verdade, configura um conflito de interesses. Tanto que

²²² Salles, Carlos Alberto de. *O Direito do Consumidor e suas Influências sobre os Mecanismos de Regulação do Mercado*. Revista Direto do Consumidor nº 17, p. 85-86.

²²³ De Lucca, Newton. *Direito do Consumidor*, Ed, Quatier Latin, São Paulo 2003, p. 89.

a idéia da ‘submissão estrutural’ de Reich, geralmente, está atrelada a algum aspecto concorrencial.

Outra questão a respeito da vulnerabilidade é se foi por acaso que o legislador afirmou categoricamente que a vulnerabilidade só ocorre no *mercado de consumo*? Por que não um sentido mais amplo como a vulnerabilidade presente em qualquer *relação de consumo*? Num primeiro momento pensar-se-á em duas idéias bastante freqüentes no meio jurídico, a que o legislador não utiliza palavras inúteis, e de outro lado o antigo dito de Eros Grau acerca da vontade do legislador.

Concordamos com o mestre De Lucca que a vulnerabilidade para ser tutelada pelo CDC deve ser verificada apenas dentro do mercado de consumo. E afirma o professor: “Daí me parecer acertada a conclusão de que a expressão *mercado de consumo* não se apresenta como mero complemento da frase. A vulnerabilidade do consumidor – ainda que potencialmente existente fora desse *mercado de consumo* – não poderia encontrar-se albergada, para efeitos de aplicação da legislação tutelar, senão inserida dentro desse mesmo mercado”²²⁴.

Seria mais elucidativo definir o que deve ser um mercado de consumo, ou melhor, a natureza jurídica do mercado de consumo²²⁵. Algo que a doutrina consumerista ainda pena para definir.

²²⁴ De Lucca, Newton. *Direito do Consumidor*, Ed, Quatier Latin, São Paulo 2003, p. 186. O exemplo dado pelo professor também é bastante elucidativo: ‘Imagine-se a hipótese, no entanto, de alguns consumidores invadirem a propriedade agrícola e usufruírem desses produtos que se achavam armazenados pelo agricultor, ainda não em local próprio para sua comercialização’. Observa-se que os produtos ainda não estavam inseridos no mercado de consumo, logo a tutela do CDC, por exemplo, ainda não albergaria alguma situação. O que não quer dizer que possível situação não possa ser apreciada por uma outra norma.

²²⁵ Nobert Reich arrisca a definir o mercado de consumo como: “em um processo de circulação e de intercâmbio de mercadorias organizado de tal forma o consumo constitui, de certo modo, o

28 APOSTA DOS FORNECEDORES EM SUAS ATIVIDADES

Não é novidade que fornecedores visam o lucro a qualquer preço. Justificam-se por isso as constantes atividades e práticas comerciais abusivas. Mais vale correr o risco de uma reclamação, um questionamento em qualquer que seja o âmbito, esfera ou instância do que deixar de praticar certos atos lucrativos. Em outros termos, seria o papel de uma espécie de cálculo atuarial de certas práticas abusivas em suas atividades.

Economicamente, é totalmente viável agir neste risco, inclusive há vários teoremas, cálculos atuariais e teorias que justificam a prática de certas atitudes que geram danos diretos e a terceiros. Sem embargo, a utilização de certas campanhas publicitárias tem total ciência disto. Logo, o retorno financeiro usufruído por uma publicidade ilícita a um fornecedor supera em muito o risco de uma reclamação junto à justiça, considerando a empresa desde já uma condenação transitada em julgado.

Tratando-se do aspecto jurídico no Brasil, o qual nos interessa a aposta pelos fornecedores é ainda maior haja vista a morosidade do judiciário brasileiro. Não é raro ver um anúncio publicitário na Revista Veja, onde são ofertados produtos com preços altamente atrativos a qualquer consumidor, entretanto, há poucas unidades disponíveis àquele preço. Ora, é óbvio que se trata de uma publicidade com intuito de chamariz, ou seja, levar o consumidor para dentro da loja ou até mesmo ao sítio na Internet.

último elo de um sistema de produção e circulação baseado na divisão do trabalho” (*Mercado Y Derechos*, traducción de A. Font de Ribas, Ariel, Barcelona, 1985, p.158, da obra de Newton De Lucca., *Direito do Consumidor*, Ed, Quatier Latin, São Paulo 2003, p. 181.)

Basta considerar a tiragem de uma edição de uma revista desta e saber que a quantidade ofertada é totalmente insuficiente para a possível demanda. Pode-se até argumentar que fora informado o número exato de unidades na publicidade; entretanto, não pode ser afirmado que tal fornecedor agiu com boa-fé ou lealdade em face dos consumidores. Imaginar quantos consumidores reclamariam de tal prática e requisitariam uma solução junto à justiça é totalmente irrisório, sendo mais válido economicamente manter tal prática publicitária.

28.1 Teorema de Coase

Economicamente, é buscada sempre a solução mais eficiente²²⁶. O Prêmio Nobel de Economia de 1991, Ronald Coase desenvolveu este estudo que denominou “problema da natureza recíproca”. Em resumo, o estudo questionava se, apesar de ‘A’ prejudicar ‘B’ por algum ato ou atividade, seria mais custoso a ‘A’ deixar de exercer tal atividade do que reparar ‘B’.

Esclarecedor para tal teoria é o exemplo de George Stigler, professor-economista da Faculdade de Direito de Chicago. No caso explicitando uma ocorrência de dano ambiental: ‘uma fábrica que polui um rio em que há peixes. A verdadeira questão, segundo ele, não é automaticamente penalizar a fábrica por dano ambiental, e sim entender se o que a fábrica produz, causando a poluição do rio, é mais valioso do que os peixes (ou não). Ou seja, será que não é mais eficiente para a comunidade em

²²⁶Eficiente para os economistas redundaria dizer mais vantajoso, menos custoso.

que a fábrica opera permitir que ela polua (mesmo matando os peixes do rio), uma vez que ela gera empregos, impostos etc., do que interromper a atividade? Observe que a resposta a esse tipo de pergunta pode ser obtida mediante a análise do que ocorreria se um mesmo agente econômico detivesse todos os direitos de propriedade envolvidos no problema. No caso, o que faria uma empresa que poluísse o rio e, ao mesmo tempo fosse prejudicada nas suas atividades de pesca etc. pela poluição por ela causada? Se a resposta for fechar a fábrica, é porque o prejuízo da poluição supera os ganhos com a produção poluidora, e vice-versa²²⁷.

Esta argumentação não é novidade no meio jurídico-ambientalista; reflete o principal argumento dos empreendedores afirmando que, diante um dano ou ameaça de dano, ocorreria um *impacto positivo* para a comunidade local. O que redundaria também na expressão do ‘princípio do poluidor pagador’.

Com isso não há de se olvidar que a “eficiência” de uma publicidade ilícita supera qualquer possível custo com demanda administrativa e judicial, lembrando ainda as possíveis conciliações altamente vantajosas aos anunciantes.

28.2 Risco contratual sob enfoque econômico

Sob cenário estritamente econômico, atendo-se inclusive ao efeito vinculativo da publicidade, oferta ou qualquer tipo de informação.

²²⁷ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito Economia e Mercados*. Elsevier – Editora Campus, Rio de Janeiro 2005, p. 102.

Vinculação esta legal, pois a lei assim o determina (art. 30 CDC), a qual integrará o contrato.

É também calculada pelos fornecedores, em algumas hipóteses, a possibilidade de adimplir ou não sua obrigação contratual. Não resta dúvida que a lei e o contrato, considerando condições normais, obrigam o cumprimento contratual.

Ocorre que, economicamente, às vezes é mais viável descumprir uma obrigação contratual do que cumprir, pois financeiramente é mais econômico, mais “eficiente”. Óbvio que estão considerando os aspectos contratuais principais e acessórios, bem como o custo de possível ajuizamento, mas mesmo assim ainda é compensatório descumprir a obrigação. “Aqui, a inadimplência é vista como uma alternativa pela qual posso incorrer em perdas e danos menores do que se fosse cumprido o contrato. A diferença está em que não se consideram os aspectos morais”²²⁸. Primeiro aspecto, no caso da relação de consumo que contribui para a tese, é o não conhecimento dos direitos por parte dos consumidores, e em seguida seu conseqüente ‘acesso ao judiciário’.

Acerca do tema, os professores Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi apresentam duas possibilidades²²⁹ para hipotética situação:

²²⁸ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito Economia e Mercados*. Elsevier – Editora Campus, Rio de Janeiro 2005, p. 132.

²²⁹ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito Economia e Mercados*. Elsevier – Editora Campus, Rio de Janeiro 2005, p. 132.

1. Se o custo do promitente em cumprir seu contrato for maior do que a responsabilidade contratual por inadimplência, então a ruptura será a melhor solução.
2. Se o custo do promitente em cumprir seu contrato for menor do que a responsabilidade contratual por inadimplência, então cumprir o contrato é a melhor solução.

Sem embargo, fornecedores perante seus consumidores fazem análise de seus custos em cumprimento de certos contratos, conforme demonstrado, há de se desconsiderar os aspectos morais haja vista a reputação de certos fornecedores. Se bem que considerando o mínimo de empresas sérias, acrescentando mais uma vez fator custo-benefício, ainda estará valendo à pena para elas.

Não se enxerga melhor exemplo do que as ofertas publicitárias, tanto por omissão de fato relevante ou até por ato comissivo ambíguo, vale mais conduzir o consumidor ao ponto estratégico do estabelecimento comercial real ou virtual. É o que os economistas denominam solução mais *eficiente*.

Certos abusos com uso publicitário permanecem tendo em vista o ineficiente procedimento judicial. Questionar, desafiar normas e procedimentos faz parte do cálculo de risco dos fornecedores. Diferente seria se o sistema jurídico fosse eficiente, onde as leis e procedimentos funcionassem adequadamente e que o consumidor tivesse um real e eficaz acesso à justiça. Ganha mais força tal argumento, analisando os poucos julgados, e quando, existentes, em grande parte são favoráveis à manutenção de determinadas condutas abusivas.

Atualmente, na jurisprudência do STJ há exatos nove (nove) julgados acerca da prática publicitária do CDC, específicos Recursos Especiais: REsp 595734, REsp 502432 , REsp 327257, REsp 447303, REsp 341405, REsp 396943, REsp 363939, REsp 302174 e REsp 92395. Desses que conseguiriam êxito de chegar a ser apreciado sete (07) foram favoráveis ao consumidor, um (01) em favor do fornecedor e um (01) com um pedido meio absurdo²³⁰ de um consumidor, que fora negado.

Obviamente, que caso se fosse buscar as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a idéia e os parâmetros iriam ser totalmente diferentes. Entretanto, não daria uma noção exata da tendência nacional.

Sob esta teoria Zeca Pagodinho trocou a Schincariol pela Brahma. A repercussão do evento foi tamanha que, até como exemplo acerca da quebra de um contrato, traz lições²³¹. Obviamente além de conseqüências diretas sob o aspecto ético-publicitário em si.

²³⁰ REsp 502432 PROCESSUAL CIVIL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. SEGUNDO ADQUIRENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL.

Feita a aquisição de veículo ao comprador originário, não pode o adquirente, insatisfeito pelo lançamento de outro modelo no mesmo ano, propor demanda em relação à concessionária e à montadora, sob a assertiva de ter sido vítima de propaganda enganosa. A ausência de relação de direito material entre demandante e demandadas conduz à ilegitimidade das rés para figurar no pólo passivo da relação processual. Recurso não conhecido.

²³¹ Recentemente, a mídia veiculou, com particular atenção, o rompimento do contrato que o famoso cantor (e mais famoso consumidor de cerveja) Zeca Pagodinho tinha protagonizado com a fábrica de cerveja Schincariol. Até onde foi possível averiguar, a empresa tinha acertado com o pagodeiro a quantia de um milhão de reais para utilizar sua simpática imagem associada à idéia publicitária em que ele aparece num bar, rodeado de amigos que o provocam a experimentar a nova marca de cerveja, objeto da publicidade.

Pouco tempo depois, talvez ainda sob os efeitos do excesso dos eflúvios espirituosos do carnaval, o país inteiro surpreendeu-se ao ver o mesmo garoto-propaganda, desta vez, empunhando uma garrafa da concorrente e anunciando aos quatro ventos que "aquilo tinha sido um amor de verão", com o conseqüente arrasador efeito publicitário que isso significou para sua "paixão abandonada"... Circulou entre bastidores a informação de que a Brahma teria pago nove milhões de reais pela "traição" ou "infidelidade" do Zeca.

A situação, que caracteriza um rompimento contratual típico, e que augura uma disputa judicial de proporções bíblicas pelas quantias envolvidas, me fez lembrar a teoria do rompimento eficiente do contrato do Prof. Richard Posner, da Universidade de Chicago.

A teoria, extremamente simplificada para os efeitos destas notas, parte da conhecida regra de Pareto que diz que uma sociedade não está na sua posição ótima, se existe, pelo menos, um câmbio que faria com que uma pessoa, nessa sociedade, estivesse melhor ("*better off*") sem que nenhuma pessoa ficasse pior ("*worse off*").

A regra possui uma enorme atração intuitiva. Com efeito, se fosse verdadeira, isso iria significar que qualquer distribuição de riqueza ou poder estabelecido pelas leis poderia ser atacado se não fossem *ótimos* em termos de Pareto. Dessa forma, aparece como uma guia normativa que juristas e economistas poderiam seguir para tentar alcançar uma sociedade melhor.

Insisto na idéia inicial; se, por definição, ninguém seria prejudicado em nada pela mudança, porque razão alguém haveria de objetar?

O Prof. Posner, partindo dessa premissa, desenvolveu sua teoria que defende a idéia de que se um contratante rompe um contrato e fica em melhores condições econômicas depois de pagar os danos para ressarcir a vítima, deve descumprir o contrato, e o sistema jurídico deve apoiá-lo. Em outras palavras, o rompimento ou descumprimento eficiente, deve ser estimulado.

Outra corrente de pensamento, baseado no princípio Kaldor-Hicks, vai além e afirma que é irrelevante a compensação da parte que não descumpriu, se o ganho líquido da parte descumpridora excede a perda daquela, pois, como a sociedade, vista como uma unidade, está mais rica, o rompimento é eficiente. Ou seja, considera-se a maximização da riqueza social e o seu potencial teórico de satisfação das perdas, sem ter em conta se efetivamente essas perdas foram indenizadas.

Para Posner, ainda que o descumprimento seja voluntário ou intencional pode não ser "*culpável*". O promitente pode simplesmente ter descoberto que o seu cumprimento é mais valioso para outro contratante. Nesse caso, a eficiência alcança-se permitindo a aquele contratante romper a sua promessa, apenas indenizando as perdas sofridas pela outra parte. Segundo o analista econômico de Chicago, se o contratante fosse obrigado a pagar mais do que isso, o descumprimento eficiente não seria alcançado, enfatizando ainda que a lei não deve forçar resultados antieconômicos para a sociedade (*Patton v. Mid-Continen Systems*).

O Juiz Posner dá o seguinte exemplo de rompimento eficiente: imagine-se que eu assino um contrato para entregar a A 100.000 peças a 10 centavos cada uma. Depois de ter entregado 10.000 peças, aparece B e me diz que precisa, desesperadamente, 25.000 peças daquelas, caso contrário, terá que fechar sua fábrica com grandes perdas, e me oferece 15 centavos por peça. Eu vendo as peças a ele e, em consequência, não consigo entregar as peças ao contratante A, causando a ele uma perda pelo valor de \$ 1.000. Como eu obtive um lucro adicional de \$1.250 na venda ao contratante B, eu acabo ficando melhor (*better off*) depois de ter indenizado A pela sua perda, e B também, pois a indenização reparou seu lucro cessante.

O rompimento, diz Posner, foi "superior a Pareto", no sentido de que se alcançou um ponto de equilíbrio acima do anterior, pois ambos contratantes originários, mais o terceiro que surgiu depois, acabaram em melhor situação daquela em que se encontravam, sem que ninguém tivesse sido prejudicado.

Nos Estados Unidos, há tempo vem se trabalhando na idéia do chamado "*tort for inducing the breach*", ou seja, um tipo particular de ação que permite atribuir responsabilidade àquele sujeito que, ciente da existência de um contrato, induz um dos contratantes a rompê-lo, para logo contratar com ele. Trata-se, naturalmente, de uma responsabilidade extracontratual e, acho eu, perfeitamente adaptável a nossa figura genérica contida no art. 927 do Código Civil (antigo art. 159). A ação é importante porque permite a aplicação de danos punitivos, ou seja, uma sanção de tipo exemplificadora que vai além da simples reparação do dano causado.

Fiz referência às duas posições (descumprimento eficiente e induzimento ao rompimento) pois ambas representam soluções absolutamente antagônicas para um mesmo problema.

O rompimento do contrato pelo Zeca Pagodinho com a Schincariol poderia ser analisado por Posner simplesmente como um descumprimento eficiente; paga os danos causados e pronto, embolsa o resto (e ponha resto nisso!).

28.3 Teoria dos Jogos

A teoria dos jogos comumente estudada pelas ciências exatas econômicas é mais uma justificativa sob o ponto de vista de lucro, para que fornecedores continuem a exercer determinadas práticas comerciais abusivas, dentre elas, o carro chefe, a ‘publicidade’.

A teoria parte de um cenário em que estão presente duas partes, em nosso caso, a norma legal do CDC e o fornecedor, que interagem cada qual com sua estratégia e um fim de uma relação.

No caso da relação de consumo, fica bem claro pela análise das regras do jogo por parte do fornecedor, no caso de este estudo se dar nas normas legais, “Os estudiosos de Direito & Economia utilizam a Teoria dos Jogos para estudar como as empresas interagem, dada as normas legais, e para

A Brahma, nesse caso, ficaria completamente alheia à questão (apenas indiretamente trazida à tona porque, segundo as informações, teria assumido contratualmente com o pagodeiro o compromisso de responder pelas perdas e danos a que ele será certamente condenado).

Se considerarmos o induzimento ao rompimento como ação ilícita, o papel da Brahma passa a ser fundamental pois se constitui no principal responsável pelos danos resultantes. Se aplicada a teoria dos *punitive damages*, a sanção poderia ser calculada tendo em consideração os lucros obtidos graças à campanha publicitária *infidel*. Imaginando que isso seja possível, por exemplo, calculando o total de vendas no país nos três meses do verão (época da publicidade) e comparando essa soma com o total histórico, poder-se-ia atribuir os incrementos a um efeito da campanha em questão. Os danos punitivos iriam representar não apenas um poderoso instrumento de redistribuição da riqueza injustamente obtida, como também teria um efeito altamente moralizador do próprio sistema contratual que, independentemente de gostos ou preferências por uma ou outra bebida, vem construindo a sua eficácia ao longo dos séculos, baseado no princípio fundamental de que os pactos existem para serem cumpridos. (DÍAZ, Julio Alberto. Zeca Pagodinho, duas cervejas e a teoria do rompimento eficiente do contrato de Richard Posner. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 377, 19 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5463>>. Acesso em: 29 mar. 2006.)

entender como elas influenciam seu comportamento estratégico, como agentes econômicos ou como partes em litígios de diversos tipos”²³².

Os jogadores neste caso serão o Estado, representado pelo poder normativo, e o fornecedor. Não se trata do jogo entre consumidor e fornecedor, o qual seria totalmente desleal, e sim *Controlador* (Norma) *versus* *Controlado* (Fornecedor).

A norma conterà as condutas que devem ser obedecidas pelo fornecedor, obviamente as condutas e suas respectivas sanções legais. O papel do fornecedor será analisar estas normas, considerando-as como estratégia do regulador, e decidir por mera eficiência (ganho financeiro) se é mais vantajoso seguir a conduta imposta pela norma ou desrespeitar (analisados todos os riscos) incorrendo numa sanção, entretanto, tendo mais lucro.

Trata-se apenas de uma abordagem simplória da Teoria dos Jogos, haja vista sua complexidade e discordâncias, para justificar mais uma vez como agem os fornecedores; ou seja, eles sabem que ao praticarem uma publicidade abusiva ou enganosa estão desrespeitando a lei, entretanto, considerando os procedimentos morosos judiciais e administrativos e até mesmo estratégias jurídicas dos advogados destes fornecedores, concluem que vale muito mais à pena, financeiramente, continuar praticando tais práticas.

Cabe frisar que a teoria se limita à norma e às sanções, caso o consumidor ainda for considerar o trâmite dos procedimentos e o teor da

²³² Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito Economia e Mercados*. Elsevier – Editora Campus, Rio de Janeiro 2005, p. 157.

decisão, a probabilidade se altera em prol da manutenção da prática. No caso, em específico do procedimento no judiciário brasileiro.

29 RELAÇÃO - CONTRATO DE CONSUMO

29.1 Breve análise

Contrato reflete o ato de um indivíduo, ou mais de um indivíduo manifestando vossas vontades, repercutindo num negócio jurídico. Estas manifestações de vontade é que configuram o fato contratual, estas condutas vislumbram um fim comum. Dependendo do tipo contratual, a norma prescreve formas a serem observadas. Entretanto, o mais importante é a manifestação de vontade das partes, ou da parte.

Ocorre que certas vontades às vezes destoam entre a vontade real e a vontade explicitada. O inconfundível Hans Kelsen faz pertinente observação:

“Quais as conseqüências que tem uma tal discrepância, é questão que só pode responder-se com base na ordem jurídica, e não através da ciência jurídica. A ordem jurídica pode determinar que não se conclui um contrato criador de Direito quando uma das partes está em posição de poder demonstrar que o sentido in-tendido (por ela visado) de uma declaração é diferente daquele que lhe é atribuído pela outra parte”(Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 274).

Interessante a sintonia entre o tempo, pois se buscar o que Kelsen quis afirmar com este posicionamento, encontrar-se-ia expressamente esta situação no Código de Proteção e Defesa do Consumidor no que valeria mais a vontade real do que a vontade escrita. Óbvio que também nas relações civis

já havia previsões atinentes a estas situações, seja nos vícios de consentimento ou até nos vícios sociais.

Como uma denominação geral, a Prof^a. Maria Helena Diniz define que: “O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo para sua formação, do encontro das vontades das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados”²³³.

Seguir-se-á o modelo proposto pela mesma professora para explicitar os principais princípios relativos às relações contratuais para, enfim, fazer uma comparação com os atos relacionais de consumo.

- i. Princípio da autonomia da vontade – este princípio prega que as partes contratantes podem estipular livremente o conteúdo dos contratos, bem como a autonomia de querer ou não contratar;
- ii. Princípio do consensualismo – o simples acordo e vontade das partes seriam suficientes para gerar um contrato válido, ressalvadas hipóteses que exigem certas formalidades estipuladas em lei;
- iii. Princípio da obrigatoriedade da convenção – espelharia o famoso ditado que os contratos fazem lei entre as partes, é vinculado àquilo que fora acordado entre as partes, outra manifestação deste seria a *pacta sunt servanda*;
- iv. Princípio da relatividade dos efeitos dos negócios jurídicos – prega este princípio que o contrato faz apenas efeito entre as partes contratantes, não pode haver proveito nem prejuízo a terceiros;

²³³ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, vol III.*, p.21.

- v. Princípio da Boa- fé – seria a regra de conduta, comportamento, lealdade entre as partes. Deve ser observada mais a intenção das partes do que o sentido literal da linguagem.

Desde já poderia se questionar se os contratos de consumo espelhariam mais contratos em si ou relações de consumo? Defendemos junto com o Prof. Nelson Nery Júnior, a idéia de relações de consumo, mais do que contrato, justamente por faltar elementos básicos para definição de um simples contrato. Não se quer afirmar com isso que uma relação de consumo não contenha obrigações e responsabilidades, muito pelo contrário.

Ao tratar de contratos na relação de consumo algumas idéias e conceitos precisarão ser repetidos e revistos, haja vista a insistência dos tidos como conservadores, os tradicionalistas, não quererem enxergar as mudanças trazidas pela Lei 8.078/90 (CDC) e mais recentemente pelo atual Código Civil de 2002.

Inicialmente, com o Código Civil de 1916 os contratos eram firmados eivados de ideais iluministas trazidos pela Revolução Francesa de 1789. O Ideal Liberal do século das luzes que até hoje procura conduzir o mercado, conseqüentemente a economia, sempre objetivou uma não intervenção do Estado nas relações entre os contratantes.

Ocorre que a tendência do tempo do Código de 1916 refletia, como em todo mundo, um cenário econômico totalmente diferente. A idéia da propriedade e o meio agrário em que se vivia refletiam atitudes e comportamentos totalmente diferentes entre as partes. A palavra de um homem naquele tempo valia mais do que qualquer coisa ou tipo de garantia;

supriria qualquer risco de negócio. Vale lembrar que a essência de qualquer contrato, em sua grande maioria, é a divisão de riscos. O presente cenário justificaria o que o CDC prevê na figura das contratações *intuitu personae* com os profissionais liberais. Algo surreal.

Assim, vícios de consentimento na relação, fraudes dentre outros defeitos do negócio jurídico, eram exceções. Era permitido então ver figuras como *Autonomia da Vontade* e *Consensualismo* diante as relações entre as partes.

Logo sob aquela visão agrária existiria uma liberdade para contratar, liberdade para escolher e a liberdade para dispor. Era vista uma segurança jurídica nas relações, logo o *pacta sunt servanda* na idéia de que o contrato fazia lei entre as partes tinha seu valor.

Entretanto, as civilizações tendem a evoluir; deixa-se então o modo de vida agrário, passa-se a era da revolução industrial e inicia-se o surgimento da sociedade de consumo pós-Revolução Industrial, fatores como o crescimento populacional, aliado a uma urbanização violenta e necessária, justificam tal mudança.

De forma resumida e genérica a evolução apresenta etapas que coincidem na maioria dos países como o modelo capitalista. Através da história observa-se, com a crise do sistema feudal, o surgimento do mercantilismo, o qual evoluiu tornando-se hoje o capitalismo.

Numa economia onde quem manda é o mercado, o Estado deixa de ter total controle, passando para os especuladores e a classe empresarial esta função. A instabilidade é a marca registrada, a soberania no aspecto da

economia de mercado é utópica. A noção de propriedade que temos hoje é totalmente equivocada, pois não devemos ter mais aquela visão do bem, ou seja, é de se questionar se hoje temos a propriedade ou o uso do bem. Relevante ainda refletir que vivemos numa determinada situação em que precisamos admitir uma desigualdade na busca de uma igualdade.

Inconcebível fazer um estudo sobre contratos e isolar fatores que implicam diretamente sua estrutura. O contrato seja qual for à época a ser estudado é resultado de fatores econômicos e sociais²³⁴. Isso quer dizer que o meio de produção e distribuição repercute diretamente na essência e no modelo contratual. John Esser já afirmava que: “a prática de troca de mercado específica de um dado modo de organização industrial é a fonte da imagem do mercado de trocas específicas de uma dada teoria contratual”²³⁵.

A análise destas fases do modelo de produção e do respectivo modelo contratual terá como base o estudo majestoso do Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. na obra *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. Conforme será observado, a produção em massa e os respectivos contratos de massa sofrem uma considerável mudança em relação aos dias atuais.

O estudo da evolução contratual tem como base o modelo de economia capitalista, sendo estudados os Estados Unidos da América e alguns países da Europa Ocidental. Seria cabível o questionamento – o que teria a ver o modelo brasileiro com isso. A resposta, apesar de infeliz, é óbvia. O Brasil

²³⁴ Ronaldo Porto Macêdo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, acresce que: “é preciso notar que a imagem do mercado de trocas que serve de modelo para formulação da relação contratual varia com a história”, p. 98.

²³⁵ John P. Esser, *The Changing Form of Contract Law*, paper presented to the Social History Association Baltimore, Maryland, November 4-7, 1993, p. 4, retirado da obra de Ronaldo Porto Macêdo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, p. 99.

importa este mesmo modelo de produção, infelizmente apenas neste aspecto, pois sob o aspecto social nada é copiado. Entretanto, nem tudo é perdido, pois sob o aspecto normativo pode se dizer que nossa legislação é modelo em todo mundo, tanto no aspecto material como no processual. Se este é aplicado ou não, é outra estória.

Sem embargo, pode-se afirmar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor sob o aspecto material, e o microssistema processual do CDC, aliado à Lei 7.347/85 (LACP), são os modelos que apresentam menos imperfeição em todo o mundo. Vários países adotam esse modelo.

Tem-se ciência, conforme demonstrado, que antes de um produto chegar ao estágio final do ciclo econômico, passam-se várias fases – desde a matéria-prima, passando por processos industriais intermediários, industrialização final do produto para entrar no mercado de consumo. Logo, cada ato deste repercutirá de alguma forma nas *nuances* contratuais.

29.2 Da manufatura à produção em massa

Até o século XIX o modelo de produção era manufatureiro, isso podia ser visto em países tidos como emergentes naquela época. Segue-se, então, para o modelo de produção, nos dizeres do Prof. Marcelo Gomes Sodré: “em massa e para massa”. Com esse modelo de produção há também uma ampliação da distribuição. Antes a produção era apenas para suprir as necessidades micro, local; com a produção em massa, inicia-se um escoamento além das fronteiras, formando os contornos de uma produção nacional.

Os novos canais de comunicação tiveram grande contribuição para esse escoamento nacional de distribuição. Sem dúvida já refletia os contornos do capitalismo industrial, logo, as estradas de ferro interligando as antigas micro-regiões produtoras, formando uma unidade nacional; os serviços de entregas pelo correio também foram um grande vetor de distribuição de produtos.

A produção em massa foi muito bem acatada pelo mercado; iniciava-se uma preocupação com a qualidade dos produtos, que de início não era tão observada, e surge o fator concorrência. O Prof. Ronaldo Porto Macedo afirma que:

“Nesta época os produtores que obtiveram sucesso adquiriram vantagens no mercado através de sua capacidade de responder de maneira rápida e flexível aos sinais do mercado competitivo. Frente às primeiras ameaças de concorrência no tocante a preço, qualidade, demanda e entrega, os produtores melhor adaptados ao novo tipo de produção esforçavam-se no sentido de se tornarem capazes de reajustar e reformular seus processos produtivos de modo a atingir ou superar as exigências e variações do mercado. Tal capacidade de rápida formulação estava apoiada numa estratégia industrial baseada no uso da maquinaria que poderia realizar processos múltiplos e diversificados e numa planta funcional que permitia a produção de pequenas quantidades de mercadorias”²³⁶.

²³⁶ Ronaldo Porto Macedo Jr., Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor, p. 104.

Há um contraste total com o antigo modelo de produção manufatureira, pois nesta não havia preocupação com a qualidade dos produtos; o índice de produção era reduzido; não havia tanta margem para criação de novos produtos; alto custo com a mão de obra e baixo custo com investimentos.

Devido a estas peculiaridades da produção manufatureira, o modelo contratual correspondente a esta produção eram os *contratos descontínuos*. As características desse modelo contratual eram: a impessoalidade; a contratação presencial, o que destacava a autonomia das partes nas tratativas, barganha e o mútuo consentimento. A característica da descontinuidade se deve ao fato de apresentar uma barganha instrumental, cada ato contratual é isolado dos demais, autônomo e independente. Em resumo, cada ato era tido como um contrato. Fácil de compreender imaginando a simples *tradição*.

Uma outra característica importante deste tipo de contrato era ausência de obrigação e/ou vinculação nas tratativas, no momento de barganha, ou seja, no diálogo, na troca de informações, nenhum efeito jurídico era gerado.

Neste tipo de contrato o ideal de Adam Smith poderia ser visto: a conduta das partes do contrato era egoísta, individualista e instrumental. Nem de longe um aspecto de solidariedade e/ou cooperação²³⁷ se fazia presente. A teoria do *homo economicus* tinha total lugar.

²³⁷ Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, p. 107.

O que até pouco tempo era pregado pelo Código Civil de 1916 era totalmente vislumbrado na época manufatureira, ou seja, autonomia da vontade e liberdade para contratar, um mútuo consentimento, equilíbrio entre as partes (contrato paritário), enfim o típico contrato clássico.

29.3 Produção em massa

Conforme já introduzido, tanto o modelo de produção manufatureira como o respectivo modelo contratual altera-se. Destacam-se do modelo anterior por produzirem grande quantidade de mercadorias com o custo reduzido e efetiva distribuição nacional.

Henry Ford é tido como o pai deste modelo de produção, que introduzia nas indústrias a “linha de produção” e o correspondente aperfeiçoamento do gerenciamento dos processos de produção.

O modelo de gerenciamento adotado buscou mecanismos a fim de prever e criar técnicas de estabilização de mercados de suprimentos e de produtos em níveis que garantissem a plena utilização da linha de produção implantada. Esta mudança na forma de organização da produção capitalista requereu a criação de um novo mecanismo de regulação, no qual um novo direito contratual desempenhará papel central²³⁸.

Estes refletem alguns aspectos da mudança do modelo de produção. Com a produção em massa os índices qualitativos e quantitativos

²³⁸ Ronaldo Porto Macedo Jr, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, p. 114.

melhoram significativamente e os custos com o trabalho diminuem. Logicamente, que a introdução destes mecanismos correspondia a um investimento de longuíssimo prazo.

Assim, para alcançar e suprir tal investimento, era necessário que este modo de produção jamais fosse interrompido, tampouco o número da produção diminuísse. Isso fez com que surgissem certas cláusulas abertas nos contratos, as quais buscariam garantir uma contratação em longo prazo e diminuição de custos nas contratações.

Neste modelo de produção em massa o contrato adotado era o *contrato aberto*. Este tipo de contrato era caracterizado por envolver inúmeras negociações descontínuas ao longo de certo tempo. Com isso, o contato entre os contratantes obrigatoriamente tornava-se mais freqüentes, pois em cada negociação isolada eram revistos quantidade, preço e prazos de entrega.

Justamente por isso eram considerados abertos, pois algumas cláusulas ou itens eram acordados de acordo com a performance do contrato. “De modo geral, o contrato aberto mitiga e relaxa muita das características do contrato descontínuo, tornando a relação contratual dominante menos impessoal, menos *presentificadora*, menos negociada e menos consentida”²³⁹, esses moldes seriam mais característicos de contratos comerciais, os quais não são raros ainda hoje.

Inicia-se também nestes tipos de contrato o surgimento de cláusulas de ajustamentos, considerando riscos e imprevisões. Ao mesmo

²³⁹ Ronaldo Porto Macedo Jr, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, p. 117.

tempo em que os contratos eram mais duradouros, mas contínuos, a oferta como parte de um dos atos contínuos iniciasse relativamente a vincular.

29.4 Esboço de um modelo de indústria flexível e contrato relacional.

Não descartando o modelo de produção manufatureira, tampouco a ainda vigente produção em massa, desde 1970 os meios e os gerenciamentos de produção, conseqüentemente, se alteram com a fase do capitalismo que visa à globalização.

Surge então um modelo de produção de estratégia de especialização flexível. Com isso a produção em grande escala perde para produção de média escala. As linhas de produção, que geralmente eram fixas para uma única produção, se tornam flexíveis, variando com a demanda de novas tendências, enfocada também pela concorrência.

Um mesmo maquinário produz inúmeros produtos e facilmente se adequa às novas necessidades; obviamente, o número de trabalhadores na indústria diminui e eles agora trabalham por produção e não mais por função.

No lugar de produzir grande volume de produtos para toda massa, a produção possui nichos específicos, ou seja, o alvo está pré-determinado. Isto repercute diretamente no tipo de contrato, como será discutido. A produção neste modelo é de longo prazo, entretanto, as estratégias são revistas diariamente de acordo com as tendências do mercado. A repercussão desse modelo de “especialização flexível” vigente é apontada pelo Prof. Ronaldo Porto Macedo:

- i. Redução do trabalho envolvido (“work-in-progress”), à medida que o trabalho qualificado e a inovação tecnológica aumentam a produtividade e diminuem o número de trabalhadores diretamente envolvidos em suas tarefas produtivas;
- ii. A redução do “lead time”, isto é, tempo requerido desde o início da produção até o seu final, pois pelas mesmas razões acima o tempo demandado entre o início do processo produtivo até o seu final torna-se menor;
- iii. Redução do trabalho direto;
- iv. A geração de um produto final de alta qualidade²⁴⁰.

Este modelo contratual seguinte ao neoclássico da produção em massa ainda se adequa; na verdade, podemos identificar uma transição. Não é certo, no entanto, manter o discurso de que se vive ainda sob uma produção em massa. Ele existe mas, como modelo dominante, não reflete a realidade.

Os contratos deste atual modelo de produção são tidos como contratos de longa duração. As características desse contrato se fazem em eliminação e comparação das características dos modelos clássicos e neoclássicos.

Inicialmente, é impossível certificar, nestes contratos, os preços, as quantidades, as qualidades e os prazos para entrega. Esta imprecisão vai

²⁴⁰ Itens copiados *ipsis litteris* da obra do Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr., p. 127.

além da característica dos contratos abertos que ainda determinava regras específicas. Dieter Hart em sua obra *Substantive and Reflexive Elements in Modern Contract Law*, citado por Porto Macêdo, definia desta maneira: “O contrato assume, numa dimensão maior do que a teoria neoclássica é capaz de admitir e incorporar um caráter processual, que adquire a forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual”²⁴¹.

Estes contratos de longa duração, ou relacionais, semelhantes aos de cláusulas abertas, serão ajustados diante do desempenho contratual. Apesar dos princípios trazidos pelo CDC – e alguns destes copiados pelo Novo Código Civil – será inevitável uma nova revista nestes diante das novas tendências trazidas por este modelo industrial e a conseqüente repercussão nos contratos. Ressalta-se que o recém Código Civil estava em trâmite há mais de duas décadas, ou seja, já traz alguns instrumentos ultrapassados pela realidade.

Serviria de alerta para aqueles que ainda sustentam aplicação de princípios e normas puramente clássicos, ainda liberais. Ora, se o modelo tido como novo e que tem como representantes o CDC e Novo Código Civil já tem seus dias contados, não cabe mais discutir questões ortodoxas contratuais e sim exercitar o modelo atual à espera das novas tendências contratuais.

A indústria e o mercado atualmente trabalham com focos específicos, isto representa também contratos para grupos específicos. Para o mercado não há mais a regra de uma massa pura de consumidores, mais focos de consumidores com características específicas. Obviamente que há ainda tipos de produtos e serviços que são regulados para massa como um todo.

²⁴¹ Ronaldo Porto Macedo Jr, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, p.130.

29.5 Repercussão na publicidade

A mudança dos modelos de produção industrial fundamenta mais ainda a idéia, já defendida, de uma publicidade que trabalha em focos específicos.

Ora, se a indústria está produzindo para nichos e não mais para massa, não olvidando a permanência desta, é obvio que as publicidades, ofertas ou informações focarão grupos sociais específicos. Se há produtos e serviços padronizados para determinados alvos, não faz menor sentido projetar um anúncio publicitário para toda massa.

Pode se questionar que, como na publicidade televisiva, a publicidade atinge um alvo indeterminado, contra isto não há qualquer argumento. É totalmente verídico, considerando ainda mais os canais abertos.

Entretanto, também, não se pode concluir que o foco de determinada publicidade são todos telespectadores porque ela está sendo veiculada em um canal televisivo aberto.

Os *softwares* específicos da Microsoft veiculados pelos canais abertos televisivos, ou até mesmo por jornais, contrariam por si a idéia que tal publicidade é para massa, afinal são reduzidos (ainda) aqueles que têm acesso a computadores e Internet. A publicidade clássica das Casas Bahia também lançada em canal aberto não tem como foco as classes econômicas mais

elevadas. Poderiam ser citados inúmeros exemplos de publicidades que trabalham em focos pré-determinados pelo tipo do produto ou serviço.

Utilizando-se mais uma vez do exemplo dos automóveis, não se vê em nenhum lugar uma publicidade de uma Ferrari. No máximo, pode se ver uma publicidade institucional, mas nunca ofertando um automóvel. O público deste tipo de produto não necessita ser provocado para que se venda.

30 BOA-FÉ OBJETIVA

Em consonância com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o C. Civil de 2002 muda totalmente seu foco, tendo como base, ideais como a eticidade, sociabilidade e a operacionalidade.

Há uma significativa mudança no espírito da lei, mas este novo ideal ainda está difícil de ser entendido pelos civilistas e comercialistas.

Atualmente, a exemplo do CDC, o C. Civil de 2002 apresenta duas características, espelhadas através da própria letra da lei, que é a Boa-fé Objetiva e a Função Social do Contrato.

Tratar de contratos, em destaque os de consumo, sem tratar da boa-fé objetiva é totalmente inconcebível, seja esta na manifestação de princípio, cláusula geral ou regra. Seguir-se-á a pesquisa elaborada pelo Prof. Paulo Jorge Scartezzini Guimarães²⁴², que diante de tantas obras consultadas e estudadas, apresentou respeitável abordagem sob a temática da boa-fé objetiva nas relações de consumo.

Tem-se que a origem da boa-fé de maneira geral vem do termo *fides* (latim), este já tratado desde a Roma Arcaica. Na lei das XII tábuas já havia previsão de sanção religiosa no caso de fraudes do patrão em face de seu cliente.

²⁴² Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*, Biblioteca de Direito do Consumidor nº 16, RT.

Após cair em desuso, retorna no período clássico em Roma, entretanto, sob o aspecto puramente processual, estas fundadas na *actiones in ius conceptae*. O Prof. Scartezzini, citando Jairo Vasconcelos do Carmo e J. Cretella Júnior, acresce que: “Corporificou-se na *bonae fidei iudicia*, que buscava no processo, deixando de lado o formalismo, a melhor solução para os litígios contratuais”²⁴³.

Ressurge, novamente, nas questões possessórias. Neste caso o Prof. Menezes de Cordeiro aponta uma confusão dentre as significações da boa-fé com a *nonum et aequum* e a *aequitas*. Já no direito canônico, a boa-fé era tida como ausência de pecado, fazendo oposição à idéia de má-fé. Neste sentido, mais ressaltado é o aspecto subjetivo, iniciando assim, o que seria contemplado no Código de Napoleão, ou seja, diferenciação entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva.

Boa-fé Objetiva, como visto, tem origem no Direito Romano, como *Bonna Fides*; porém, os alemães tomaram sua paternidade e, em 1896, pregam, através do §242 do BGB Alemão, que se deve entendê-la como uma regra de conduta, um dever anexo, seja antes da contratação, durante e após. Com o devido respeito, apesar do Direito Romano, não resta dúvida que os melhores estudos e interpretações deste vêm da doutrina alemã. Esta conduta, como regra geral prima por uma lealdade, confiança, harmonia, proteção, informação e retidão entre as partes; ou seja, não é só para o fornecedor ou o proponente, esta boa-fé é necessária também ao consumidor e ao contratante, em prol da harmonia de vossos interesses. Destaque-se que a boa-fé objetiva não é observada na vontade do agente, mas em sua **conduta**, seu comportamento em todos os momentos da relação.

²⁴³ Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*, p. 57.

Pertinente e precisa observação de Thiago Rodrigues Pizarro, ao esclarecer que a análise da boa-fé subjetiva recai sobre a vontade do agente (concepção psicológica), já a verificação da boa-fé objetiva se dá na análise na conduta (concepção ética)²⁴⁴.

Quanto às adjetivações e qualificações entre princípio, regra geral ou norma da Boa-fé objetiva, não apresenta grande relevância discutir. No entanto, em consonância com uma grande parte dos estudiosos, é entendida a Boa-fé objetiva ora como uma Regra Geral para as relações civis e de consumo em geral, ora como um princípio, elemento de um sistema jurídico.

Para o Direito Alemão a boa-fé é tida inicialmente como um mandamento para o comportamento dos contratantes, sob enfoque dos usos e costumes. Além de que este mandamento não se limita apenas aos deveres acessórios, pois este também é útil como regra suprema.

A boa-fé como regra suprema será útil na aplicação de outras normas simples; o efeito será mais complementador e corretor destas normas. Entretanto, o Prof. Harm Peter Westerman nos atenta que: "... impõe-se precaução, uma vez que cada uma das normas isoladas não só traduzem técnicas jurídicas e proposições didáticas mais ou menos isenta de valoração, mas sim, dão juízos de valor vinculativos. Por isso, a complementação e a correção devem restringir-se a adaptar os juízos de valor legislativos e suportes fáticos imprevistos ou não apreendidos normativamente em seus

²⁴⁴ Thiago Rodrigues Pizarro, *Alteração da Base Objetiva do Negócio Jurídico no Sistema Brasileiro de Direito do Consumidor*. Dissertação de Mestrado defendida na PUC-SP, 2005, p. 78.

pormenores, de modo consciente”²⁴⁵. Com isso, não há como negar a grande semelhança da função complementadora do ‘princípios jurídicos’.

Seria impossível ao legislador prever todos os fatos sociais e para todos estes criar uma norma. A Cláusula Geral do §242 do BGB servirá para este fim, fazendo função de válvula de escape para que se adapte o Direito à equidade. Neste sentido acresce Karl Larenz: “Assim, nos últimos decênios desenvolveram-se no Direito Civil, as mais das vezes apelando ao princípio fundamental da <<boa-fé>>: as doutrinas do abuso do direito, da caducidade (*Verwirkung*), da queda da base do negócio, do <<dever de fidelidade>> do sócio, do <<dever de assistência>> na relação laboral, dos <<deveres de protecção>> e da responsabilidade por *culpa in contrahendo*. É certo que para todas estas doutrinas se encontra o ponto de arrimo legal no §242 do BGB; mas, de facto, elas vão mais além do que pode inferir-se pela via de interpretação e concretização casuística da lei”²⁴⁶.

A concretização deste direito com a boa-fé objetiva, inevitavelmente, necessitará da mutualidade do pensamento sistemático com o pensamento tópico. Canaris, inclusive, atenta ao caso das cláusulas gerais, por que não pensar na concretização de uma cláusula geral da boa fé objetiva: “Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes, - assim se explicando também o fato

²⁴⁵ Harm Peter Westerman, *Código Civil Alemão – Direito das Obrigações*, p. 45.

²⁴⁶ Karl Larenz. *Conceito de Direito*. 4ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, p. 600.

de a tónica jogar uma papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais”²⁴⁷.

A leal e harmoniosa conduta entre as partes seria uma boa manifestação da boa-fé objetiva. Se na manifestação de **princípio**, para dar aparato a toda a legislação e sistema, se **regra geral** para ser aplicada de imediato nas lides, sem deixar margens à interpretação, ou ainda como **cláusula geral** a permitir ao juiz melhor embasamento sob o aspecto decisório ou para positivizar um princípio. Como visto anteriormente, estes deveres acessórios ditados pela boa-fé objetiva devem ser manifestos em todas as fases contratuais, ou seja, pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Tratando das relações de consumo, o legislador brasileiro optou inicialmente como princípio, com a intenção de sua manifestação em todo texto normativo. Logicamente, que isso não descarta sua manifestação como regra e cláusula geral. Certeza que se tem, e defende, é que tratar a boa-fé objetiva como um mero critério de interpretação é reduzir em muito o seu valor, sua relevância e função.

De forma bastante pertinente, o Prof. Paulo Scartezzini identifica várias manifestações da imposição da boa-fé objetiva no CDC. O professor identifica a boa-fé como dever de informação (art. 6º, II, III e IV; art. 8º; art. 9º; § 1º do art. 10; art. 14; arts. 30, 31, 36 e 37; art. 40; art. 43; art. 46 e art. 52), como dever de proteção (art. 6º VI; art. 12 e 14; art. 28 e art. 49), como dever de lealdade (art. 6º, X; art. 8º; art. 21, todos incisos dos arts. 39 e 41 e o art. 42) e, por fim, atinentes à interpretação dos contratos (arts. 51, 53 e 54).

²⁴⁷Canaris, Claus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito na Ciência do Direito*, 3ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p 277.

Especificamente atinente ao contrato, a boa-fé do Direito Alemão serviria para apresentar os pontos positivos e negativos das cláusulas gerais do Direito. A busca por uma cláusula geral só seria suscitada após exaurirem-se todos outros institutos jurídicos. “Ela pressupõe experiência na estimação dos fatos e conhecimento relativos a prejudicialidade, não menos que um juízo maduro sobre a exigibilidade de uma conduta juridicamente correta, bem como sobre a distribuição economicamente justa do risco. De modo global, impõe-se máxima reserva”²⁴⁸.

30.1 Boa-fé objetiva na publicidade

Considerando as lições da professora Suzana sobre ‘Fé’: “A fé é a crença em algo. No Código de Defesa do Consumidor, é a hipótese confiável, a atitude a qual se deve imputar como legítima, por habitualmente legítima”²⁴⁹.

Tratando-se da publicidade, sem qualquer embargo, a principal manifestação da boa-fé objetiva é no dever de informação e da lealdade. Lealdade inerente à própria boa-fé objetiva, da mesma maneira a ‘informação’.

Entretanto, sustentaríamos um destaque maior ao dever de informação na publicidade, afinal se a informação fosse dada devidamente como exigem os moldes do CDC, ousar-se-ia afirmar que não existiria

²⁴⁸ Harm Peter Westerman, *Código Civil Alemão – Direito das Obrigações*, p. 47.

²⁴⁹ Suzana Maria Catta Preta Federighi, *A Publicidade Abusiva que Explora o Medo e a Superstição*, Tese de Doutorado pela PUC-SP, 2000, p. 165.

qualquer publicidade enganosa. Dever de informação, que será visto posteriormente.

Conforme já exposto acerca das condutas impostas pela boa-fé objetiva, imaginar uma publicidade ou informação²⁵⁰ falsa ou parcialmente falsa, omissiva ou comissiva, que induz o consumidor a erro ou uma falsa percepção da realidade, é todo seu contexto contrário a boa-fé objetiva.

Obviamente, que não se desconsidera os aspectos da publicidade abusiva atentatórios aos deveres da boa-fé objetiva. Entendemos que a ilicitude da publicidade abusiva vai muito além do que a boa-fé prega, contraria valores maiores do cidadão, do homem, uma lesividade maior que ultrapassa a seara da relação de consumo.

O trato da *frustração de expectativa pela publicidade* se daria perfeitamente com o dever de conduta imposto pela boa-fé objetiva. Atenta-se tal aspecto principalmente a ser tratado na responsabilidade civil, onde nos moldes tradicionais dos aplicadores não se enxergam elementos na sistemática, que justifiquem uma apreciação e correspondente condenação. Na modalidade de princípio nos outros institutos poderia exercer excelente função de complementaridade. A responsabilidade pela *culpa post pactum*

²⁵⁰ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

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

finitum, também decorrente da boa-fé objetiva, melhor explicará tal raciocínio.

31. DEVERES ACESSÓRIOS E OBRIGATORIEDADE DA OFERTA PUBLICITÁRIA

Decorrente de uma *complexidade intra-obrigacional* o contrato gera deveres principais, acessórios e de conduta (não confundir com obrigações principais e acessórias). Serão focados os deveres de conduta, os quais podem ser considerados acessórios. Reflete esse um efeito direto da Boa-Fé Objetiva.

A conduta imposta pela Boa-fé objetiva é uma regra para ambas as partes, seja no campo da relação civil e comercial, seja na relação de consumo entre o consumidor e o fornecedor. Assim, é para ambas as partes agirem com lealdade, retidão, harmonia, proteção e informação, buscando o elemento fim da relação.

Tratando-se de contratos de consumo, ou melhor, de relação de consumo, destacar-se-á a questão da **informação** ao consumidor não só como da Boa-Fé Objetiva, mas por inúmeras passagens da legislação que exigem a informação qualificada ao consumidor.

É o que ocorre com relação à informação. O artigo 6º, III do CDC, prega que é um direito básico do consumidor uma informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem.

Entendemos que esta informação deva ser qualificada, pois além desses requisitos impostos acima por meio do art. 6º, III CDC, em qualquer

uma de suas manifestações seja informação, anúncio, mensagem, proposta, oferta, publicidade, dentre outros.

Esta deve ser totalmente entendida/traduzida por aquele que foi o destinatário, no caso o consumidor, ou seja, a informação deve chegar totalmente traduzida aos padrões daquele que recebeu. Logo, descarta-se mais uma vez a adoção da idéia do *homem médio* para as relações de consumo. Releva-se ainda comentar um problema para o consumidor quando a informação é excessiva, ou seja, apesar de ser volumosa não atinge sua função mínima.

Sem dúvida o maior defeito (ou vício) nas relações de consumo é a falta ou a indevida informação. Se o mercado oferecesse uma informação devida aos seus consumidores, sem dúvida as demandas consumeristas iriam diminuir de forma significativa.

Como se trata de contratos, seus efeitos e conseqüências, o CDC além do art. 6º III previu o artigo específico. O artigo 46 CDC ressalta mais uma vez a questão da informação. Este artigo tem como escopo inibir uma prática que até hoje não diminuiu, destaque para os casos de *contratos por adesão*, ou seja, a não informação daquilo que está sendo estipulado através das cláusulas.

Neste aspecto o mercado necessita se educar muito ainda; o texto normativo do artigo ainda permanece ignorado. Destacariamos nesses casos as financeiras, bancos, cartões de crédito, dentre outros do gênero.

Louvável será o dia em que um banco ou instituição financeira explique no contrato de mútuo que há uma cláusula mandato, um excesso de

garantia, atrelado por uma nota promissória ao contrato, que há juros moratórios, compensatórios, comissão de permanência, e ainda que estes juros são calculados em sua função exponencial. Isto seria atender ao que prega o artigo 46 CDC juntamente com o artigo 6º, III do CDC.

31.1 *Culpa in Contrahendo* (Responsabilidade Pré-Contratual)

Uma das conseqüências que o contrato pode causar já se inicia em suas tratativas, no período pré-contratual. Tratando de relações de consumo, e até mesmo civil, é de extrema importância a análise do momento pré-contrato. Poder-se-ia citar as questões dos vícios de consentimento e vícios sociais, os quais podem gerar obrigações ou responsabilidades, dependendo do caso.

Motivo de indagação dentre os doutrinadores pátrios e estrangeiros é a natureza jurídica da *culpa in contrahendo*. Unânime apenas que essa responsabilização ou obrigação decorre do dever de conduta imposta pela boa-fé objetiva.

Assim, questiona-se se a *culpa in contrahendo* tem natureza de responsabilidade ou obrigação. E ainda, se no caso de responsabilidade, esta seria responsabilidade contratual ou extracontratual.

Há uma proposta ainda para uma terceira espécie de responsabilidade, denominada *terceira via*, a qual estaria entre a responsabilidade contratual e a extra-contratual. A divergência decorre

também da questão da formação do contrato ou não; apenas o vínculo relacional é certa.

31.1.1 Oferta do CDC

No caso da relação de consumo onde se tem uma oferta publicitária, anúncio, proposta, divulgação ou qualquer informação, a legislação prevê que o meio utilizado vinculará o fornecedor que efetivou; ou seja, é um mandamento legal, uma obrigação e não, em primeiro momento, um caso de responsabilização.

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

Art. 35 - Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.”

Se for uma obrigação legal, pode-se usufruir do dispositivo legal, exigindo sua obrigação, antes de caracterizá-lo como um quadro, uma situação de Responsabilidade Civil.

Ou a *culpa in contrahendo* é uma responsabilidade extracontratual, em seu momento pré-contratual ou é uma obrigação/dever legal.

Como a vinculação da oferta/proposta/informação de caráter publicitário é uma imposição legal, uma obrigação, um dever, uma regra, ainda não se tem presente um quadro para se falar em responsabilização civil. Esta pequena discussão pode parecer inócua, mas repercute em um aspecto.

Estando presente numa questão de obrigação, sob aspecto do direito processual o caminho mais conveniente é a obrigação de fazer nos moldes do artigo 84 CDC, inclusive com possibilidade de tutela liminar. Com a nova redação em vigor do artigo 461 do CPC, sendo impossível o cumprimento forçado, é relevante o fato de que não se terá que passar de um procedimento de conhecimento para um posterior procedimento de execução. A execução das perdas e danos é direta.

Caso defenda-se a *culpa in contrahendo* como responsabilidade. Não está se questionando uma obrigação legal ou contratual; o caminho processual será uma ação de conhecimento com fim condenatório, mas para isso terão de se configurar todos elementos da responsabilidade civil (ato/fato + nexos + dano), mesmo considerando que na responsabilidade objetiva não se aprecia o dolo ou a culpa; entende-se um procedimento mais demorado, o qual contraria a efetiva e facilitada defesa perante o juízo, até porque o consumidor ainda terá que enfrentar o processo de execução.

Por este e outros motivos prefere-se entender e defender que a vinculação, prevista nos artigos 30 e 35 do CDC, não reflete a idéia de responsabilidade de *culpa in contrahendo*, mas uma obrigação legal. Cabendo

lembrar que um dos princípios contratuais do CDC é o da conservação do contrato, o que implica concluir que se buscará sempre a execução deste antes de uma possível transformação em perdas e danos.

31.1.2 Oferta e Proposta ao público do Novo Código Civil (noção básica)

No atual Código Civil a proposta está regulamentada por meio dos artigos 427 – 435. Algumas características devem ser consideradas para este tipo de oferta, vejamos:

- i. Declaração unilateral de vontade – policitante convida oblato a contratar; (na proposta é dirigido à pessoa determinada, na oferta não há especificação).
- ii. Vinculação ao policitante – sem a aceitação do oblato não vincula, após aceitação deste sim;
- iii. Negócio jurídico receptício – declaração de vontade sendo necessária a declaração do aceitante determinado;
- iv. Deve conter todas informações necessárias do respectivo negócio proposto;
- v. Elemento inicial do contrato;
- vi. Cumprimento forçado art. 461 CPC (Lei 8.925/94).

A oferta ao público²⁵¹ prevista no artigo 429 do CC difere um pouco da proposta, pois já de início se apresenta como uma real proposta e não um simples convite. Assim, neste específico caso deve conter os elementos essenciais do contrato (preço, qualidade, quantidade, disponibilidade de estoque, etc.)

Comenta o Prof. Newton De Lucca a questão do efeito relativo da proposta, tomando como base o Código Civil de 1916 em seu artigo 1.080 (art. 427 NCC), levantando justamente a causa da *expectativa criada* na pessoa destinatária. “Tal regra se firma na necessidade de assegurar a estabilidade das relações sociais. Com efeito, quem formula uma proposta de negócio provoca uma legítima expectativa junto à pessoa a quem a endereçou. De maneira que a possibilidade de retirar arbitrariamente a oferta representaria uma fonte de insegurança, capaz de causar prejuízo ao outro contratante, que, de boa fé, acreditou na seriedade da proposição a ele apresentada. Por isso a lei impõe ao policitante o dever de manter sua proposta, sujeitando-o às perdas de danos em caso de inadimplemento”²⁵².

Outra diferença entre a proposta e a oferta ao público, é que esta é dirigida à pessoa indeterminada. Um exemplo é a máquina de refrigerante com fichas, onde há o produto disponível, preço, qualidade e quantidade; o aparelho representaria o policitante e o público, o oblato.

²⁵¹Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.

²⁵²LUCCA, Newton de, *Direito do Consumidor, Teoria da Relação de Consumo*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2003. p. 158.

Esta oferta ao público é considerada de vinculação relativa pois pode ser revogada pela mesma via de divulgação. Deverá conter na oferta ao público inicial esta ressalva de revogação da oferta (parágrafo único do artigo 429 CC).

Considerando a possibilidade de retratação, tanto o polícitante como o oblato pode desistir de sua proposta e de sua contraproposta, respectivamente. O polícitante poderá revogar sua proposta desde que sua retratação chegue antes, ou até ao mesmo tempo da oferta ao oblato (art. 428, IV CC). O oblato também poderá revogar sua aceitação, desde que sua retratação chegue ao proponente antes ou ao mesmo tempo em que a aceitação inicial (art. 433 CC).

31.2 *Culpa Post Pactum Finitum* (Responsabilidade Pós-Contratual)

Este tipo de responsabilidade também decorre das condutas impostas pela Boa-fé objetiva. Vem sendo desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemã e seguida pela doutrina portuguesa.²⁵³

A obrigação permanece mesmo que já extinto o contrato, trata-se dos deveres anexos que devem persistir mesmo após a relação jurídica consumada. Diferente da *culpa in contrahendo*, não há qualquer previsão legal para a responsabilidade pós-contratual na legislação civil, o desenvolvimento decorre da boa-fé objetiva.

²⁵³ Rogério Ferraz Doninni, *Responsabilidade Pós Contratual – No Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 85.

Na legislação consumerista pode-se interpretar algumas intenções de prever essa modalidade. De imediato, como apontado pelo Prof. Nelson Nery o art. 6º, VI CDC, abarca esta responsabilidade pós-contratual ao expor que: “6º, VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

O Prof. Rogério Doninni entende que a *Culpa Post Pactum Finitum* se subdividiria em aparente e em *stricto sensu*. Explica-se: para o professor quando há um mínimo de previsão legal para uma obrigação posterior ao encerramento do contrato, esta seria uma *Culpa Post Pactum Finitum* aparente.

É o caso do artigo 6º, VI, artigo 10, §1º e o artigo 32 do CDC. Ocorrendo também quando se tratar de garantia legal e contratual, ou seja, há previsões para elas²⁵⁴. Assim para que ocorra uma *Culpa Post Pactum Finitum stricto sensu* não pode existir previsão contratual nem legal, pois estas suprir-se-iam por seu vínculo obrigacional.

Acresce o Prof. Doninni que:

“É mister esclarecer, contudo, que se o dever de informação, proteção ou lealdade estiver previsto em lei de maneira específica e que se enquadre no caso concreto, ou ainda

²⁵⁴ Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

*contratualmente, não será hipótese de responsabilidade pós-contratual, mas exato cumprimento de determinação legal que estende os efeitos do contrato, ou disposição contratual que estabelece um certa produção de efeitos*²⁵⁵.

Já se a fundamentação surge do dever de boa-fé objetiva e da probidade, mesmo que previstos em lei, devido sua determinação ampla, poderá se justificar uma *Culpa Post Pactum Finitum stricto sensu*.

Este dever acessório, o qual gera uma responsabilidade pós-contratual, justifica plenamente que uma relação de consumo não se exaure. O que pode se exaurir são as obrigações contratuais do instrumento contratual. Entretanto, não se pode afirmar o mesmo quanto à responsabilidade.

Cabe lembrar que, no caso da prescrição, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ²⁵⁶ começa a contar no momento em que se tem

²⁵⁵Rogério Ferraz Doninni, *Responsabilidade Pós Contratual – No Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumido*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 102.

²⁵⁶ “O instituto da prescrição no CDC está previsto no artigo 27. Assim, diferente do que ocorria no Código Civil de 1916, o CDC estabelece que o prazo é de prescrição e estabelece que este será de 05 anos, não cabendo qualquer discussão.

O texto normativo do art. 27 CDC estabelece que prescreve em 05 anos a pretensão para reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço. Alguns aspectos devem ser observados no artigo, de início a utilização do termo *pretensão* já pré-compreende que trata-se do interesse de ir a juízo.

Outro aspecto de grande relevância é de quando iniciar a contagem deste prazo. O artigo é expresso ao dizer que o prazo se iniciará a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Por mais óbvio que seja, é necessário além do dano o conhecimento daquele que causou, para aí sim iniciar a contagem do prazo quinquenal.

Relevante ainda lembrar que a prescrição prevista no artigo 27 CDC, faz menção a Seção II do CDC. Esta seção, que prevê os artigos 12 à 17 CDC, prevê justamente os casos de responsabilidade pelo fato do produto ou serviço.

O que de maneira nenhuma quer dizer que um vício, que estão previstos na seção III, possa gerar um dano, transformando-se num defeito e conseqüentemente utilizando-se do prazo quinquenal para reparação deste.

Inclusive, com intuito de evitar distorções de entendimentos, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar em sede de Recurso Especial (Resp nº 100.710-SP), estabeleceu um caráter científico aos institutos, aliando a prescrição ao fato do produto ou serviço, e a decadência ao vício do produto ou serviço”. (M.V. F. A. S, *Interrelação entre a Prescrição e Decadência no Código de Defesa do*

ciência do dano e sua autoria. Relembrem-se os casos da talidomida e vacinas *Sabin* em que os danos vieram a se manifestar após décadas. Mesmo caso pode ocorrer com os alimentos transgênicos.

31.2.1 *Culpa Post Pactum Finitum* na publicidade

De grande importância é o entendimento da responsabilidade *culpa post pactum finitum*, no que tange à publicidade, mas principalmente na frustração gerada por esta.

O porquê é bastante óbvio: este tipo de responsabilidade é gerado muitas vezes na tratativa, no momento pré-contratual (*culpa in contrahendo*), vindo a se manifestar no momento posterior onde a relação obrigacional principal já está extinta. Configuração ideal do que ocorre com a frustração da expectativa de consumo pela publicidade.

O consumidor é motivado pela prática publicitária a realizar um ato de consumo, este momento é pré-contratual. Configura a relação de consumo principal, extingue esta e posteriormente surge a frustração motivada pelo efeito pré-relação (publicidade). Daí surge a primeira indagação, se a obrigação fora cumprida devidamente. Ocorre no caso que a violação do direito do consumidor não se deu na obrigação principal, mas no dever de conduta acessório, na quebra da confiança do consumidor gerado pela tendenciosa peça publicitária. Em tese de doutoramento, o Prof. Rogério Ferraz Donnini praticamente esgotou o assunto. Ele faz a seguinte

observação: “A jurisprudência alemã construiu a teoria da *culpa post pactum finitum* a partir de situações em que mesmo após o cumprimento da obrigação, nos exatos termos do contrato, continuavam a existir para as partes certos deveres laterais, acessórios ou anexos, que deveriam persistir mesmo posteriormente à extinção da relação jurídica”²⁵⁷.

Donnini nos atenta que a teoria foi pouco difundida na Alemanha e nos outros países europeus. Conta, inclusive, dentre estes poucos julgados, o caso da compra e venda de um terreno onde havia uma vista para um monte. O vendedor do terreno na tratativa garantiu ao comprador que aquela vista jamais seria tirada, mostrando até o plano de urbanização local que não permitia edificações ali. Tempos depois, o mesmo vendedor comprou o terreno que ficava entre o negociado anteriormente e o monte, inclusive conseguindo alteração do plano de urbanização para construção, o que resultou na obstrução da vista daquele primeiro comprador.

Diante disto, o primeiro comprador moveu ação por indenização em face do vendedor pelo fato. Em primeira instância perdeu tudo, vindo a obter êxito somente no Tribunal de Revista alemão, sob o fundamento da responsabilidade por *culpa post pactum finitum*. O interessante do exemplo trazido pelo Prof. Donnini em sua obra é que a relação contratual fora cumprida devidamente, além de que não havia nenhuma cláusula que tratasse da não construção de algum imóvel entre o terreno e o monte. Será que tal fato seria um mero dissabor, ou aborrecimento, ou ainda dor de cabeça? Não. Houve sim uma frustração na expectativa do comprador, salientando lembrar que tal caso ocorreu na década de 20 na Alemanha.

²⁵⁷ Rogério Ferraz Doninni, *Responsabilidade Pós Contratual – No Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 85.

Situação totalmente semelhante no uso da publicidade para fomentar o ato de consumo e depois de realizada a relação, a obrigação frustra o consumidor. No ordenamento do CDC não há previsão específica, mas há previsão geral por meio da boa-fé objetiva. E salienta o Prof. Donnini com respaldo do Prof. Nelson Nery que nesta situação a modalidade de **cláusula geral** da boa-fé objetiva. Haja vista que, no presente caso, deve-se tornar uma imposição legal e não mero recurso de hermenêutica. “Note-se que o princípio, quando expresso, seja na Constituição Federal, seja em normas infraconstitucionais, perde a idéia de mero recurso de hermenêutica, para torna-se determinação, ordem, imposição legal, razão pela qual passa a ser considerado uma *cláusula geral*”²⁵⁸.

²⁵⁸ Rogério Ferraz Donnini, *Responsabilidade Pós Contratual – No Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 111.

32. PUBLICIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

“A publicidade é fenômeno jurídico de consumo. (...) Tal como toda e qualquer atividade de fornecimento, a publicidade faz parte da cadeia de consumo, e dela é indissociável; se isolada, é um outro fenômeno jurídico, que não publicidade, mas sim propaganda, não sujeita às previsões do CDC”²⁵⁹.

A Constituição Federal de 1988 por meio de seu Capítulo V, que trata em exclusivo da *Comunicação Social*, artigos 220 a 224 CF, já moldam os limites e as liberdades da comunicação em sua forma ampla. Logo nenhuma lei hierarquicamente inferior poderá contrariar tal ordenamento.

Bem verdade que já se vê certa incongruência no que trata as publicidades no CDC, *in casu*. A incompatibilidade se dá do §4º do artigo 220 CF, com o artigo 10 do CDC, pois por uma interpretação bem abstrata de que a bebida alcoólica e o cigarro são produtos nocivos à saúde, nem no mercado de consumo eles poderiam estar. Acompanhando o raciocínio da Prof^a Suzana, *tudo que é limitado é permitido*.

Entretanto, o pior não é isso. O pior é ter que suportar certas defesas de fornecedores alegando, na base da retórica, liberdades artísticas e de expressão, que a censura acabou faz tempo.

Retornando às relações de consumo, a primeira previsão específica ao tratamento da publicidade se dá por meio do artigo 6º inciso IV

²⁵⁹ Suzana Maria Catta Preta Federighi, *Publicidade Abusiva que Explora o Medo e a Superstição*, Tese de Doutorado pela PUC-SP, 2000, p. 363.

CDC, o qual prevê como um direito básico a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, bem como outras práticas comerciais, abusivas, coercitivas e desleais.

Não é ao acaso que a previsão – em que se proíbe a publicidade enganosa e abusiva no ordenamento do CDC – é no capítulo V onde se tem o título ‘Das Práticas Comerciais’. Não se hesita em afirmar que a publicidade em suas inúmeras manifestações é o carro chefe das práticas comerciais abusivas, conforme dito no item que tratou da ordem econômica, o combustível que faz movimentar o ciclo econômico-mercadológico.

Na seção III do capítulo V do CDC encontra-se de forma mais específica o tratamento da publicidade. Não se quer dizer com isso que seja mais ou menos importante que as outras seções, apenas como critério organizacional do CDC.

Desta maneira, o legislador dividiu-o diante o artigo 37²⁶⁰ CDC, declarando desde já sua proibição à publicidade enganosa e abusiva. Acredita-se que a intenção do legislador não foi jamais limitar entre estes dois tipos de publicidade, e sim apenas destacar estes tipos como os mais corriqueiros e que representam uma preocupação maior.

²⁶⁰ **Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.**

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

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

Ademais, entende-se que pela definição da publicidade abusiva, onde se consta: “É abusiva, **dentre outras**” abarcaria qualquer outra subespécie de publicidade ilícita. É preocupação do legislador, conforme já comentado, não deixar meios ou lacunas. Repete-se o caso do artigo 39 CDC e do artigo 51 CDC, os quais tratam respectivamente das práticas abusivas e das cláusulas contratuais abusivas, as previsões “dentre outras” e “entre outras”. Com isso já se conclui que, tanto a publicidade enganosa como a abusiva, por serem uma prática abusiva, já estariam abarcadas pela previsão do artigo 39 CDC. Logo, aos que pensam que a publicidade comparativa não fora recepcionada no ordenamento do CDC, é melhor rever os conceitos. Se com a prática de uma publicidade comparativa²⁶¹ ocorrer alguma repercussão na relação do consumo, no consumidor, o dispositivo do § 2º do art. 37 CDC poderá sim abarcar a situação, ainda mais considerando o próprio artigo 39

²⁶¹ A Publicidade Comparativa é a publicidade na qual os anunciantes comparam seus produtos. Estas comparações devem ser feitas através dos elementos essenciais e verificáveis do produto ou serviço, ou seja, o conteúdo desta forma de publicidade tem de ser absolutamente objetivo, não se admitindo a comparação que seja excessivamente geral (Antônio Herman de Vasconcellos e Bejamin, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª Edição, p. 305).

Há uma tendência na admissão da Publicidade Comparativa de forma objetiva, como já afirmado. Sendo inadmissível a abusividade e enganabilidade, mais principalmente a publicidade comparativa sobre características subjetivas.

O CONAR, em sua autoregulamentação prevê a publicidade comparativa através de seu artigo 32, este artigo dispõe das condições que devem ser observadas para que se possa utilizar a comparação entre características objetivas dos serviços e produtos a serem anunciados, como já mencionado. Os princípios e limites são os seguintes:

- a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio. (Artigo 32 da Autoregulamentação do CONAR)

CDC. Sob o aspecto concorrencial, onde se gera a grande problemática da publicidade comparativa, a Lei 8.884/1994 também abarca tal situação que prejudique a concorrência ideal.

A idéia central seria a mesma da teoria dos jogos, mas as cartas desta teoria (*Teoria dos Incentivos*) seria justamente a posse da “informação”, ou seja, a assimetria das informações entre os jogadores. A título de conhecimento a Teoria dos Incentivos tem como expoentes James A. Mirlees e William Vickery, os quais foram ganhadores do prêmio Nobel de Economia em 1996.

Em breve síntese esta teoria que trata da assimetria das informações é justificada diante uma relação entre duas partes, ou seja, em uma negociação, uma detém mais informações do que a outra e se aproveita disto. Nisto identifica diretamente o fornecedor anunciante. “Um caso em que isso ocorre é quando há uma *assimetria de informação* entre os agentes, isto é, quando uma das partes na transação sabe mais sobre o bem ou serviço transacionado do que a outra”²⁶². Seria mais um ponto a justificar a prática de publicidades ilícitas.

O fornecedor anunciante sempre deterá mais informações do que os consumidores, e se isso implicar em geração de lucro ao fornecedor, este não hesitará em usufruir desta assimetria em seu favor.

32.1 Princípios ou regras na publicidade

²⁶² Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito Economia e Mercados*. Elsevier – Editora Campus, Rio de Janeiro 2005, p. 259.

Após exaustivas considerações acerca dos princípios, regras e outras espécies normativas seria um todo incoerente não fazer algumas considerações e arriscar vislumbrar na publicidade prevista no CDC, o que realmente deva ser uma regra e o que deva ser um princípio.

Não poderia concordar com algumas doutrinas e trabalhos acadêmicos (dissertações e teses) que apontam um número de princípios só para publicidade que ultrapassa os próprios números de princípios constantes no corpo restantes do CDC.

A preocupação em desfavor da banalização dos princípios é única; estes princípios detêm um importante papel nos sistema jurídico. Os princípios, valores, constituem este núcleo da unidade que irão adequar incoerências e imprevisibilidades. Relembrando o já exposto: “Como as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e mediamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido”²⁶³.

Apesar de ser repetitivo faz-se necessário afirmar que não visualizar a diferença entre princípios e regras pode trazer prejuízo ao próprio consumidor. As situações não previstas em sede do CDC, mesmo em relação

²⁶³ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª Ed., 2ª Tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p.66.

à publicidade irá requerer do aplicador do direito seu exercício interpretativo, valorativo e de adequação a determinada situação, um exercício tópico.

Em determinadas situações em que o CDC já impõe a regra deve prevalecer a vontade da lei e não do aplicador. Determinar inescrupulosamente tal regra como princípio é contrariar os fins da norma protetiva, pois algo que já fora ponderado, avaliado e interpretado pelo legislador pode perder seu efeito se for novamente avaliado pelo aplicador da lei.

Um exemplo clássico, admitir que a vinculação da oferta/informação/publicidade seja um princípio. Será admitido ao aplicador da lei ponderar novamente a norma, avaliar, dar seu juízo valorativo acerca da regra e não do caso em si. A abertura ao pensamento tópico não seria necessária, haja vista não existir nenhuma lacuna ou divergência normativa. Tal conduta resultaria na invasão da esfera de competência do legislador que este jamais permitiu.

Ora, a vontade do legislador está mais do que explícita, ou seja, a oferta vinculará. Não cabe nenhuma abstração a mais acerca do dispositivo. Caberá apenas verificar a premissa maior, a premissa menor e exercitar a subsunção. Diferente seria se fosse um princípio, aí sim permitiria ao aplicador interpretar e valorar a situação em face da norma, muito além do que permite a teoria tridimensional do saudoso mestre Reale. Em vias de praticar atos legislativos.

Mesma situação ocorre com a inversão (distribuição) obrigatória do ônus da prova na publicidade. Trata-se de uma regra clara sem dar qualquer margem interpretativa diferente. Na publicidade, o ônus da

veracidade e não abusividade cabe ao anunciante. É uma regra! Não cabem mais questionamentos ou interpretações que desviem a finalidade da norma.

Face isto, torna-se temerário determinar alguns princípios publicitários no CDC, sob pena de cair em contradição. Entretanto, destacar-se-ão alguns destes princípios não só da publicidade, mas do próprio CDC que tem implicância direta com tal prática.

- I. **Princípio da Boa-fé Objetiva** – Neste caso prefere-se a forma de princípio, haja vista considerações já feitas. A Boa-fé conforme visto é manifesta em todos momentos relacionais, principalmente no momento pré-contratual onde a publicidade se manifestará. O dever de conduta da boa-fé por si só já englobaria o dever de informação exauriente, o dever de conduta harmoniosa, dever de lealdade, dever de transparência. Logo alguns deveres já são inerentes ao próprio princípio da boa-fé. Destacando a informação e a lealdade. Além, obviamente, da repercussão no momento pós-contratual tratado pela *culpa post pactum finitum*;

- II. **Princípio da Vulnerabilidade** – A vulnerabilidade é determinada como princípio não por definição doutrinária ou jurisprudencial, mas porque a lei assim determina (art. 4º CDC). Razão para isto não falta, junto com a busca da harmonia e equilíbrio da relação, tem-se como justificadores de todo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, seu caráter protecionista. A vulnerabilidade do consumidor na publicidade é patente. Ousaria-se afirmar que a característica de fragilidade, vulnerabilidade do consumidor ganha maior destaque quando este é submetido a determinadas publicidades. Justifica este aspecto a

inversão do ônus da prova em absoluto, como regra. Tratando-se da coletividade, então, maior justificativa ainda;

- III. **Princípio da Veracidade** - Também conhecido como da não enganabilidade, estabelece que toda informação veiculada deva ser verdadeira em absoluto, tal princípio vai ao encontro do que o CDC prega acerca da publicidade enganosa. Tanto que o parágrafo único do artigo 36 CDC impõe a todo fornecedor manter consigo todos os dados fáticos, técnicos e científicos que dêem sustentação da veracidade do que foi anunciado. Cabe frisar que o princípio da boa-fé objetiva já faz tal exigência;
- IV. **Princípio da Não Abusividade** – Estabelece que os anúncios publicitários devam respeitar valores éticos e morais da sociedade, a incolumidade do indivíduo. A correspondência é direta com que CDC estabelece em seu § 2º do artigo 37;
- V. **Princípio da Identificação** – Este vem assegurar ao consumidor saber quando está se tratando de publicidade mesmo, identificá-la como tal. É o que o *caput* do artigo 36 CDC estabelece imediata e facilmente identificável.

Tem-se ressalva em admitir a **informação** como um princípio ou até mesmo como regra, talvez um *tertius genus*. Certo que a ‘informação’ no CDC tem lugar resguardado e destacado. Não é à toa que em vários momentos do presente estudo a informação foi tratada em suas diversas maneiras. Na publicidade não se furtaria esta característica, haja vista a informação ser a essência da publicidade.

Hesitou-se em admitir que a informação seja um princípio conforme prevê o inciso IV do artigo 4º do CDC, pois há uma especificação no inciso de educação e informação de fornecedores e consumidores acerca de seus direitos com vista à melhoria do mercado de consumo. Seria bastante limitativo admitir a informação como princípio no contexto deste inciso.

A natureza da informação no CDC sem dúvida carrega certa particularidade. Em dissertação de mestrado pela PUC-SP, hoje como excelente obra²⁶⁴ publicada, o Prof. Alexandre David Malfatti tratou exaustivamente do assunto.

Ocorre apenas um detalhe que não supriu a dúvida existente. No título da obra está escrito: *Direito – Informação no CDC*. Observa-se que não há uma categórica afirmação acerca da natureza da informação, ou seja, se é um direito, se é um princípio ou se é um dever. No desenvolvimento da obra encontram-se as três manifestações de ‘informação’, entretanto o próprio título do trabalho deixa em aberto tal natureza.

É perfeitamente compreensível tal indefinição. Aliás, não será apresentada uma solução para tal situação, apesar do esforço dispensado.

A informação do CDC desde seu artigo 6º, III é um direito básico. Implicaria concluir que todos os 119 artigos do CDC deveriam sempre considerar o direito básico de informação. O legislador, com a melhor das intenções, resolveu não só pregar a informação como um direito básico, como repetir este dever em várias posições diferentes do corpo do CDC.

²⁶⁴ Alexandre David Malfatti, *Direito – Informação No Código de Defesa do Consumidor*, Editora Alfabeta Jurídico, São Paulo, 2003.

Pode se exemplificar, além do artigo 6º, III; artigo 8º e seu parágrafo único; artigo 12; artigo 14; artigo 18; artigo 19; artigo 20; artigo 30; artigo 31; artigo 37; artigo 39 VII; artigo 43; artigo 46; artigo 54 etc. Eles retratam as mais diversas maneiras de exigir a informação devida, qualificada, entendível ao destinatário. Caso este destinatário não entenda o conteúdo desta informação, não pode ser nem afirmado em sua forma mais ampla que houve uma comunicação.

A própria Boa-fé Objetiva em suas manifestações impõe o dever de informação, transparência, lealdade, eticidade, retidão. Logo admitindo a informação como um princípio, encontraria tal inserido dentro de outro princípio.

Sendo a melhor saída deixar em aberto tal natureza ou qualificação da informação, elevando ao máximo seu grau de importância na relação de consumo. Relevando-se apenas que a informação prevista no CDC, em regra²⁶⁵, é um **Dever**, uma Obrigação do fornecedor e um **Direito** do consumidor.

32.2 Publicidade enganosa

Através do artigo 37, § 1º, CDC, o legislador proíbe a publicidade enganosa e a define como: “...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

²⁶⁵ Faz-se tal ressalva, pois alguns momentos o dever de informação também é do consumidor, exemplo a ser citado é a contratação de plano de saúde onde o consumidor, de boa-fé, deve informar a pré existência de doença.

consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

Segundo Cláudia Lima Marques:

“Note-se que o artigo 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que faz veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade. Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa”²⁶⁶.

Ao analisar o *Caráter Publicitário*, tem-se inicialmente que delimitar o que vai ser anunciado – trata-se apenas de uma informação ou de uma comunicação de caráter publicitário.

O suporte utilizado trata apenas do veículo a ser utilizado para que o anúncio chegue ao seu destinatário final, o consumidor. O meio reflete no formato da mensagem, ou seja, tomando, por exemplo, um jornal impresso pode ter um anúncio ostensivo ou publicidade redacional²⁶⁷. Concluindo que

²⁶⁶ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª Ed, RT, São Paulo 2002, cit. p. 678.

²⁶⁷ Adalberto Pasqualoto, *Os Efeitos Obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, RT, São Paulo, 1997, p. 117.

tanto através do meio, suporte ou método pode-se encontrar o caráter enganoso da publicidade.

Ao decifrar o *Potencial Enganoso* da publicidade, Adalberto Pasqualoto é feliz ao citar em sua obra a questão da reserva mental que, apesar de não estar prevista explicitamente no ordenamento consumerista brasileiro, entende-se como intenção do legislador brasileiro. É o que defende Nelson Nery Júnior ao tratar da reserva mental: “...a reserva mental tem por essência a intenção de enganar, mas não necessariamente o objetivo de prejudicar (o que é próprio do dolo), derivando daí as modalidades de reserva mental inocente e reserva mental ilícita”²⁶⁸. A boa-fé objetiva por si já condenaria tal conduta.

É o que o legislador quis dizer no trecho que reza que a publicidade será enganosa quando for por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor.

A falsidade na mensagem publicitária é assim considerada quando o que foi afirmado não consiste na verdadeira realidade, podendo a mensagem ser falsa e não enganosa e também ela pode ser verdadeira e enganosa. Deve-se estar atento à fantasia publicitária entendendo que existe um limite de tolerância para as mensagens otimistas, exageradas (*puffing*) e as humorísticas. No entanto, a omissão de algum dado, que seja de relevância para o ato da compra, torna uma publicidade de mensagem verdadeira falsa por omissão inteira ou parcialmente. Trata-se da publicidade enganosa por omissão.

²⁶⁸ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade NERY. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3ª Ed., RT, São Paulo 2005, p. 229.

Para o Código de Proteção e Defesa do Consumidor só é necessário que a publicidade enganosa induza o consumidor a erro para caracterizá-la. O que se busca então é a capacidade de induzir a erro, não sendo exigido que o consumidor sofra algum dano/prejuízo para se enquadrar como publicidade enganosa. Fácil de visualizar ao imaginar um crime formal.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin acrescenta que:

“Trata-se, como se percebe, de juízo in abstracto e não in concreto. Na caracterização de uma publicidade enganosa o dano do consumidor é um mero plus (com implicações próprias, notadamente na área penal). ‘Capacidade de indução em erro’ quer dizer ‘tendência ao induzir o erro’. Por isso mesmo, não é imprescindível o depoimento de consumidores no sentido de que foram, efetivamente enganados”²⁶⁹.

Nisto, é proposto pelo Prof. Benjamin identificar dois tipos de erros: o erro potencial e o erro real. O nomeado *Erro Potencial* pode estar vinculado a qualquer informação sobre sua natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem e preço. Mesmo um dado que não tenha tanta relevância que foi publicado pode induzir o consumidor ao erro. O Código do Consumidor procurou ir além da intenção do anunciante, ou seja, a previsão que o código faz frente à publicidade talvez nem tenha passado na hipótese do produtor de determinado anúncio. O *Erro Real*, consumado, é um mero exaurimento que, para fins de caracterização da enganabilidade, é irrelevante²⁷⁰. Justa nossa proposta de visualizar os tipos

²⁶⁹ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor-Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª Ed., Editora Forense, Rio de Janeiro 2001, p. 291.

²⁷⁰ Idem.

penais dos crimes materiais e dos crimes formais. No caso da publicidade seria um mero crime formal.

A Lei 8.137/90, Lei dos crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, também tratou desta indução do consumidor a erro através do artigo 7º, inciso VII, que traz uma sanção mais severa referente ao dano publicitário individual: “é crime contra as relações de consumo induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”. Este dispositivo legal vai além, não só se limita ao trato do consumidor, mas também ao **usuário**, ou seja, abarca as relações civis e comerciais.

Como já dito não se faz necessário que haja um dano para refletir o que está prescrito no § 1º do artigo 37 do CDC; o que se faz necessário é apenas a indução ao erro que o anúncio provocou, como coloca Robert Pitofsky: “o que importa não são os efeitos reais da publicidade, mas ao contrário, sua capacidade de afetar decisões de compra”²⁷¹. Justifica-se com isso o contraste com o artigo 171 do Código Penal, o qual exige a configuração do dano.

No que se refere à enganabilidade negativa, ou comumente mais conhecida Publicidade Enganosa por omissão, deve-se ter em mente que a publicidade não veicula todos os dados do produto ou serviço. Sabe-se que a publicidade lida com espaços reduzidos e caríssimos, o que torna inviável para os anunciantes a pretensão de se fazer uma descrição na íntegra do

²⁷¹ Robert Pitofsky, *Beyond nader: consumer protection and the relation of adversiting*, cit. p. 677. Apud Antônio Herman de Vasconcellos e Bejamin, *op. cit.* p. 292.

produto ou serviço. O principal aspecto que interessa ao anunciante é individualizar o produto/serviço, deixando de lado o aspecto descritivo. Até aí não há enganabilidade por omissão, há sim omissão quando deixa de veicular um dado essencial. O que torna relevante é descrever o que se entende por *dado essencial*. Paulo Vasconcelos Jacobina, compartilhando o entendimento com Benjamin, afirma que “ dado essencial é aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”. Tal prática é bastante corriqueira ainda.

Nesse sentido, deve-se estar atento a situações em que, mesmo sendo verdadeira a mensagem, esta pode ser falsa inteira ou parcialmente, ou seja, a mensagem é perfeita em quase todos aspectos, porém, falta um dado necessário que compromete a suposta venda.

O que deve ser entendido é que o dado omitido tem que ser essencial, relevante (art. 37, § 3º., CDC) à busca da pactuação da relação jurídica; o fato omitido é tão relevante que o seu conhecimento anterior levaria o consumidor a não efetivar o contrato. De toda forma, a enganabilidade por omissão representa conduta reprovada pelo Código por constituir uma afronta aos deveres de lealdade, transparência, identificação, veracidade e informação, que devem ser honrados pelo anunciante em face do consumidor.

32.3 Publicidade abusiva

Torna-se ousadia de nossa parte querer tratar da publicidade abusiva, tendo ciência que a Professora Dra. Suzana Catta Preta Federighi já esgotou o assunto tanto na sua dissertação de mestrado como na tese de doutorado, trabalhos estes cuja leitura se recomenda²⁷².

A publicidade abusiva está prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Seção III, artigo 37, § 2º, que assim prescreve: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. 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 criança²⁷³, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à

²⁷² Suzana Maria Catta Preta Federighi, *Publicidade Abusiva – Incitação à Violência*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999, e Suzana Maria Catta Preta Federighi, *Publicidade Abusiva que Explora o Medo e a Superstição*, Tese de Doutorado pela PUC-SP, 2000.

²⁷³ **APA quer proibir comerciais para crianças nos EUA**

A Associação Americana de Psicologia (APA) disse que o governo americano deve proibir comerciais de TV para crianças com menos de nove anos, ou exigir mudanças para evitar que sejam presas de marqueteiros. Segundo o psicólogo Dale Kunkel, da Universidade da Califórnia - Santa Bárbara, autor de um artigo da APA tido como a primeira manifestação pública do grupo em relação ao assunto, há evidências inequívocas de que crianças não percebem que as propagandas são tentativas manipuladoras de vender produtos. Além disso, são rapidamente persuadidas pelos anúncios.

O assunto coincide com o alarme sobre o rápido aumento de obesidade infantil nos EUA. "Muito do que é anunciado às crianças é *junk food*, e os anúncios funcionam", disse Kunkel. De acordo com Marilyn Elias [*USA Today*, 24/2/04], a APA quer uma série de restrições que podem chegar à proibição. Entre as normas que a associação tenta aprovar está a necessidade de mensagens mais claras para sinalizar que o programa terminou e que começaram os comerciais – por exemplo, personagens de TV queridos pelas crianças não devem fazer propaganda de produtos para elas.

Os pais aprovaram o posicionamento da APA, de acordo com Betsy Taylor, do Center for a New American Dream, grupo que favorece comportamento responsável do consumidor. "Muitos pais trabalham por longas horas. Não podemos administrar cada momento dos dias das crianças", disse. Do outro lado, Patrick Trueman, do conservador Family Research Council, diz que "abolir anúncios significa eliminar a TV para crianças; quem vai pagar por isso?" Para Dan Jaffe, da Associação Nacional de Anunciantes, qualquer tentativa de proibir anúncios na programação infantil "levantaria questões muito sérias sobre o cumprimento da Primeira Emenda", que garante a liberdade de imprensa no país. Jaffe rejeita qualquer ligação entre os anúncios de TV e obesidade infantil. Segundo ele, países que proíbem publicidade para crianças, como a Suécia, têm taxas de obesidade mais altas que algumas nações que a tolera.

sua saúde ou segurança.” Pede-se atenção ao ‘dentre outras’ previsto na redação do inciso. Redunda afirmar que qualquer outra situação de publicidade ilícita é abarcada por este parágrafo.

A preocupação principal do legislador neste parágrafo é o respeito aos valores éticos, sociais e morais, garantidos a qualquer cidadão diante de sua dignidade humana, tão resguardada pela Lei Maior. Violar tais valores e direitos não se limita a violar o dispositivo da publicidade abusiva do CDC, vai muito além. É desrespeitar os valores mais velados da Constituição Federal. Inclusive atentando-se ao fato que se destaca na publicidade abusiva uma violação ainda maior aos interesses difusos. Faz pertinente observação a Prof^a. Suzana:

“A tutela dos interesses aqui sujeitos a violação constituem direitos difusos, predominantemente derivados das garantias constitucionais. Não obstante, não está o Estado à deriva destas questões. Como gestor da coisa pública, e garantidor do respeito às liberdades constitucionais, pode e deve atuar, no interesse público de ver respeitada a liberdade de consciência; a publicidade que explora o medo e a superstição se impõe sobre garantias básicas do indivíduo, constitucionalmente previstas. Ao contrário de quase todas as outras modalidades de publicidade ilícita, esta se insere nos direitos sociais, concomitantemente à prerrogativas constitucionais de liberdades públicas”²⁷⁴.

²⁷⁴ Suzana Maria Catta Preta Federighi, *Publicidade Abusiva que Explora o Medo e a Superstição*, Tese de Doutorado pela PUC-SP, 2000. P. 364.

DPDC questiona propaganda da Fiat

Brasília, 04/10/2004 – A montadora Fiat vai responder a processo administrativo por suposta abusividade contida em uma de suas propagandas do modelo novo do Palio. O processo foi

Deve-se não apenas se preocupar com a mensagem que está sendo transmitida, mas também como está sendo veiculada, isto é, a forma como vai ser passada a publicidade aos consumidores, como a mente deste público-alvo vai reagir. É importante que seja lembrado mais uma vez que a publicidade é uma arma poderosa e perigosa.

32.4 Ônus da prova na publicidade

A questão do ônus da prova no CDC tem sido muito discutida e ao mesmo tempo tem-se presenciado muitas divagações acerca do tema, desvirtuando totalmente o que os dispositivos prevêm na lei.

Em regra o tratamento da prova no CDC está previsto no artigo 6º, VIII. Este dispositivo não pode ser lido isolado da regra geral do Código

instaurado nesta segunda-feira (4) pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), a partir de denúncia apresentada por uma consumidora em novembro do ano passado. A publicidade, exibida entre os dias 12 e 14 de novembro de 2003, mostra um ex-presidiário que, ao sair da cadeia, encontra o novo Palio. Logo em seguida, a imagem fica escura e é possível escutar o barulho de vidro sendo quebrado, seguido da frase "Ninguém resiste ao novo Palio". De acordo com o DPDC, o Código de Defesa do Consumidor assegura proteção contra publicidade abusiva, que contenha conteúdo discriminatório, incite a violência, explore o medo ou superstição ou induza o consumidor a comportar-se de forma prejudicial. O conteúdo discriminatório, segundo o DPDC, ficaria caracterizado pela impressão passada ao telespectador de que um ex-presidiário jamais se reabilitará, estando disposto a cometer uma nova infração à lei apenas para ter o veículo. Ao mesmo tempo, incitaria a violência. "A publicidade deixa claro através dos sons emitidos a violência empregada contra bem alheio com o intuito de torná-lo próprio, estabelecendo um precedente perigoso, pois aparentemente permite e aprova essa conduta, visto que `Ninguém resiste ao novo Pálio'", diz a nota técnica da Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos do órgão. A Fiat será notificada e terá 10 dias para apresentar defesa. Ao final do processo, se ficar caracterizada publicidade abusiva, a empresa poderá ser multada em valores que vão de 200 a 3 milhões de Ufir (entre R\$ 212,82 e R\$ 3.192.300,00).

Processual Civil. Logo, não se excetua as relações de consumo na previsão do artigo 333 CPC²⁷⁵.

A possibilidade da inversão trazida pelo artigo 6º, VIII CDC, é justificada pela posição de desequilíbrio que o consumidor apresenta perante o fornecedor; é que legislador quis presumir a vulnerabilidade do consumidor, bem como situações de hipossuficiência.

Logo a arbítrio do juiz, verificada a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, **poderá** ser invertido o ônus da prova em sede processual. Prefere-se entender com o Prof. Anselmo Prieto Alvarez que, apesar de a regra ser ou, há forte tendência que os juizes verifiquem as duas exigências, ou seja, será invertido o ônus verificada a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor. Nas lições de Rizzato Nunes, há mais um dever do que um poder, em verdade um poder-dever ao serem verificadas as condições exigidas.

Há de se considerar como bem lembra o Prof. João Batista Lopes que há, inquestionavelmente, uma carga de subjetividade nesses conceitos²⁷⁶.

E o que vem a significar “ônus”, o termo utilizado tanto no CPC como CDC não quer dizer um ‘obrigação’ de provar, mas sim uma carga. De modo que se não se cumpre este fardo nenhuma repercussão direta ocorrerá, apenas aquele que tinha o ônus e não cumpriu abarcará com as conseqüências

²⁷⁵ Art. 333 CPC. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

²⁷⁶ João Batista Lopes, *A Prova no Direito Processual Civil*, 2ª Ed., RT, São Paulo, 2002, p. 50.

deste, o que pode ser prejudicial, mas não fator essencial. O mestre Nelson Nery Jr. leciona que: “A palavra vem do latim *ônus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe uma obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para obtenção do ganho de causa. A produção probatória no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte”²⁷⁷.

O ônus da prova na publicidade já se diferencia um pouco do ônus previsto nos direitos básicos do CDC. O artigo 38 CDC prevê que o ônus da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem patrocina. Observação imediata: não depende mais da vontade do juiz, aqui se trata da vontade da lei, do legislador.

O legislador quis prever uma conclusão que o juiz obrigatoriamente iria ter com este tipo de prática comercial publicitária; ou seja, não seria nem necessário o presente artigo, pois nunca o consumidor teria suficiência probatória da veracidade e correção em face da prática publicitária; em regra é impossível.

Só o anunciante e agência teriam tal suficiência, logo, se o CDC não previsse este artigo, obrigatoriamente o juiz iria inverter o ônus para prova da correção e veracidade.

Em prática, o que ocorrerá será uma real distribuição de ônus. O do fato constitutivo do direito permanecerá com o consumidor, já o ônus da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária será

²⁷⁷ Nelson Nery Jr. *Código de Processo Civil Anotado e Legislação Processual Civil em Vigor*, 4ª Ed., RT, 1999, São Paulo, p.835.

encargo do fornecedor anunciante. O consumidor levará aos autos suas alegações e fatos constitutivos de seu direito, necessariamente com o máximo de elementos probatórios quando possível, e o fornecedor demonstrará, dentre outros elementos, os dados técnicos e científicos que dão sustentação à demonstração de sua não enganosidade ou abusividade.

O artigo 38 do CDC tem origem direta da Directiva 84/450/CE, alterada pela Directiva 97/55/CE, com apenas uma diferença, esta trata apenas da publicidade enganosa e da publicidade comparativa, o que é plenamente compreensível.

“«a) para exigir que el anunciante presente pruebas relativas a la exactitud de las afirmaciones de hecho contenidas en la publicidad si, habida cuenta de los intereses legítimos del anunciante y de cualquier otra parte en el procedimiento, tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso y, en el caso de la publicidad comparativa, para exigir al anunciante que presente dicha prueba en un breve período de tiempo; y».”²⁷⁸

Reflete com isto a ligação direta do artigo 38 CDC com o parágrafo único do artigo 36 do CDC que exige que o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, mantenha em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

²⁷⁸ Tradução Livre: “para exigir que o anunciante apresente provas relativas à exatidão das informações de fato contidas na publicidade se, tido conta dos interesses legítimos do anunciante e de qualquer outra parte no procedimento, tal exigência parece ser apropriada em vista das circunstâncias do caso e, no caso de publicidade comparativa, para exigir ao anunciante que apresente a referida prova em um breve período de tempo”.

Mais uma vez se conclui que o legislador não diz palavras inúteis, o artigo 38 do CDC deve ser lido por inteiro. A inversão obrigatória do ônus é para comprovar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária.

Assim, em regra, se o anunciante tiver cumprido o que prega o artigo 36 CDC em seu parágrafo único, este ônus previsto no artigo 38 CDC não representará problema ou dificuldade alguma. Outra evidência de tal afirmação é encontrada por meio do Decreto 2.181/97, o qual estabelece as sanções administrativas.

O parágrafo terceiro²⁷⁹ do artigo 14 do referido Decreto 2.181/97, ao tratar do ônus da prova da publicidade, informação ou comunicação, repete praticamente o que o CDC traz em seu artigo 38; entretanto, apresenta dois parênteses explicativos fazendo menção da veracidade com a não enganabilidade e a correção a não abusividade. Será que a correspondência da correção a não abusividade é correta?

Um aspecto que não está bem explicado. Conforme afirmado a diretiva europeia admite a guarda dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem no que trata a publicidade comparativa e enganosa. Não faz menção à publicidade abusiva diferente do sistema pátrio.

Conforme já salientado, é compreensível, pois os valores salvaguardados do CDC atinentes à publicidade abusiva são diferentes dos valores salvaguardados da publicidade enganosa. Por isso que se afirma que na verdade ocorre uma distribuição do ônus *probandi*. Pasqualotto inclusive,

²⁷⁹Decreto 2.181/97, artigo 14, §3º- o ônus da prova da veracidade (não enganabilidade) e da correção (não abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem patrocina.

sob o aspecto da distribuição do ônus, lembra que nas alegações caberia ao consumidor ao menos juntar, obviamente quando possível, a prova do anúncio.

Tratar do ônus em relação à publicidade enganosa não tem tanta complicação. Será verificado no objeto do anúncio, seja qual for a natureza, se possível, mas não necessário, comparando com os dados exigidos pelo parágrafo único do artigo 36 CDC e verifica-se há enganabilidade ou não.

Ou seja, a alegação do consumidor se possível juntada prova, se não o encargo já era do fornecedor anunciante, este leva aos autos e verifica-se a enganabilidade ou não. Obviamente, dentro de condições normais, a grande maioria dos casos de publicidade enganosa repercutirá em caráter patrimonial.

Já para a publicidade abusiva não é tão simplório. Conforme esboçado na definição da publicidade enganosa, os valores ali assegurados não são meramente patrimoniais, são preferencialmente de ordem moral. A repercussão processual não vai ser dada como um cumprimento forçado, ou transformação de perdas e danos como na publicidade enganosa.

Verificar o que é verdadeiro numa publicidade enganosa não requer grande trabalho, ou será verdadeiro, ou será falso. Já analisar o que seja correto requer certo grau de subjetividade, pois correção é qualidade do que é correto, do que se considera bem, do que estão de acordo com as leis e com os bons costumes. Ora, o que é correto para um, pode ser não correto para o outro.

Ter-se-á obrigatoriamente que trabalhar com a responsabilidade civil, em uma complexidade bem maior. Em termos claros, o ônus invertido ao fornecedor para prova de danos morais do consumidor.

Diante de uma publicidade abusiva que incorrer numa ação de responsabilidade civil por dano moral, considerando os valores assegurados na publicidade abusiva, é receoso concluir que caberá ao fornecedor o ônus de provar que a referida publicidade causou um dano à moral de determinado consumidor.

Isto não parece ser a intenção do CDC. Entende-se a intenção do CDC impor a obrigatoriedade, o dever do fornecedor cumprir rigorosamente o disposto do artigo 36 CDC.

Inicialmente, o fornecedor seria forçado a produzir uma prova impossível (art. 333, parágrafo único, inciso II do CPC), o que na regra geral do CPC não é permitido. Se em uma ação de responsabilidade civil comum, onde o encargo da prova é do autor, a complicação para se enxergar o dano moral é alta, imagine entender que, no caso de publicidade, caberá à parte contrária o ônus de provar que o consumidor não teve um dano moral, altamente subjetivo, intrínseco apenas ao possível lesado.

Ora, e se o fornecedor produzir uma prova de que não houve um dano moral? Poderá o aplicador considerar apenas as alegações do consumidor?

E ainda, um dos princípios do próprio CDC é harmonização dos interesses na relação de consumo, ao incumbir o fornecedor um encargo deste, entende-se que não se estará obtendo a melhor das harmonias. Além de

que, o CDC prega a facilitação da defesa do consumidor e isto não implica concluir uma defesa a qualquer custo.

Jamais estará com isso deixando que o consumidor tenha sua defesa apreciada, apenas não pode ser admitida interpretação que leve a uma incongruência no sistema jurídico.

Uma outra solução, que não é nenhuma novidade, parece ser a contida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria da Prof^a Ada Pellegrini Grinover, o qual ao tratar das provas²⁸⁰ incube o ônus a quem melhor tiver condição de produzir, caso impossível, sob aspecto financeiro, incumbirá o Fundo de Direitos Difusos do encargo.

²⁸⁰Art. 15. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

33. TRAÇANDO O TIPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC

Apesar de mais de 15 anos de celebração do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda não é aceita a visualização do fato de frustração de uma expectativa de consumo gerar danos ao consumidor.

Este fato é totalmente constatável por meio das decisões em primeiras instâncias e tribunais; haveria certa resistência em enxergar não uma nova teoria da responsabilidade civil, mas um maior apego às antigas interpretações judiciais e doutrinárias acerca da responsabilidade civil.

Pode ocorrer que por eliminação do que não seja um dano material e a eterna abstração do dano moral, diante de suas inúmeras definições, causem certa dificuldade aos aplicadores do direito fundamentarem tais decisões. É certo que se tratará de valores altamente subjetivos do consumidor, entretanto, ignorar o fato jurídico por não conseguir fundamentar e não declarar que houve dano, não é a demonstração do melhor direito. Aliás, conforme visto alhures, contraria a dinamicidade do Sistema Jurídico e seus instrumentos.

Será buscado auxiliar a visualização de que há sim um dano pela frustração de uma expectativa de consumo. Os exemplos são inúmeros. Não será nominado este tipo de dano para que não caia nas clássicas interpretações do que seja um dano moral ou um dano material e por isso cair numa eliminação das categorias.

Torna-se tão patente tal situação, que o próprio texto normativo proporciona situações em que não resta outra saída senão a conversão em

perdas e danos. Exemplo é uma proposta ou oferta feita por fornecedor não cumprida, e além de tudo de impossível cumprimento forçado. Cabe lembrar que não só na relação de consumo, mas de maneira geral, a nova redação do artigo 461 CPC também só buscará em última hipótese transformar em perdas e danos.

Logo, além de ter sido vítima de uma prática abusiva, *in casu*, publicitária não há como exigir seu forçoso cumprimento seja pelas condições, seja pela oportunidade única.

33.1 Breve noção da responsabilidade civil – Regra Geral

É incontestável que a regra geral estabelecida há tempos, no que tange aos elementos essenciais da responsabilidade civil, se mantém. Desta maneira, os elementos conduta, nexo de causalidade e dano são condições *sine qua non* do tema.

Seja através de enunciado normativo estabelecido na norma hierarquicamente superior, qual seja, a Constituição Federal, até a norma de hierarquia mais inferior, os elementos/condições têm de estar presentes para ao menos ensaiar tratar da questão da responsabilidade civil. Assim, legislações especiais como a que trata do meio ambiente, como as relações consumeristas têm de apresentar os três elementos já citado.

A repercussão para tal exigência não tem parâmetros, muitas das vezes se vêem buscas incessantes por excludentes de responsabilidade, como solução para determinada demanda, sem antes se ater na verificação dos

elementos essenciais: conduta, nexo causal e dano, ou seja, se não há a presença destes elementos constitutivos não se estará falando o mesmo idioma, no caso, responsabilidade civil. No dano nuclear, por exemplo, só se verifica o dano.

33.1.1 Conduta

É mais do que necessário que haja uma conduta humana a qual resultará em um dano. Este ato humano de voluntariedade²⁸¹, seja por ação ou omissão, se faz necessário. Ora, se um ato voluntário por meio da culpa *stricto sensu* já é considerável, imaginemos quando há a real intenção de prejudicar, como no caso do dolo.

Cabe ainda questionar se, como pregam os textos normativos, o ato seja ilícito para que haja responsabilidade civil. Com todo respeito à grande parte da doutrina, não se entende se há responsabilidade civil se apenas o ato for considerado ilícito, a não ser que tal ilicitude ocorra por um exercício interpretativo de normas não específicas de tamanha abrangência. Ou então por considerar que no momento que há dano, o fato torna-se ilícito por vontade de lei.

²⁸¹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho acresce que: “Em outras palavras, a voluntariedade que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar dano, mas sim, e tão-somente, a *consciência daquilo que se está fazendo*. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também na responsabilidade objetiva (calcada na idéia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com sua livre capacidade de auto-determinação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato”.(Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade Civil p. 32)

Isso ocorre pois para que seja considerado ilícito faz-se necessário uma previsão legal determinando tal antijuricidade, o que convenhamos é um contra *sensu* total diante de um Sistema Jurídico. Logo, sob uma concepção mecanicista de um Sistema Jurídico, cada vez que não existisse a previsão legal de um ato humano haveria mais uma paralisação nas engrenagens deste sistema.

Desta maneira, princípios gerais do direito, analogia, costumes, normas calibradoras dentre outros métodos que serviriam para suprir as lacunas legais, seriam totalmente ignorados, a não previsão do ato ilícito corresponderia a não responsabilização civil pelo prejuízo ou dano causado.

Ora, se o próprio Código Civil em variados momentos prevê a possibilidade de geração de danos em determinados casos, principalmente ao tratar dos Direitos Reais (artigo 1313 e art. 1285 do CC 2002). Os quais seriam exemplos de atos lícitos ensejadores de reparações.

Imaginemos situação não impossível de ocorrer, um ato doloso gerando um dano, patente seu nexos causal, entretanto, tal ato não é previsto no ordenamento jurídico como ilícito. Conseqüência de tal interpretação é a não responsabilização.

33.1.2 Dano

Responsabilidade Civil sem dano é algo totalmente inconcebível, logo, seja por responsabilidade contratual, aquiliana, algum *tertius genus*, objetiva ou subjetiva, faz-se necessário a existência de um dano.

Apresenta-se, em decorrência da pertinência, o posicionamento do Prof. Sérgio Cavalieri Filho acerca do dano:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que se reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa”²⁸².

Pode o dano, inicialmente em forma mais ampla, manifestar-se como a espécie material ou como a espécie moral. Trata-se de uma forma de classificação tradicional da doutrina.

33.1.2.1 Dano material ou patrimonial

Sinteticamente e pela própria terminologia, entende-se por dano patrimonial aquele que é gerado, sendo redundante, ao patrimônio. O que na busca da reparação torna-se menos complicado auferir o valor do *quantum* a ser indenizado. Menos complicado, pois na inevitável comparação com o dano moral, entende-se a dificuldade em chegar a um modo de reparar o *statu*

²⁸² Cavalieri Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70.

quo ante. Em regra este tipo de dano é economicamente apreciável, podendo ser redutível a valores pecuniários.

33.1.2.2 Dano moral ou extrapatrimonial

Eis a grande problemática da responsabilidade civil, não na sua certeza de existência, mas na forma de sua apreciação. Ora, não há nada mais subjetivo do que a moral de um homem; sua moral está assegurada por meio de cláusula pétrea da Lei Maior ao tratar da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem²⁸³. Transformar a violação dessas garantias em alguma forma de indenização é sem dúvida uma das mais tormentosas tarefas dos aplicadores do direito em todo mundo, tarefa esta totalmente necessária e inafastável sob pena de incorrer em agressão a algo maior que é a justiça.

33.1.3 Nexo de causalidade

Não poderia ser dada outra definição senão a do Prof. Miguel Maria Serpa Lopes, em sua obra *Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil*, (Vol. V, 4ª Ed. Rio de Janeiro: 1995, Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos), vejamos:

“Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de

²⁸³ Art. 5º, X da Constituição Federal de 1988.

*dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo se multiplicam no tempo e no espaço*²⁸⁴.

Logicamente que todos elementos são importantes, mas impõe-se um alto grau de relevância ao nexo de causalidade. Esta atenção se deve ao fato da existência ou não da possível responsabilização, ou seja, pode-se ter uma conduta geradora de determinado fato e um dano; entretanto, se não se verificasse o elo ligando estes dois elementos, por meio de um nexo, desconfigura-se a responsabilidade.

Outro fator de extremo interesse é o rompimento do nexo causal, ou seja, o rompimento do nexo é muito mais relevante do que as próprias excludentes de responsabilidade. Podemos citar o exemplo da Lei Ambiental²⁸⁵ 6.938/81 que de maneira alguma, pelo menos em seu texto, admite excludente de responsabilidade.

²⁸⁴ Miguel Maria Serpa Lopes, em sua obra *Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil*, (Vol. V, 4ª Ed. Rio de Janeiro: 1995, Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos), p. 218.

²⁸⁵ **Responsabilidade Civil Objetiva em matéria ambiental** - Em nosso ordenamento jurídico brasileiro o histórico da Responsabilidade Civil Objetiva se dá justamente com a legislação ambiental, em específico a Lei 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente, através de seu artigo 14, § 1º, ou seja, no ordenamento jurídico há a obrigação de indenizar, independente do elemento da culpa.

Entretanto, é necessário que fique entendido, diferente do que se vem pregado erroneamente, que o modelo da responsabilidade objetiva não exige apenas o dano para que tente sua reparação, faz-se necessário um nexo causal entre a conduta e o dano gerado, mesmo que tal nexo seja presumido. (Marcus Vinicius Fernandes Andrade SILVA, *Responsabilidade Ambiental - Enfoque No Meio Ambiente Artificial*- Monografia Jurídica, Direito Ambiental, Janeiro de 2005-PUC-SP)

A intenção pedagógica da norma ambiental é até louvável, entretanto quebrado o nexo causal, mesmo em matéria ambiental, não há que se falar em responsabilização. Repudia-se também a defesa que vem sendo feita em matéria de danos ambientais acerca da mitigação e/ou exclusão da análise do nexo causal. A doutrina busca justificar o elemento do “nexo de causalidade” sob o fundamento de três teorias: a Teoria da Equivalência das Condições, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata.

Sem questionar o valor científico da Teoria da Equivalência das Condições, a atual jurisprudência e a doutrina brasileira ainda divergem qual teoria seria adotada no Brasil, inclusive é observado muita das vezes uma confusão entre os conceitos dados nas fundamentações judiciais.

A teoria da causalidade adequada tem como idealizador o filósofo germano VON KRIES. Mediante uma situação de responsabilidade civil em que estariam presentes todos os requisitos, a causa essencial configuradora do nexo causal seria a causa mais adequada produtora do evento danoso, ou seja, mediante um evento muitas causas podem configurar como parte do evento, entretanto, há uma causa essencial, adequada, que gerou efetivamente o evento danoso. O Prof. Cardoso Gouveia cita o seguinte exemplo: “**A** deu uma pancada ligeira no crânio de **B**, a qual seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas que causou a **B**, que tinha uma fraqueza particular dos ossos do crânio, uma fratura que causou a morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito

praticado por A não ser causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto”²⁸⁶.

Deve-se buscar a causa antecedente que seria a real e verdadeira causa do evento danoso, ocorre que esta busca ficaria sob total encargo do julgador. Dois elementos seriam elevados em último grau nestes casos: o grau de abstração em busca da causa no nexos causal e conseqüente discricionariedade do magistrado para entender que específica causa fora a relevante em determinado evento.

A Teoria da causa direta ou imediata, também conhecida como teoria da interrupção do nexos causal, considera a necessariedade da causa ao fato danoso. Sendo considerada também esta causa como o último antecedente gerador de uma conseqüência direta e imediata. Esta teoria tem a paternidade do Prof. Agostinho Neves de Arruda Alvim. O grande mestre assim defendia: “A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessariedade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano”²⁸⁷.

Relevando ainda o entendimento de Gustavo Tepedino, citado no Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: “a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexos de causalidade anterior, importando não aqui a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessariedade estabelecido, entre a causa superveniente e o

²⁸⁶ O exemplo é dado por CARDOSO GOUVEIA, devidamente reproduzido na obra de Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, Vol. VII, Editora Saraiva: São Paulo, 2002, p. 522-523.

²⁸⁷ Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 356.

resultado danoso. A causa anterior deixa de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexos de causalidade”²⁸⁸.

Obviamente, que se tem de tomar posicionamento sobre qual teoria adotaria o Código Civil de 2002. Antes de nos posicionarmos seria interessante destacar o posicionamento dos dois magistrados, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, autores da obra *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Repete-se, dois magistrados. Estes, apesar de suas posições de julgadores, se comprometendo com o aspecto científico, condenam a adoção da teoria da causalidade adequada justamente pelo fato de esta abrir um imenso leque no grau de discricionariedade do juiz em busca desta causa. Desta forma optam pela teoria da causalidade direta ou imediata, acrescentando outros fundamentos do texto normativo do artigo 403²⁸⁹ do CC de 2002, o qual é expresso em exigir o efeito direto e imediato.

Não há como discordar que o Código Civil Brasileiro, por determinação do legislador, adotou a teoria da causalidade direta e imediata; entretanto, devido à complexidade do tema da responsabilidade civil – destacando-se como já afirmado que o nexos de causalidade é entendido como o mais importante elemento – não descartaria o aspecto da busca da causa mais adequada geradora do dano, esta contida na teoria da causalidade adequada.

²⁸⁸ Gustavo Tepedino citado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, em seu *Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade Civil*, Volume III, Editora Saraiva, São Paulo, 2002, p. 102.

²⁸⁹ Artigo 403 NCC: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por **efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Torna-se até compreensível, não a confusão da jurisprudência entre as teorias, mas certa complementaridade das duas teorias em busca de uma melhor solução, um melhor Direito.

Tal discussão tem relevância em todos os campos do direito que tratam da responsabilidade civil. Diferencia-se em leis especiais, em ramos variados do direito, aspectos da conduta, do modo de produção de prova entre outros. Entretanto, o estudo abordado sobre o nexo de causalidade segue a regra geral do Código Civil e, sob este aspecto, esta regra é para todos os ramos do direito, mesmo o Direito Ambiental, tido como um dos mais interessantes, ao tratar do aspecto da responsabilidade civil segue e obedece esta regra geral.

33.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

33.2.1 Responsabilidade subjetiva

Ao tratar de responsabilidade subjetiva²⁹⁰ deve-se ter em mente o elemento culpa, ou seja, a configuração da culpa torna-se elemento de conduta necessário para existir responsabilização. Etimologicamente, “culpa”, palavra derivada do latim, é compreendida como falta cometida contra o dever, por ação ou omissão, procedida de ignorância ou de negligência²⁹¹.

²⁹⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁹¹ Plácido e Silva – Acresce ainda que: “a culpa pode ser ou não maliciosa, voluntária ou involuntária, implicando sempre na falta ou inobservância da diligência que é devida na execução do ato, a que se está obrigado.”

Salientando que culpa seria o gênero, que inclui duas espécies – a culpa em si e o dolo (onde há real intenção). Miguel Serpa Lopes, fazendo uso do *Vocabulaire Juridique* de CAPITANT, define culpa como: “ato ou omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal, quer do dever que incumbe ao homem se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com os seus semelhantes”²⁹².

Quando a responsabilidade subjetiva é adotada, subtende-se que a conduta deverá ser demonstrada. Salvo exceções, na maioria dos casos o ônus (conduta) recairá sobre a vítima do evento. Logo, ao autor diante do fato constitutivo de seu direito caberá provar a culpa do réu.

33.2.2 Responsabilidade objetiva

De grande relevância a apreciação da responsabilidade objetiva, justamente por esta ser adotada no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, objeto da presente discussão. Obviamente que não querendo excluí-lo da possibilidade de sua apreciação na regra geral do Código Civil de 2002, onde atualmente é questionável qual regra este abarca.

A idéia de uma teoria objetivista há muito já era tratada; sua adoção no ordenamento pátrio é que é recente. Ousaria afirmar que maior

²⁹² Miguel Maria Serpa Lopes, em sua obra *Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil*, (Vol. V, 4ª Ed. Rio de Janeiro: 1995, Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos), p. 168.

destaque e efetivação no nosso ordenamento se dá com a Lei Ambiental nº 6.938/81.

Tal necessidade de uma adoção de responsabilidade objetiva surge no final do século XIX, influenciada pela escola positivista penal do Direito Francês. Serpa Lopes nos atenta que: “o início desse surto contrário à noção de culpa funda-se no fato de ser ela considerada insuficiente para dar cobertura a todos os casos de dano e para atender ao princípio social da reparação do dano em todas as circunstâncias em que ele venha se produzir”²⁹³.

Nas lições do mesmo autor o fato se deve a dois fatores:

1. Estreiteza da cobertura da culpa, ocasionando inúmeros casos evidentes sem soluções;
2. Mudanças dos dogmas individualistas para uma socialização do Direito.

Seriam fundamentos para esta mudança, trazida por esta tendência objetivista, duas teorias: teoria do risco criado e teoria do risco-proveito.

Fundada no princípio *ubi emolumentum ibi onus* a *Teoria do Risco Proveito* considerava que aqueles que tivessem proveito numa empresa deveriam se onerar com possível obrigação de indenizar. Esta relação se dava entre os patrões e empregados, atinentes a possíveis acidentes de trabalho,

²⁹³ Miguel Maria Serpa Lopes, em sua obra *Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil*, (Vol. V, 4ª Ed. Rio de Janeiro: 1995, Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos), p. 170.

onde ao contratar os patrões já consideravam em contrato tais probabilidades. Há necessidade de reproduzir *ipsis litteris* a definição do Prof. Serpa Lopes:

“*Risco-proveito*. É uma corrente fundada no princípio *ubi emolumentum ibi onus*. Consideram os seus partidários nada haver de mais justo do que aquele que obtém o proveito de uma empresa, o patrão se onerar com a obrigação de indenizar os que forem vítimas de acidentes durante o trabalho. O patrão, ao celebrar o contrato de trabalho, pode já incluir nas suas estimativas a provável responsabilidade por qualquer acidente que o seu operário possa sofrer, durante horas de serviço. Trata-se de uma concepção hoje considerada e prevista no Direito positivo”²⁹⁴.

Devem se destacar alguns aspectos importantes neste tipo de risco. Inicialmente que o risco acumulado pelo patrão se restringe ao acidente ocorrido **naquela empresa, naquele horário, advindo daquele trabalho**. O patrão inclusive, considerando o serviço prestado pelo empregado, pode prever em contrato os prováveis acidentes. Logo, qualquer acidente decorrente daquele específico labor, no horário de trabalho, estaria inserido no risco daquela empresa. Esta responsabilidade não abarca todo e qualquer dano, mas sim os decorrentes do exercício laborativo específico.

Já a *Teoria do Risco Criado* teria uma abrangência maior, ou seja, não se limitaria apenas aos acidentes inerentes à atividade laborativa, **mas todos os possíveis danos decorrentes de toda a atividade**. ‘Pelo próprio fato de agir, o homem frui todas as vantagens de sua atividade, criando riscos de prejuízos para os outros de que resulta o justo ônus dos

²⁹⁴ Miguel Maria Serpa Lopes, em sua obra *Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil*, (Vol. V, 4ª Ed. Rio de Janeiro: 1995, Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos), p. 171.

encargos’²⁹⁵. Mais uma vez torna-se obrigatório expor a definição do mestre Serpa Lopes:

“*Risco criado*. Mais larga é a concepção do risco criado que tem uma amplitude maior que a do risco-proveito. **Ela compreende a reparação de todos os fatos prejudiciais decorrentes de uma atividade exercida em proveito do causador do dano. Pelo próprio fato de agir**, o homem frui todas as vantagens de sua atividade, criando riscos de prejuízos para os outros de que resultar o justo ônus dos encargos”²⁹⁶.(grifos nossos).

Cabe destacar a ampliação deste tipo de risco em relação ao risco-proveito. Não se restringe mais apenas ao exercício laborativo dentro daquela empresa, naquele horário. Mas, de todo o risco da atividade. Por Villaça é a conhecida **responsabilidade objetiva pura**. “A pura implica ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Neste caso, indeniza-se por ato **lícito** ou por mero fato jurídico, **porque a lei assim o determina**”²⁹⁷.

Dentre vários entendimentos e definições sobre a responsabilidade objetiva, será exposto o entendimento na definição clássica do mestre Caio Mário da Silva, o qual define Responsabilidade Objetiva: “...funda-se no risco criado, descrito como a situação em que se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para indivíduos, independentemente de determinar se

²⁹⁵ Idem. P. 171.

²⁹⁶ Miguel Maria Serpa Lopes, em sua obra *Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil*, (Vol. V, 4ª Ed. Rio de Janeiro: 1995, Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos), p. 171.

²⁹⁷ Álvaro Villaça Azevedo. *Teoria geral das Obrigações*. 5ª Ed., RT, São Paulo, 1990. p. 259.

em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta”²⁹⁸.

De forma sintética com a responsabilidade objetiva o elemento da conduta não teria o mesmo peso que tem na responsabilidade subjetiva, ou seja, independe se o causador do dano agiu com culpa ou dolo, por ação ou omissão. A responsabilidade se dá independente de culpa, bastando a demonstração no evento danoso, do nexo e do dano.

33.2.3 Preponderância da regra atual

Torna-se um pouco ousado afirmar que o Código Civil de 2002 adota como regra geral determinado tipo de responsabilidade, seja uma responsabilidade subjetiva ou a responsabilidade objetiva. Fato este de diferente conclusão quando se tratava do Código de Bevilácqua.

Fundamenta-se tal fato pelo genérico e amplo artigo 927²⁹⁹ do NCC, por meio de seu parágrafo único, ou seja, havendo uma atividade normalmente desenvolvida pelo autor, a reparação é independente de culpa. Logo, além dos dispositivos isolados que admitem a responsabilidade objetiva no NCC, muitas leis isoladas já admitiam acanhadamente tal teoria fundada

²⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. P. 270.

²⁹⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

no risco-criado (Estradas de Ferro, Acidente de Trabalho, Código Brasileiro do Ar, Danos Nucleares).

Entende-se, no entanto, que o artigo 927 e parágrafo único vêm amparar aqueles que teriam ficado em certa situação de exclusão desde o vigor do CDC, ou seja, desde a entrada em vigor em 1991, as relações habituais desenvolvidas no mercado que não fossem configuradas como relação de consumo, por exemplo, uma relação entre empresas, mediante ocorrência geradora de dano, seria verificada por meio da responsabilidade subjetiva. Ora, sem adentrar em questão de submissão estrutural (muito bem analisada pelo Prof. Newton De Lucca), já se fazia necessário tal previsão legal.

Contabilizando tais previsões trazidas pelo atual Código Civil, unindo as demais leis especiais que recepcionam a responsabilidade objetiva, pode ser que ainda a responsabilidade subjetiva supere o número de previsões da responsabilidade objetiva, entretanto, não a ponto de admitir uma ou outra com regra geral.

Um outro aspecto bastante interessante é observar que o parágrafo único do artigo 927 do CC pode favorecer até mais o consumidor que a própria previsão tratada do CDC pela responsabilidade pelo fato do produto e serviço.

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

É observado que diferente do artigo 12 do CDC o risco do parágrafo único do artigo 927 CC é de toda atividade, ou seja, qualquer risco que esta atividade possa causar ao direito de outrem. Neste caso, não há dúvida em afirmar que por englobar toda a atividade, está presente uma responsabilidade objetiva pura que adota a teoria de um risco criado.

Não é novidade que alguns dispositivos de leis extravagantes muitas vezes favorecem mais o consumidor que o diploma do CDC. E caso seja necessário, interessante fazer uso do artigo 7º do CDC³⁰⁰.

Já na previsão do CDC, em específico, na previsão do artigo 12 CDC o legislador faz questão de prescrever no texto os tipos de defeito que os fornecedores responderão, independente de culpa. Será que o legislador quis nesta ocasião ditar algumas palavras inúteis? Entende-se que não.

33.3 Responsabilidade do CDC

Focando apenas a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço de acordo com o artigo 12-17 CDC, haveria dúvida em afirmar categoricamente qual a teoria sob estes artigos se teria. Defende-se isso, pois o legislador fez questão de expor em quais situações poderia decorrer um

³⁰⁰ Art. 7º CDC - Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

defeito no produto ou serviço. O risco aqui é inerente à concepção do serviço e do produto, intrínseco a estes.

Se o legislador fez questão de especificar em que situações o defeito do produto ou serviço pode ocorrer, obviamente não quis adotar uma teoria objetiva pura. Além de que seria muito mais simples a exemplo de outras legislações que no artigo 12 do CDC fosse afirmado que: “os fornecedores responderão independentemente de culpa por danos decorrentes de sua atividade.” E não foi o caso.

Entender que toda atividade não limita apenas os defeitos decorrentes da concepção (art. 12 CDC), toda a atividade abrange não só esta fase anterior, mas também as práticas de inserção no mercado, incluindo distribuição, comercialização, publicidade, até destino do consumidor.

Caso o legislador não fizesse as previsões contidas no artigo 12 CDC especificativo, e não exemplificativo, poderia se admitir que o risco adotado na responsabilidade objetiva do CDC seria a teoria do risco criado e na redação do artigo 12 CDC simplesmente viria prescrito que todos os fornecedores respondem independentemente de culpa os danos advindos de vossas atividades.

As especificações de possíveis defeitos/fato do produto ou serviço justificam diretamente as razões das excludentes de responsabilidade daqueles dispositivos.

Ocorre, entretanto, uma não satisfação com a teoria do risco proveito com relação às práticas comerciais, em destaque a publicidade. Aspecto este argüido por meio de debates e até mesmo em sede da

monografia jurídica de André Linhares Pereira sob o tema *O Caso Fortuito e a Força Maior como Excludentes de Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*³⁰¹.

Tanto que a doutrina prega que em regra tais tipos de defeito, como criação, produção ou informação, somente podem ocorrer antes da introdução do produto do mercado de consumo, mesmo que só venham a se manifestar ulteriormente com uso do produto³⁰².

“Diretiva Européia da CEE 374/85, art. 7º - *That, having regard to the circumstances, it is probable that the defect which caused the damage did not exist at the time when the product was put into circulation by him or that defect came into being afterwards*”³⁰³.

Torna-se nítido tal tipo de defeito ao se lembrar do caso clássico da Talidomida. O defeito decorreu na produção e se manifestou após sua entrada no mercado. O defeito decorreu na concepção do medicamento, na sua fabricação, independentemente da manifestação deste.

Por isso o artigo 12 do CDC prevê em seu texto normativo: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos

³⁰¹ André Linhares Pereira sob o tema *O Caso Fortuito e a Força Maior como Excludentes de Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Monografia Jurídica apresentada como necessária a titulação de Especialista, Curso Direito das Relações de Consumo, COGEAE – PUC-SP.

³⁰² James J. Marins de Souza, *Risco de Desenvolvimento e tipologia das Imperfeições dos Produtos*, Revista de Direito do Consumidor nº 06, RT, São Paulo, p.124.

³⁰³ Tradução Livre: “Que, tendo, observado as circunstâncias, é possível que o defeito que causou o dano não existia quando o produto foi posto em circulação por ele ou que o defeito veio posteriormente”.

danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. Enxerga-se plenamente a teoria do risco proveito, e a consideração que responderão independente de culpa. Esmiuçar-se-á o artigo 12 do CDC, demonstrado sob um rol taxativo quando o fornecedor irá responder pelos defeitos (vícios de segurança):

1. projeto;
2. fabricação;
3. construção;
4. montagem;
5. fórmulas;
6. manipulação;
7. apresentação ou acondicionamento;
8. informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

De imediato observa-se que os atos de comercialização, de marketing, não estão amparados por este dispositivo, principalmente no que tange à prática publicitária. Cabe questionar se há algum termo como “entre outras” ou “dentre outras” ou até um “etc.” no presente artigo? O legislador iria economizar termos justamente neste momento? Este rol é taxativo. O legislador se dá ao trabalho de especificar as situações em que o fornecedor irá responder independente de culpa, o que não quer dizer que em outras ocorrências geradora de danos o fornecedor deixará de responder.

O que ocorre é que o risco aqui abordado não é um risco de toda atividade. Mas é um risco que ocorre na concepção do produto. Por isso, admite-se que o risco nesta situação é um risco-proveito.

Caso quisesse o legislador admitir que o risco nesta ocasião fosse um risco criado, inicialmente o legislador não iria perder tempo especificando as possíveis 08 (oito) situações de defeitos e sim apenas prescreveria que o fornecedor responde independente de culpa por toda sua atividade.

Repete-se: isto não quer dizer que em situações não previstas no artigo 12 CDC o fornecedor não será responsabilizado, longe disso até porque desde o artigo 6º VI já condena a conduta, a intenção é apenas verificar que não é correto admitir que o CDC, como um todo, adota a teoria do risco criado. Inclusive, para as práticas comerciais entende-se que a teoria adotada deva ser o risco criado. Apesar de o risco criado englobar o risco-proveito, haverá situações onde serão identificados os dois riscos.

Na Lei ambiental 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, o legislador não hesitou em deixar claro que a reparação do dano independente de culpa, será em toda atividade, ou seja, neste caso a teoria adota é a do risco criado, pois não há uma delimitação ou especificação dos atos da atividade; considera esta como um todo, diferente da previsão do CDC em seu artigo 12.

*“Artigo 14, § 1, Lei 6.938/81 - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados **por sua atividade**. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de*

responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Mesmo caminho foi o do legislador no vigente Código Civil, em seu parágrafo único do artigo 927, que prevê toda atividade, ou seja, um risco criado.

Mais uma vez usando como exemplo a Talidomida ou mesmo do anticoncepcional *microvlar*. O defeito de concepção gerado alguns anos posteriores em mulheres grávidas seria um risco-proveito. Imaginando, além disso, uma publicidade do medicamento com uma mensagem enganosa geradora do dano, estaria presente o risco criado pelo fornecedor.

Um aspecto a se discutir: se a informação que o artigo 12 prevê é uma informação inerente ao produto, acerca da utilização e riscos. O mesmo que prescreve a informação do artigo 14 CDC sobre a fruição e riscos. É o caso do acondicionamento ou apresentação.

Não se admite que tal informação seja comparada a uma publicidade no que tange ao critério de responsabilidade. Há várias semelhanças entre a informação e a publicidade no CDC, entretanto, neste aspecto estas se diferenciam.

Ao se utilizar uma informação de um produto ou serviço, a fase do risco proveito com a produção permanece em outro patamar, inerente ao produto ou serviço em si.

Um método, uma prática comercial, que irá tornar o produto ou serviço conhecido, ou mesmo aumentar as vendas destes, não está dentre a

produção *lato*, tampouco fazendo parte do risco proveito. Pertinentes as sábias palavras de André Linhares Pereira:

“A teoria do risco-proveito guarda aplicação às hipóteses em que o risco decorra, intrinsecamente, da própria natureza da atividade explorada. Por outro lado. Há de se reconhecer a existência do risco extrínseco (que extrapola o risco que, razoavelmente, se espera do produto ou serviço) que pode ser criado pelo fornecedor”³⁰⁴.

Pode-se chegar até a uma conclusão de que o capítulo que trata da responsabilidade do CDC pelo fato do produto e serviço, não adote a teoria do risco proveito. Entretanto, não se aceita jamais que esta seja determinada como um risco criado. Conclui-se com isso que uma coisa é o risco na produção, outra coisa será o risco da prática comercial publicitária. Arrisca-se dizer que o risco para publicidade seria o risco criado, inerente a toda atividade até se chegar ao consumidor.

Cabe ressaltar que na Lei 8.078/90, de acordo com o fato ocorrido, o fornecedor poderá responder por sua responsabilidade na esfera civil, administrativa e criminal. Excluindo total possibilidade de alegação de um *bis in idem*.

Seguindo a seqüência do próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor, dividir-se-á o presente tópico entre duas possíveis causas de responsabilidades, ou seja, pelo vício do produto ou serviço e pelo fato do produto ou serviço.

³⁰⁴ André Linhares Pereira sob o tema *O Caso Fortuito e a Força Maior como Excludentes de Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Monografia Jurídica apresentada como necessária a titulação de Especialista, Curso Direito das Relações de Consumo, COGEAE – PUC-SP, p. 23.

33.3.1 Responsabilidade pelo fato do produto ou serviço

Os artigos 12–14 do CDC prevêm a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Diferente do vício, o fato do produto ou serviço gera um dano que extrapola o objeto da relação. Geralmente tal hipótese ocasiona a lesão além do patrimônio que é objeto da relação. Tanto que nesta categoria é de maior freqüência de dano moral, do que em relação à responsabilidade por vício. Há de ser considerado o *potencial de danosidade* nesta categoria, tendente em acarretar riscos à saúde e segurança do consumidor, entretanto devemos concordar com Zemo Denari que, se um produto ou serviço não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à utilização e fruição, também configurará um defeito de adequação.

Outro aspecto interessante a ser destacado no artigo 12 do CDC é a não utilização do termo “fornecedor”. Pelo defeito do produto ou serviço o legislador citou o fabricante, produtor, construtor e o importador como responsáveis, independente de culpa.

O comerciante³⁰⁵ só irá responder de forma subsidiária, quando os inicialmente responsáveis não puderem ser identificados; faltar uma identificação clara do fabricante, construtor, produtor ou importador; e será

³⁰⁵ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

responsável se não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Tentou-se chegar a uma conclusão de que esta responsabilidade fosse solidária, mas restou infrutífero. Entendendo-se que, caso o legislador assim o quisesse, incluiria também a figura do comerciante no artigo 12 CDC e ainda o artigo 13 CDC não teria função alguma.

Basta imaginar um pequeno produtor que fornece frutas a uma grande rede de supermercados, sendo ambos identificáveis. Caso fosse uma responsabilidade solidária seria mais efetivo e eficaz ao consumidor, em caso de dano, pôr no pólo passivo o comerciante, ou seja, a grande rede de supermercados. Entretanto, o artigo 13 do CDC prevê a figuração de responsabilidade do comerciante apenas se o produtor não puder ser identificado. Caso fosse solidariedade, não seriam necessárias as ressalvas e condições do dispositivo legal.

Apesar da não previsão explícita do código, entende-se que a falta da informação ou esta prestada de forma indevida gera um defeito no produto ou serviço. Caso fosse destacar em todo corpo normativo do CDC um item inúmeras vezes repetido, em suas diversas manifestações, gerador de grande parte das lesões aos consumidores, este seria a “informação”.

Há de ser entendido que o maior vício, que pode se transformar em um defeito, é a falta de informação adequada ao consumidor. A informação qualificada, como defendido, é fruto da Boa-fé objetiva, a qual pode ser manifestada através do Princípio da Transparência – sem querer ser repetitivo, mas já o sendo, prega a informação clara, precisa e adequada em todas as fases da negociação, em caso específico, o pré-contrato (vinculante), o contrato em si (durante) e o momento pós-contrato.

33.3.2 Responsabilidade pelo vício do produto ou serviço

Diferente da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço onde é inquestionável *potencialidade danosa*, em princípio não haveria esta na responsabilidade pelo vício nos mesmos moldes daquela, pois nesta seriam observados os vícios de qualidade e quantidade os quais podem afetar a funcionalidade ou valor do objeto da relação. Aversa à responsabilidade pelo fato, a responsabilidade pelo vício seria ocasionada por alguma característica intrínseca do produto.

Pertinente esclarecimento do Prof. João Batista de Almeida acerca das duas responsabilidades:

*“A responsabilidade pelo fato objetiva tutelar a integridade físico-psíquica, ensejando ampla reparação de danos; a responsabilidade por vícios busca proteger a esfera econômica, ensejando tão somente o ressarcimento, segundo as alternativas previstas na lei de proteção: substituição da peça viciada, substituição do produto por outro, restituição da quantia paga ou abatimento do preço (art. 18, caput e § 1º, I a III)”*³⁰⁶.

Torna-se interessante tal distinção, justamente pelo tipo de responsabilização que será dada. De maneira nenhuma ousa-se determinar uma regra, entretanto, observa-se que as responsabilidades geradas pelos vícios de qualidade ou quantidade recairão grande maioria das vezes em danos patrimoniais. Inclusive não se chegando de imediato à questão da

³⁰⁶ João Batista de Almeida, *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo. Editora Saraiva 2002, p. 68.

responsabilidade civil, mas antes pela obrigação legal disposta no CDC para sanar tal vício.

No dispositivo do artigo 18 do CDC verifica-se também a frustração da expectativa de consumo. Trata-se do vício de inadequação, algo que afete a prestabilidade do produto, ou no caso do serviço (art. 20 CDC), haja uma disparidade do que fora ofertado.

Esta categoria de frustração de expectativa, quando o produto ou serviço não proporcione a utilização que se esperava, tem meios no próprio ordenamento do CDC que buscam sanar a respectiva frustração. Alternativas estas de exclusiva opção do consumidor. O que incomoda são situações em que não reste uma obrigação legal, tampouco uma obrigação contratual para sanar tal frustração.

É corriqueiro por parte de fábricas, principalmente de alimentos através de seus serviços de *call center*, a constatação de consumidores mal informados insistirem numa geração de dano moral pelo suposto vício na qualidade ou quantidade. Logicamente que se o consumidor adquire algo que deveria conter determinada quantidade ou composição e não corresponde à realidade, este deve buscar, conforme prevê o CDC, as alternativas para sanar estes vícios.

Além de que, não se descarta jamais, a possibilidade de um vício transformar-se ou acumular-se em um defeito. Neste caso, devem ser casuisticamente analisadas tais ocorrências e reparados os respectivos danos conforme prega o CDC.

Também é bem verdade que a linha divisória entre estes tipos de danos é bastante tênue. Pode-se citar como exemplo as *maquiagens de produto*, bastante combatidas pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC/MJ onde não se sabe se os fabricantes tiveram a má-fé em enganar o consumidor ou trata-se realmente de vício.

Mais uma vez se está diante da “informação”, pedra de toque de todo CDC. Como foi visto, a falta da informação pode gerar defeito e obviamente pode gerar vício do produto ou serviço.

Uma breve conclusão acerca destas responsabilidades, previstas no CDC (vício e defeito), é que independente das previsões legais não fogem da regra geral da responsabilidade civil. Com exceção da responsabilidade do profissional liberal que é considerada subjetiva, a regra do CDC, e neste caso pode ser afirmado que é uma regra, é objetiva.

Apesar disto ainda se faz necessário como fato constitutivo de direito, a comprovação de um ato omissivo ou comissivo, o dano efetivo e o liame ente eles que é o nexo de causalidade (causa e efeito). Apenas será questionado o ato onde o agente responderá independente de sua culpa, podendo argüir alguma excludente (no defeito conforme prevê o §3º do art. 12 e §3º do art. 14 do CDC) ou ainda quebrar o nexo de causalidade, conforme já discutido na regra geral.

A responsabilidade do profissional liberal é um caso à parte do CDC. Entende-se que considerá-la subjetiva contraria muito toda a finalística do ordenamento do CDC. Uma das razões de a responsabilidade ser objetiva, além do risco criado, é a impossibilidade de o consumidor dialogar tecnicamente com fornecedor, produzir prova contra este permanecendo numa

posição realmente hipossuficiente e vulnerável. Lembrando ainda que, apesar de ser uma responsabilidade subjetiva, não repercute numa impossibilidade do ônus da prova ser invertido. E outro fator faz-se necessário destacar: o CDC só atribui este tipo de responsabilidade ao profissional liberal só na prestação do serviço. Caso este profissional venha exercer uma atividade diferente dessa, como a venda de medicamentos ou outros, sua responsabilidade será objetiva. Lembra-se do recente caso em que alguns médicos (estelionatários) estavam vendendo células-tronco em pó por uma dinheirama, além de iludir enfermos graves com falsas esperanças. Obviamente que maior relevância neste caso é a responsabilidade criminal.

Maior razão teria este consumidor perante um profissional liberal, onde técnicas são extremamente especializadas, altamente subjetivas e raramente apresentam um padrão. Indo além, como o consumidor comprovará uma imperícia de um profissional liberal?

Argumentar uma possível socialização de riscos perante consumidor e profissional liberal devido ao caráter *ituitu personae* da relação tem uma razão limitada. Tudo bem que por ser um profissional já conhecido do consumidor, este terá certa confiabilidade nele, logo o consumidor estaria podendo optar, escolher, manifestar uma vontade em contratar aquele profissional. Ainda mais que, se fosse seguir à risca, a contratação de um profissional liberal deve ser negociada ponto a ponto; jamais poderia se admitir uma contratação por adesão ou uso de qualquer tipo de prática comercial.

Ocorre que inúmeras vezes o consumidor não opta pelo profissional e sim por uma empresa. Não há a escolha do profissional por parte do consumidor, não há o caráter *ituitu personae*. Hipoteticamente,

imaginemos uma urgência/emergência médica em que o paciente opta por um hospital mais próximo de sua casa e cujo médico plantonista nunca teve uma relação com aquele consumidor; talvez o paciente-consumidor tenha até optado pelo hospital, mas não pelo médico. Em momento algum o paciente teve possibilidade de socializar seu risco pela confiança no profissional.

Não é demais lembrar que o caráter *ituitu personae* dos contratos tem origem no período clássico, quando as partes podiam barganhar, havia um equilíbrio entre os contratantes, comumente chamado de contrato paritário. Ocorria tal fato antigamente com os famosos médicos (generalistas) da família.

34 EXPECTATIVA DE CONSUMO FRUSTRADA OU DISSONÂNCIA COGNITIVA PELA PUBLICIDADE

Após ter buscado fundamentar toda responsabilidade civil regra geral e nas relações de consumo, chega-se a ponto de maior repercussão e dificuldade de aceitação. O fato decorre não da impossibilidade, mas da dificuldade em configurar o dano da expectativa de consumo frustrada pela publicidade em modelos pré-determinados como: patrimonial ou moral, contratual ou aquiliana e por fato ou por vício.

A frustração³⁰⁷ da expectativa³⁰⁸ de consumo não é nenhuma novidade, o próprio Zelmo Denari em comentário ao CDC já pregava que: “Um produto ou serviço é defeituoso quando não corresponde à legítima expectativa do consumidor a respeito de sua utilização ou fruição, vale dizer, quando a desconformidade do produto ou serviço compromete sua prestabilidade ou servibilidade”³⁰⁹. Em situação anterior foi visto que o vício pela inadequação e da informação também são geradores de uma frustração de expectativa

Não raras vezes ocorre uma real negação de justiça, haja vista as dúvidas entre os aplicadores do direito, os quais preferem julgar certos casos improcedentes, ou não julgarem, por não conseguirem vislumbrar os fatos

³⁰⁷ **Frustração** – 1. Ato ou efeito de frustrar-se. 2. Estado daquele que, pela ausência de um objeto ou por um obstáculo externo ou interno, é privado da satisfação dum desejo ou duma necessidade. (Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, Versão 5.0)

³⁰⁸ **Expectativa** – Esperança fundada em supostos direitos, probabilidades ou promessas. (Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, Versão 5.0)

³⁰⁹ Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª Ed., Editora Forense, Rio de Janeiro 2001, p. 156.

reais geradores de danos nos específicos padrões pré-determinados fundamentadores de vossas decisões.

Apesar desta dificuldade, defende-se que são plenamente configuráveis os elementos essenciais da responsabilidade civil, diante de uma relação de consumo geradora de uma frustração de expectativa, e principalmente a constatação e certeza do dano.

O dano pela frustração de expectativa que mais interessa, e que tenta oferecer contribuição para sua constatação é aquele que não pode ser sanado via obrigação contratual ou legal, restando tão somente a responsabilidade civil em moldes não muito trabalhados conforme constatado perfeitamente pela *culpa post pactum finitum* (não há contrato nem obrigação legal, mas há lesão ao consumidor). De modo que além da frustração da expectativa de consumo pela publicidade, como dano, tem-se configurado o nexo de causalidade entre a causa de lançar peça publicitária e criar expectativa e o efeito da frustração como o dano. Tal nexo tanto se configura pela teoria da causa adequada como pela teoria da causa direta; na presente situação, estas se tornam uma.

Uma outra violação que se dá com a frustração da expectativa de consumo, e principalmente por meio da publicidade, é a violação da **confiança** do consumidor. A *teoria da confiança* tem previsão explícita tanto no Direito Alemão (*Vertrauenstheorie*) como no Direito Italiano (*affidamento*). E acompanhando sem reservas o entendimento do Doutor Guilherme Fernandes Neto³¹⁰, a teoria também é adotada pelo ordenamento do CDC.

³¹⁰ Guilherme Fernandes Neto. *Direito da Comunicação Social*, RT, São Paulo, 2004.

A teoria da confiança ou teoria do crédito social, em específico nas relações de consumo, coincide com a criação da expectativa do consumidor. Guilherme Fernandes Neto afirma: “O esgarçamento da confiança pode ocorrer em razão da prática de um ato abusivo. A confiança que nasce em função da expectativa criada, pode ter sido lastreada em uma aparência jurídica surgida nas negociações preliminares (...) às quais se impõe ‘um ponderar integrado dos diversos aspectos da boa-fé’ na feliz expressão de Menezes de Cordeiro”³¹¹.

Mais uma vez um dos principais vetores deste dano é a informação e o desrespeito aos valores da personalidade, de dignidade e sociais. Exemplos de frustração de expectativas de consumo são vistos freqüentemente. Pacotes turísticos onde informações relevantes, que fazem toda diferença na decisão do consumidor, bailes de formatura e casamentos onde se vende uma coisa e se apresenta outra totalmente diferente (ou não apresentam nada), cursos em gerais que prometem o céu e uma carreira profissional invejável e que não atingem de perto o oferecido.

Fatores coincidentes destas modalidades de dano é um descumprimento relacional aliado a um fator exógeno da oportunidade, ou seja, é uma situação em que se torna impossível requerer o cumprimento forçado. Inicialmente pela oportunidade que é única aliada da possibilidade da informação não dada ou omitida ser a condição *sine qua non* da contratação.

Conforme é observado, faz-se utilização do termo “descumprimento relacional”. Não é por acaso. Entende-se que a *relação* é bem mais ampla de que a contratação, mas também obrigacional. Cairia no

³¹¹ Guilherme Fernandes Neto. *Direito da Comunicação Social*, RT, São Paulo, 2004, p. 152.

mesmo erro – a expectativa de consumo não pode ser prevista em contrato. Já na extracontratual, ou delitual se faz necessário um ilícito e uma não existência direta de relação entre o credor e o devedor.

A frustração da expectativa de consumo seria excluída por ser algo não inerente ao contrato e não constituir diretamente num ilícito. Poderia até ser encaixado tal dano no dano moral, haja vista seu alto grau de abstração e de definição aberta. Entretanto, as violações de condutas impostas pela boa-fé objetiva aliada ao risco da atividade do fornecedor já dariam elementos suficientes ao intérprete. Além da lesão ao próprio consumidor, não querendo defender o caráter punitivo da indenização, há lesão ao mercado de consumo a uma coletividade pela prática reiterada dos fornecedores, e neste aspecto coletivo, lesão também à ordem ética, e isto tem de ser inibido. Por fim, conforme vem sendo constatado pelos reiterados casos de publicidades ilícitas, a conduta do fornecedor revela-se um real **abuso de direito**³¹². Aproveita-se da sua hipersuficiência no mercado e mantém a prática, pois é mais lucrativo do que deixar de praticar.

Ocorre que as definições dadas ao dano moral são bastante limitativas, trazidas por regras de exclusão. O que vem sendo seguido por todos aplicadores do direito. Basta lembrar que os aplicadores, neste específico caso os julgadores, praticamente exigem configurações drásticas de dano moral para condenar. Quando não, indeferem os pedidos utilizando os velhos dizeres: “dissabores, contrariedades, dores de cabeça etc. não configuram dano moral.”

³¹²Art. 187 NCC. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Entretanto, ciente de uma nova realidade, ligada diretamente com a dinâmica do direito, vejamos uma exceção no Desembargador do Distrito Federal, que decidiu a presente causa no seguinte teor:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – (...) 2. O extravio da bagagem em viagem de lazer, revelando a imperfeição da prestação dos serviços de transporte contratados, enseja a obrigação da companhia aérea compor os prejuízos derivados do desaparecimento havido de forma a recompor o patrimônio da passageira, e, sujeitando-a aos constrangimentos, aborrecimentos, dissabores, incômodos e transtornos de ficar desprovida dos seus pertencentes e objetos de uso pessoal e diário, maculando sua viagem e frustrando suas expectativas, qualifica-se como ofensa aos seus atributos da personalidade e aos seus predicados intrínsecos, ficando caracterizado que o dano moral que experimentara é apto a gerar uma compensação pecuniária.”³¹³.

³¹³ Na íntegra : “RESPONSABILIDADE CIVIL – CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO – EXTRAVIO DA BAGAGEM – DANOS MORAIS E MATERIAIS CARACTERIZADOS – REPARAÇÃO DEVIDA – TARIFAMENTO DO DANO MATERIAL – INEXISTÊNCIA – I – PRELIMINAR – 1. Na ação que flui sob o procedimento regrado pela Lei de Regência dos Juizados especiais (Lei nº 9.099/95), ultrapassada a fase conciliatória, a instrução deve ser consumada de forma concentrada, produzindo-se na audiência de instrução e julgamento todas as provas, inclusive documentais, almejadas pelas partes, não podendo ser reputada como inepta a inicial que não viera acompanhada dos documentos que foram exigidos por ocasião do ato instrutório e nem como ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a observância do procedimento fixado por aludido diploma legal. II – Mérito. 1. Se a ré, pessoa jurídica de direito privado, acorre aos autos assistida por advogado e representada por preposto mas não apresenta o competente instrumento municiando o representante que escolhera com poderes para representá-la de forma legítima e eficaz, sujeita-se à afirmação da sua revelia e à admissão dos fatos alinhavados como expressão da verdade (art. 20), porquanto o fato de o vício que afeta sua representação não ter sido suscitado e aferido em sede de primeiro grau de jurisdição não obsta seu reconhecimento e afirmação na esfera recursal, pois se trata de questão de ordem pública, afetando diretamente a representação processual da parte, jungindo-se, pois, aos pressupostos de constituição de desenvolvimento válido e regular do processo, não estando sujeita aos efeitos da preclusão. 2. O extravio da bagagem em viagem de lazer, revelando a imperfeição da prestação dos serviços de transporte contratados, enseja a obrigação da companhia aérea compor os prejuízos derivados do desaparecimento havido de forma a recompor o patrimônio da passageira, e, sujeitando-a aos

Observa-se no que tange não ao extravio (dano material) mas o que a falta da bagagem gerou diante todo o contexto no presente julgado, que os tradicionais constrangimentos, aborrecimentos, dissabores, incômodos e transtornos caracterizam sim a frustração da expectativa de consumo, expectativa esta que se qualifica como ofensa aos seus atributos da personalidade e aos seus predicados. Conclui-se que, apesar de ser mínimo, já há uma linha que admite que a frustração de expectativa gere dano moral. Bem verdade também que inicialmente neste caso pode ser visualizado uma obrigação contratual não cumprida.

Nisso ganham os fornecedores que continuam com determinadas práticas, aliado a conclusão que é mais ‘eficiente’, mais lucrativo correr o risco de lesar o consumidor do que deixar de praticar determinado ato. E nisto eles têm razões, ainda mais considerando as decisões judiciais incentivadoras estáticas no tempo. Obviamente, que há julgadores atualizados, que enxergam estes tipos de danos atuais, infelizmente tais julgadores representam uma parcela mínima, porém, significativa.

constrangimentos, aborrecimentos, dissabores, incômodos e transtornos de ficar desprovida dos seus pertencentes e objetos de uso pessoal e diário, maculando sua viagem e frustrando suas expectativas, qualifica-se como ofensa aos seus atributos da personalidade e aos seus predicados intrínsecos, ficando caracterizado que o dano moral que experimentara é apto a gerar uma compensação pecuniária. 3. A mensuração da composição dos danos materiais experimentados pela passageira deve guardar estrita conformação com o desfalque patrimonial que efetivamente a afetara, resguardando-se o princípio da ampla reparabilidade do dano que está impregnado no direito obrigacional brasileiro, não se sujeitando aos limites tarifários delimitados pelo código brasileiro de aeronáutica e pela convenção de Varsóvia. 4. Guardando a compensação assegurada à passageira em decorrência dos danos morais que a atingiram vassalagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conformação com o ocorrido, com as pessoas das envolvidas e com a dupla finalidade da cominação, que é conferir um lenitivo à lesada como forma de minimizar e confortá-la pelas dores que experimentara e penalizar a ofensora pelo procedimento que mantivera em desconformidade com as formulações legais e com as obrigações que lhe estavam destinadas, deve ser integralmente ratificada. 5. Recurso conhecido e improvido. Unânime. (TJDF – ACJ 20030111000876 – 1ª T.R.J.E. – Rel. Des. Teofilo Rodrigues Caetano Neto – DJU 13.12.2004 – p. 37)”

Outra razão para tais julgamentos talvez seja a abertura dada aos princípios jurídicos, conforme demonstrado. Já foi visto alhures que um princípio amplia o poder de decisão do julgador, diminui o grau de vinculação com a lei prevalecendo seu entendimento. Culpar os aplicadores do direito, ou melhor, da justiça sobre este aspecto não é todo correto. A doutrina por banalizar os princípios tem grau de culpa nisto.

Eis presente uma ótima oportunidade da utilização da abertura do sistema e seus princípios para o aplicador do direito. Se ainda tais decisões, com base em princípios, fossem ao encontro do protecionismo do consumidor, da dinâmica social e do direito, seria de grande valia. E este reflete um dos principais aspectos do princípio no sistema jurídico. Seria um supridor em caso de não previsão no texto normativo de determinada ocorrência. No entanto, apesar de regras já estabelecidas no corpo normativo insiste-se em criar um princípio, aplicá-lo e ignorar a regra.

Retornando ao aspecto do dano gerado pela frustração de expectativa, não previsto nas categorias tradicionais. Interessante neste tipo de dano é que reflete uma realidade e que, quando sentido na pele, sua verificação é clara. Logo, os próprios aplicadores do direito e os definidores do dano moral não só são passíveis de sofrer tal tipo de dano, como sofrem.

Afirma Cláudia Lima Marques que há tipos de serviços e produtos que apresentam certa singularidade evidenciada pelo elemento psicológico; neste caso, a professora gaúcha faz referência principalmente à frustração com pacotes turísticos e de viagem, enfatizando a obrigação de resultado destes: “Singularidade esta evidenciada pelo elemento psicológico a ele inerente (a expectativa de realização plena de lazer cultura, diversão e prazer) e pela obrigação de resultado, decorrente da transferência das

preocupações da responsabilidade da organização da viagem a todos elementos que a compõe”³¹⁴.

Ousaria-se afirmar que pacotes turísticos são os carros chefes das frustrações de consumo³¹⁵. O consumidor passa um ano trabalhando, parcela um pacote turístico em 12 (doze) parcelas com um fornecedor que não conhece (financeira) e só quando vai usufruir descobre que não se tratava bem daquilo que passava nas campanhas publicitárias, nas fotos dos cartazes, no desejo despertado pelo anúncio.

Isto não é impossível de ocorrer. Imagine (o que é real) a contratação de um pacote turístico para a famosa Cidade do Sol, Natal, onde há inúmeras praias, dunas, lagoas etc. Por acaso os valores anunciados nas vitrines de agências e comerciais de TV, constantemente no ano, sob uma desculpa do famoso “a partir de”, são de baixa temporada, ou seja, inverno. A primeira frustração daquela família que entra numa agência é saber que o cartaz não passava de um chamariz e que aquele é valor para a baixa estação.

Apesar de ocorrer a primeira frustração com os valores, ainda permanece o desejo da viagem; então a agência oferece o pacote em 12 vezes no valor do anúncio publicitário exposto na vitrine. Reacende-se a expectativa de viajar para aquela cidade do sol, de praias lindas, água morna e dunas brancas, conforme o anúncio dispunha. Assim contrata-se o serviço e marca-se a viagem junto com as férias das crianças do meio do ano, entre junho e julho, e enquanto isto vai se planejando e pagando as 12 parcelas.

³¹⁴ Cláudia Lima Marques, *Contratos no CDC*, p. 381.

³¹⁵ Se bem que há uma empresa de telefonia móvel no mercado que tenta superar a posição das empresas de turismo.

O pequeno detalhe é que o consumidor não foi informado sobre algo de extrema relevância; apesar de não existir inverno frio na cidade do sol, entre os meses de maio a agosto a probabilidade de chuva é altíssima.

Destaca-se que a agência cumpriu devidamente sua parte no contrato de financiamento, traslados, no hotel e nas passagens aéreas, tudo cumprido conforme a oferta. Entretanto, aquela imagem do buggy subindo as dunas de Genipabú da publicidade não poderá ocorrer, pois naquela semana de férias a cidade do sol é só chuva. Logo, aquela semana de férias serviu apenas para jogar baralho dentro de um luxuoso hotel na Via Costeira. Apesar de ser um exemplo fictício, é totalmente corriqueiro e real.

Imaginemos uma outra hipótese onde o consumidor quer praticar esportes de inverno. Ao passear num shopping é surpreendido por imagens de vídeo, cartazes, e folhetos que refletem imediatamente no interesse daquele consumidor, uma identificação à primeira vista.

Condicionado por todo efeito publicitário daquela agência, decide contratar um pacote turístico para conhecer as montanhas rochosas de Banff e Jasper em Calgary no Canadá, Província de Alberta (conforme determinava as publicidades). É deixado claro, na agência de turismo, que o objetivo é praticar esportes na neve. Simplesmente, a respectiva agência deixa de informar que no meio do ano a temperatura local tem uma média de 40°C positivos, ou seja, não há neve. O Consumidor que passou razoável tempo juntando os valores para tal viagem só descobre tal fato quando chega a tal cidade.

Pode questionar-se, mas houve todos os serviços, passagens, hotelaria, passeios, ou seja, os contratos de traslados, passagens, hospedagens foram cumpridos devidamente.

Entretanto o essencial não havia ocorrido por pura omissão da agência. Bem, a oportunidade fora única e o serviço, mesmo que faltando um requisito essencial, foi prestado. A eficiência e a utilidade para agência já confirmadas.

Se fosse seguir à risca o que prega o CDC, o ideal era que se exigisse o cumprimento forçado do ofertado (art. 35 CDC + art. 84 CDC). Imagine tal situação: o consumidor no exterior ligar para agência no Brasil para fazer com que caia neve em Calgary.

Sendo impossível, então não resta alternativa senão transformar tudo em perdas e danos, conforme prega o CDC e mesmo o vigente CPC.

O aplicador do direito atém-se ao cumprimento do contrato e se conforma, pois houve a prestação do serviço. Não haveria como configurar o descumprimento de uma obrigação contratual, não houve um potencial danoso gerando risco à saúde do consumidor para que possa ser considerado um dano pelo fato do produto ou serviço.

Para o julgador, não houve nenhum descumprimento contratual, ou seja, passagens, hospedagens, traslados, passeios todos foram devidamente cumpridos. O julgador até entende que houve um dano, mas balizado nas linhas tradicionais este não conseguirá fundamento para justificar sua decisão. Isso se não chegar a ponto de alegar uma excludente de força maior.

Logo então a saída é a mesma de sempre: “o consumidor em momento algum conseguiu demonstrar o dano sofrido”, ou ainda: “meros dissabores, contrariedades, dores de cabeça não configuram dano moral”. E se o consumidor tiver sorte, nesta esteira, pode ainda escutar que está querendo enriquecer sem causa, ou até ilicitamente, e ainda faz parte daquela parcela que contribui para a indústria do dano moral. Não se pode esquecer que o consumidor ainda é condenado a pagar os honorários de sucumbência.

Neste todo contexto o fornecedor permanece impune, representando a figura de bonzinho, sendo vítima de um descabido e abusivo pedido do consumidor perante a justiça.

Não há como exigir que agência produza neve no local, é inquestionável que a agência também teve custos com hospedagens, traslados e passagens, mas o pequeno detalhe que não fora informado, omitido, fez toda diferença. Há neste caso o que denominamos da frustração da expectativa de consumo.

Apenas um fator essencial que fez toda uma diferença foi omitido.

Entende-se que pelo conceito dado pela jurisprudência ao dano moral (angústia, dissabores, aborrecimentos), não se faria suficiente para obter uma sentença favorável no presente caso. Muitas das vezes necessária uma morte ou a perda de um membro do corpo para que justifique um dano moral.

Logo a teoria dos jogos mais uma vez se justifica, há certeza de que existe um dano patente, com todos os elementos da responsabilidade civil

presentes. No caso narrado, o ato omissivo da agência de turismo em não informar um dado essencial, o nexo de causalidade, ligando tal ato à frustração do consumidor, e o dano que é a própria frustração na expectativa.

O papel da presente abordagem científica, nem de longe é questionar os fundamentos e critérios dos julgadores, bem verdade que teve que se entrar nestes para demonstrar certa realidade. A intenção é sim oferecer um mínimo auxílio para que não sejam mudados os papéis do bandido e do mocinho, para que os fornecedores não continuem fazendo uso de práticas abusivas e ainda serem beneficiados com precedentes judiciais indevidos.

Se não quer entender que o dano foi moral ou patrimonial, contratual ou delitual, por vício ou defeito, que se crie um *tertius genus*, uma terceira via para satisfazer os julgadores em vossas decisões.

Repete-se que neste caso seria ótima a oportunidade do aplicador da lei fazer uso de um princípio, o qual dá plena abertura a este julgador de julgar conforme seu entendimento, além de que o direito violado é acessório à obrigação principal. E no presente caso, não há um melhor princípio que reflita tal situação que o princípio da boa-fé objetiva.

Já definido este princípio, este exige harmonia, eticidade, lealdade, *correcteza*, informação de ambas as partes, mas principalmente **confiança**. Tudo que no caso narrado faltou ao fornecedor: estes deveres de conduta.

Por conseguinte, violar estes deveres anexos é violar a norma, destacando-se que no caso do CDC, norma de ordem pública. E porque não

considerar um abuso de direito por parte deste fornecedor. Há alguns precedentes no Brasil³¹⁶ acerca da frustração de expectativa como geradora de dano, bem verdade que não fora causa de relação de consumo, mas relação

³¹⁶ADMINISTRATIVO – AÇÃO ANULATÓRIA – Imposição de multas administrativas pelo procon. Legalidade. Proteção ao consumidor. Publicidade enganosa. Afronta ao dever de prestar informações sobre produto. Observância do devido processo legal. 1. A oferta e a apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, 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. Inteligência do art. 31 do CDC. 2. A necessidade do fornecedor de fomentar o consumo de seus produtos e serviços não se compagina com o induzimento do consumidor a erro quanto a dado relevante do produto, tendo em vista que a publicidade cria expectativas legítimas no consumidor, que contam com a proteção da Lei. Inteligência do art. 37 do CDC. 3. Deve ser mantida a imposição de multas administrativas com a observância do devido processo legal e em atenção aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade da medida, assegurados ao infrator o exercício do contraditório e da ampla defesa. 4. Apelo conhecido e improvido. (TJDF – APC 20020110903028 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Natanael Caetano – DJU 23.08.2005 – p. 244) JCDC.31 JCDC.37

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA APLICADA PELO PROCON/DF – PROMOÇÃO – TELEFONIA CELULAR – REGULAMENTO – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES NO CONTRATO – PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA – CDC – 1. O fato de constar do contrato de telefonia móvel que o cliente leu e aceitou todos os termos do regulamento da promoção, disponível nas lojas e na Internet, não é suficiente para atender o que dispõe o artigo 31 e 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. A restrição imposta ao consumidor deve constar claramente do contrato em destaque. 2. O ideal de transparência é condição para que o consumidor possa manifestar sem medo e livremente sua vontade e realizar as expectativas legítimas sobre o produto que está adquirindo. 3. Não se mostra excessiva a multa aplicada pelo procon/DF que atendeu a capacidade econômica da infratora e as conseqüências do ato lesivo ao consumidor. 4. Apelo improvido. (TJDF – APC 20030110414549 – 6ª T.Cív. – Relª Desª Sandra de Santis – DJU 25.08.2005 – p. 180) JCDC.31 JCDC.54 JCDC.54.4

AGRAVO DE INSTRUMENTO – 1) PRELIMINAR – TERCEIRO INTERESSADO – INGRESSO NO FEITO – IMPOSSIBILIDADE – CONDIÇÃO NÃO DEMONSTRADA – LITISPENDÊNCIA NÃO VERIFICADA – PRELIMINAR REJEITADA – 2) FUMUS BONI IURIS – MITIGAÇÃO DO PACTA PUNT SERVANDA – INTELIGÊNCIA DO ART. 6º, DO CDC – 3) PERICULUM IN MORA – PLANO DE SAÚDE – RESCISÃO DE CONTRATO – CAUTELA – COGNIÇÃO SUMÁRIA – REGULAR EXECUÇÃO DOS CONTRATOS – RECURSO IMPROVIDO – 1) não merece prosperar o ingresso no feito como terceiro interessado, se não demonstrada tal condição no êxito de alguma das partes litigantes, a teor do art. 50, caput, e ainda que admitida a intervenção, não se vislumbra a litispendência argüida, haja vista a diversidade entre os pedidos e as causas de pedir das ações. Preliminar rejeitada. 2) o dogma da intangibilidade do conteúdo do contrato - Consubstanciado no já mencionado brocardo pacta sunt servanda -, fora mitigado pelos preceitos do atual sistema de proteção ao direito do consumidor, em especial pelo art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90. 3) mostra-se presente o fundado receio de dano, posto que os beneficiários dos referidos contratos, ao aderirem aos planos de saúde, buscam a tranquilidade e a segurança que lhes são ofertadas, e encontram-se na iminência de terem as suas expectativas frustradas com a intenção de operadora de rescindir os contratos, donde se extrai a correção do magistrado a quo ao adotar medida de maior cautela e manter a regular execução dos contratos. Recurso improvido. (TJES – AG 024049015134 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Rômulo Taddei – J. 06.09.2005) JCDC.6 JCDC.6.V

comercial e civil. Ambos foram fundamentados pela *culpa in contrahendo*, já discutida neste estudo. Um dos casos foi a conhecida decisão do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, acerca da empresa que forneceu sementes de tomate aos agricultores e se comprometera a comprar todas as safras, deixando de fazê-lo (Ap. Cível nº 591028295, julgado em 06/06/1991 no TJ/RS).

Chega-se a um ponto crucial, algo que publicitários, administradores, marketeiros, enfim, todos que trabalham com o mercado de consumo têm ciência e admitem a existência: ‘a frustração da expectativa de consumo’. A preocupação que se ressalta é o não tratamento do tema pelos profissionais na área jurídica, pelos cientistas jurídicos de modo específico.

A representação desta frustração ao consumidor, a posteriori se buscará mostrar as implicações no âmbito jurídico da frustração.

Observa-se que a frustração da expectativa de consumo possui algumas outras terminologias. Como exemplo pode-se citar a terminologia “Dissonância Cognitiva”³¹⁷ de paternidade de *L. A. Festinger* desde 1957, e ainda utilizada pelos profissionais do marketing, como o próprio professor da

³¹⁷ Na definição dada por Giglio: “Dissonância cognitiva **refere-se exatamente ao processo e resultado final cognitivo e emocional da verificação da diferença entre o que se esperava e o que ocorreu.** Festinger colocou o conceito de maneira ampla, incluindo toda e qualquer discordância entre as ações (o corpo em ação), idéias (o mundo das idéias) e a ética do sujeito (seu código de relações). Podemos analisar cada desses três níveis por si e nas suas relações cada um com os outros dois. Por exemplo, no nível das ações pode ocorrer dissonância na comparação das ações imaginadas (“Vou até lá e faço...”) e as efetivamente realizadas (“Fiquei aqui parado...”). Desempenhos sexuais e esportivos podem estar entre as maiores fontes de dissonância dos rapazes. Nos níveis das idéias, a diferença poderia estar entre as emoções sentidas e as efetivamente expressas. (“Minha vontade antes da reunião era falar todas as minhas mágoas, mas na hora eu tive medo e fiquei quieto.”). No plano das relações com os outros, entre a ética que se acredita e a revelada (“Minha vontade antes da reunião era falar de todas as falcatruas desse sujeito, mas na hora pensei na minha carreira.”).” (Ernesto M. Giglio. *O Comportamento do Consumidor*, 2ª ed., Rev. e Ampl., São Paulo, 2004, Pioneira Thompson Learning, p.161).

PUC-SP Ernesto Giglio. Entretanto, julga-se conveniente adotar a terminologia “frustração da expectativa de consumo”.

Reflete justamente na comparação do momento anterior ao consumo fomentado pelas práticas comerciais, em maior grau pela publicidade, e a frustração no momento pós-relação de consumo.

E por que o veículo eleito é a prática publicitária como um dos principais frustradores da expectativa de consumo? Acredita-se que apesar de a publicidade ser tutelada no CDC, há ainda muito que ser vigiado. Na publicidade é onde se verifica a maior expressão de vulnerabilidade do consumidor.

Tanto que, como visto na primeira parte deste estudo, o consumidor na verdade é adestrado pelos fornecedores, conduzido ao ato de consumo. Submete-se a invasões involuntárias em algo que é mais intrínseco ao ser humano, que é sua mente, sua personalidade, sua individualidade. Correspondentemente, seus desejos, suas condutas, suas vontades são ditadas. Os atributos de pessoa do consumidor, seus predicados mais intrínsecos são violados pelo efeito da publicidade e respectiva frustração.

A publicidade é um *plus* exploratório do fornecedor. O consumidor não tem nem a oportunidade de ser ludibriado como na venda direta, não dá nem para o consumidor ser abusado presencialmente, como na assinatura de um contrato de adesão – neste haveria ao menos um cenário onde o consumidor estaria fazendo valer sua vontade, discutindo condições. A prática publicitária é algo muito além, não dá ao menos espaço para o consumidor se sentir parte numa relação.

Em termos simples o consumidor tem sua necessidade e desejo, este último é trabalhado pelos diversos meios de práticas comerciais com o fim da consumação. Esta fomentação dos desejos dos consumidores são os reais alvos da prática comercial publicitária. A indução a erro, a noção falsa de realidade é ocasionada justamente neste momento pré-consumo, com as publicidades. No momento pós é que se verifica a frustração de perceber que não era bem aquilo conforme pintado pela publicidade.

O fornecedor desperta aquele desejo adormecido, utiliza-se de todos os meios, gerando a expectativa no consumidor até o momento configurador da relação, aquisição de um produto ou serviço e após isto ocorre a frustração de saber que *não se tratava bem daquilo*.

Obviamente, que esta não há de ser a regra das relações de consumo – a frustração por parte do consumidor. Ocorre que o fato não pode ser ignorado, ainda mais por entender que ocorrências e exemplos estão crescendo.

Conforme foi mencionado em outra ocasião, o consumidor tem que achar sempre que saiu ganhando numa relação, seja de um mínimo brinde até um real desconto no preço. A idéia, apesar de muitas vezes não ser real, é dar esta sensação de ganho ao consumidor. Os fornecedores têm ciência disto e uma prática atual é surpreender os consumidores com agradões não esperados, ir além do algo esperado. O Banco Real, em uma de suas campanhas publicitárias institucionais refletiu bem esta idéia: em 2005-2006 por meio do slogan “fazendo mais que possível” exprime totalmente esta idéia de ir além.

Este aspecto de sempre buscar algo mais em uma relação não é privativo do marketing ou psicologia, sob o aspecto econômico o consumidor

também é visto como um ser insaciável. A economia justifica este aspecto por meio de um indicador denominado *função utilidade*, logo, em cada relação de consumo este sempre buscará maximizar seu proveito.

É observado mais nitidamente quando o consumidor detém limitado valor para realizar uma relação, ou seja, certa restrição orçamentária. Quando isto ocorre mais ainda o consumidor irá buscar maximizar a utilidade do objeto da relação. Este efeito é tido como plenamente racional.

Há de se considerar, entretanto, que não é unânime que o agente econômico busque sempre maximizar a utilidade da relação consumada. A maximização da satisfação, da utilidade diante o processo racional na relação, é uma defesa da *Escola de Chicago*, diferente da *Escola da Public Choice* que defende a maximização da reputação do agente econômico.

Maximizar a utilidade diante uma relação significa dizer que os benefícios com aquela serão maiores que o custo despendido. Mais fácil de enxergar tal idéia ao ligar esta maximização de utilidade ao preço. “A escolha de cada opção é analisada em face dos benefícios auferidos por meio da comparação qualitativa e quantitativa – vale dizer monetária”³¹⁸.

A dissonância cognitiva ou frustração da expectativa representa justamente o oposto a esta idéia acima. Reflete a sensação de perda no consumidor, e isto é muito mais marcante, mais duradouro na mente do consumidor do que uma bonificação.

³¹⁸ Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, *Direito Economia e Mercados*. Elsevier – Editora Campus, Rio de Janeiro 2005, p. 90.

Esta frustração cria um estado psicológico no consumidor gerador de posteriores julgamentos negativos. Ora, não irá o consumidor após frustração retornar àquele produto ou serviço, longe do consumidor querer passar por masoquista.

Traça-se com isso uma comparação entre aquilo que se esperava, aquilo que fora adquirido sob efeitos de práticas como a publicidade, e aquilo que fora realmente adquirido.

Em verdade esta preocupação deve ser total por parte dos fornecedores. Se há frustração por parte dos serviços e produtos oferecidos a seus consumidores, ou melhor, a seus ex-consumidores, existe algo errado. Não se pode ignorar o efeito de um marketing negativo para uma empresa como o clássico boca-boca potencializado sob o efeito negativo.

Poder-se-ia concluir então que é um problema dos fornecedores que irão pagar seu preço por estas frustrações dos consumidores. Apesar de se concordar com esta assertiva, não se pode desconhecer que há fornecedores que ignoram a satisfação do consumidor, ou seja, o que vale é vender seja a qualquer preço. Trabalha-se perante uma aposta, um risco de que ainda seja vantajoso frustrar o consumidor e continuar utilizando-se desta prática.

34.1 Alguns elementos facilitadores

Quando a frustração de consumo se dá por um descumprimento legal, por um descumprimento contratual ou uma implicância direta nos moldes tradicionais, incluindo a responsabilidade pelo fato do produto ou

vício, a legislação já fornece elementos que fundamentam tranqüilamente a decisão jurídica do aplicar do direito.

O que quer se deixar claro é que há frustrações de expectativas que podem ser identificadas e resolvidas pelos moldes tradicionais, ou seja, os meios trazidos pelo ordenamento do CDC já garantem uma fácil resolução. Seja um cumprimento forçado de obrigação legal ou contratual, ou na impossibilidade transformar em perdas em danos, dentre outras possíveis soluções.

A preocupação que se traz é quando há existência de um dano, mas foge deste modelo tradicional e dificulta para os aplicadores do direito enxergar tais situações. Num primeiro momento, e para não ficar com um receio de dever não cumprido, o melhor caminho é indeferir um pedido de indenização pela frustração.

Ausentes elementos no contrato e na norma legal torna-se complicado uma saída ao julgador. A melhor saída em primeiro momento é a utilização do princípio da boa-fé ou a utilização do dever de conduta, também decorrente da boa-fé objetiva, da *culpa post pactum finitum*.

Por si só, o desrespeito ao princípio da boa-fé já fundamentaria qualquer decisão acerca de uma frustração. Poderia inclusive acrescentar outros princípios como o da vulnerabilidade do consumidor, bem como a confiança depositada.

Fazendo uma manobra científica, manobra esta totalmente arriscada e ousada. Poderia acrescer alguns fatores extras que facilitam identificar a lesão pela frustração pela publicidade. Há de ficar ressaltado que

não se trata de nenhuma proposta de teoria, e sim de elementos facilitadores que têm probabilidade de serem identificados.

Não resta dúvida que a publicidade condicionadora da frustração induziu completamente a erro, deu uma falsa noção de realidade ao consumidor, nos dois exemplos apresentados. Isto é incontroverso, entretanto, não se tem como exigir o cumprimento forçado.

Primeiro porque não há como exigir o cumprimento forçado do dado essencial omitido. Tal dado essencial não estava presente em nenhum contrato, cartaz publicitário, ora era omitido.

Passo seguinte para situação é a transformação em perdas e danos, mas decair-se-ia no problema de interpretação do julgador, bem como na não configuração do dano, considerando os moldes tradicionais.

A proposta é a seguinte: identificar os seguintes elementos a fim de configurar, no presente caso, o dano pela frustração de expectativa. Observe que se utiliza o termo dano sem especificar sua natureza para não incorrer em erro por eliminação. Salienta-se mais uma vez que se trata de mera proposta como contribuição científica, jamais há intenção de criar teoria.

Com isso propõe a identificação dos seguintes elementos:

- I. Descumprimento Relacional;
- II. Impossibilidade do Cumprimento Forçado;
- III. Fator Exógeno da Oportunidade.

Tais elementos configurariam uma das versões do dano pela frustração da expectativa. Consideram-se preponderantes os aspectos da omissão de informação de fato/dado relevante na relação de consumo.

O *Descumprimento Relacional* se dá – haja vista não se ter uma previsão em contrato e para tal fato também não há uma previsão legal (a não ser contrariedade a boa-fé objetiva), entretanto há uma relação de consumo envolvida pela atividade do fornecedor. O descumprimento ocorrerá pela confiança depositada pelo consumidor. Pode-se inclusive vislumbrar um dever anexo intra-obrigacional pela *culpa in contrahendo*. Relembrando que a responsabilidade pela *culpa in contrahendo* é enraizada totalmente como dever anexo da conduta imposta pela boa-fé objetiva, e no caso do efeito da frustração com a publicidade a causa (expectativa) na *culpa in contrahendo* será manifestada no momento pós-contratual, ou seja, *culpa post pactum finitum* como efeito (frustração). Nisso não há contrato, não há cláusula nem obrigação legal, apenas a guarda do dever de lealdade, de conduta, de boa-fé.

Na *Impossibilidade do Cumprimento Forçado*, apesar de o CDC ter buscado cercar todas as situações na relação de consumo, há situações imprevisíveis, e isto se dá em todo o direito. A situação presente, conforme já se diz, devido à circunstância, não tem como exigir seu cumprimento. Não haveria como exigir neve nem sol naqueles exemplos. Tampouco fazer uso da excludente de responsabilidade pela Força Maior, haja vista natureza do contrato e o aspecto do “deveria saber” da agência, ou ela sabia e preferiu omitir a informação. Enfim, é impossível exigir-se um cumprimento forçado legal, contratual ou qualquer outro *tertius genus*.

O *Fator Exógeno da Oportunidade* é configurado pelo fato de que apenas aquele momento é o oportuno para que aquela relação, conforme contratada, seja perfeita. Não haverá jamais um outro momento para que supra aquela expectativa gerada, fomentada pelo marketing publicitário, criada e frustrada naquela oportunidade. Basta imaginar uma lua-de-mel naquela cidade do sol com chuva.

Uma decisão do Tribunal Gaúcho³¹⁹ traz uma idéia da consideração de alguns destes elementos:

*“CELULAR – PROMOÇÃO NATAL FALE DE GRAÇA – Não constando da oferta que as ligações gratuitas teriam limitação de 30 minutos para aparelhos com tecnologia GSM e de 60 minutos com tecnologia TDMA, revela-se enganosa a publicidade veiculada, eis que, por omissão, induz em erro o consumidor. O fato de que algumas ligações puderam ser feitas pela parte autora não afasta o vício na prestação do serviço, pois se tal não ocorresse muitas outras poderiam ter sido feitas. Relação de chamadas demonstra a dificuldade em realizar ligações telefônicas. **Dano moral decorrente da angústia, humilhação pela sensação de ter sido iludida a parte autora, frustrada em seus fins, repercutindo concretamente sobre a honra, direito próprio da personalidade.** Redução do valor da indenização, tendo em vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A multa imposta em sentença não persiste por incompatível com a obrigação, como preceitua o disposto no art. 461, 4º, do CPC e arts. 20, incisos I a III, 35, inciso I e 84, § 4º, todos do CDC. Recurso parcialmente*

³¹⁹ Coincidência ou não, dos exatos 100 casos decididos no TJRS, o presente caso da empresa de telefonia móvel CLARO, representa cerca de 50% dos casos de publicidades enganosas neste Tribunal.

provido.” (TJRS – Proc. 71000652321 – 3ª T.R.Cív. – Relª Desª Maria José Schmitt Santanna – J. 08.03.2005)”. (grifos nossos)

Estes elementos jamais serão exaustivos, tampouco essenciais. Refletem apenas elementos facilitadores para identificar situações que geram dano *lato*, mas que pelos elementos tradicionais não iriam dar um aparato de fundamento para condenações.

O Resultado disso é a frustração de expectativa, no caso buscou-se esta frustração pela publicidade/informação, no entanto, não quer dizer que só ocorra nesta prática. Basta imaginar, o que não é impossível, uma surpresa com um plano de saúde numa hora infeliz; não se estará mais tratando de frustração pois um consumidor morto não tem mais personalidade.

Identificadas previsões contratuais e normativas a situação tem menor complexidade, persistindo, entretanto a dificuldade na fundamentação tendo-se em vista os moldes tradicionais.

34.2 Teor das decisões judiciais

O judiciário, bem como aqueles que decidem em sede administrativa, tem de ter ciência do grau de importância e responsabilidade daquela decisão como contribuição a toda esfera jurídica, acadêmico-científica e conseqüentemente em prol da sociedade em geral.

Não cabe fechar os olhos para determinadas práticas de consumidores e respectivos advogados inescrupulosos fazerem mau uso de uma conquista suada que é a lei protecionista do CDC; os fins desta são totalmente diferentes daqueles que buscam de má-fé enriquecer a qualquer custo. Isto deve ser repellido inclusive com sanções exemplares. Não pode ser admitido que uma minoria manche todo um movimento de conquistas.

Fatores como este acima, acrescido da falta de condições de trabalho, ligado aos inúmeros processos empilhados nos cartórios judiciais, fazendo fama a morosidade da justiça, fazem com que alguns julgadores deixem de apreciar devidamente determinados pedidos e circunstâncias.

E, obviamente, unindo todos estes fatores, aliados a uma pré-compreensão do julgador, é mais produtivo que se pegue aquela clássica decisão já salva em arquivo do computador há anos e não se enfrente a problemática de frente. Quase convincentes são os fatores demonstrados para tal ato, há de ser justo e admitir também que não são todos os julgadores que o fazem.

Entretanto, o não enfrentamento gera uma perda para aquele que foi ao Estado solicitar uma solução para sua causa, mas é uma perda maior para o meio jurídico, para o meio acadêmico.

O meio jurídico e acadêmico necessitam de elementos, precedentes, decisões, enfim, para terem a certeza que as novas situações jurídicas estão sendo enfrentadas. Os questionamentos levados à justiça, ou até a uma esfera administrativa, devem ser enfrentados.

Não se quer que seja reconhecido ou não um pedido simplesmente, aliás, pouco importa. O que importa é que a situação de fato seja enfrentada devidamente. Se houve um indeferimento, por exemplo, ao pedido do consumidor, mas todas as questões e minúcias do caso foram enfrentadas, estará perfeito; a contribuição acadêmica, jurídica e social foi realizada. E isto é o que interessa.

Como exemplo tem-se a decisão do TJ/MT, acerca de uma expectativa frustrada por uma oferta publicitária, logo uma resolução menos complicada, entretanto, o magistrado entendeu que a frustração gerada é mero descumprimento contratual:

“APELAÇÃO CÍVEL– (...) O princípio da vinculação publicitária traduz reação à potência persuasiva do marketing que gera expectativas nos consumidores, seres vulneráveis na relação, que precisam ser amparados pelo ordenamento jurídico. O consumidor é um mero espectador do anúncio, não possui qualquer interferência neste, sendo exigência da justiça social que o anunciante seja responsabilizado por aquilo que diz ou deixa de dizer. Incorrendo incidente que altere o equilíbrio emocional, crie constrangimento ou atrapalhe a rotina do consumidor, não há falar-se em indenização por dano moral. A conduta que acarreta à parte mero desconforto ou incômodo, afasta a caracterização de dano moral. Tratando-se de responsabilidade contratual, (...) (TJMT – AC 36055/2002 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Orlando de Almeida Perri – J. 04.06.2003)”³²⁰.

³²⁰ Íntegra: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRODUÇÃO DE PROVA – MOMENTO APROPRIADO – ARTS. 297 E 396 DO CPC – HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA CONTRATO DE TRANSMISSÃO DE CAMPEONATO – NÃO-

Imagina-se apenas quantos consumidores foram vitimados pelo mero desconforto, pelo incômodo. A *Teoria dos Jogos* se justifica mais uma vez. A referida decisão só incentiva os fornecedores a continuarem tal prática. Nestes específicos casos seria perfeitamente o caráter punitivo da indenização verdadeira pena civil para inibir tais práticas.

TRANSMISSÃO DAS FINAIS – NÃO-CUMPRIMENTO DA OFERTA AO FORNECEDOR
DANO MATERIAL CARACTERIZADO – DANO MORAL – AUSÊNCIA DE PROVA – MERO
INCÔMODO OU DESCONFORTO – JUROS MORATÓRIOS TERMO INICIAL –
RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – DATA DA CITAÇÃO – RECURSO PROVIDO EM
PARTE – Em nosso sistema processual, compete à parte ré instruir a resposta (CPC, art. 297) com os documentos destinados a provar-lhes as alegações, à luz do art. 396 do CPC. A hipossuficiência do consumidor é revelada quando, utilizando as regras ordinárias de experiência, denota-se que as provas documentais sobre a relação de consumo encontravam-se em poder do fornecedor, o que favorece a inversão do ônus probandi. Não havendo necessidade de se produzir prova em audiência, o juiz, conhecendo diretamente do pedido, proferirá sentença. O princípio da vinculação publicitária traduz reação à potência persuasiva do marketing que gera expectativas nos consumidores, seres vulneráveis na relação, que precisam ser amparados pelo ordenamento jurídico. O consumidor é um mero espectador do anúncio, não possui qualquer interferência neste, sendo exigência da justiça social que o anunciante seja responsabilizado por aquilo que diz ou deixa de dizer. Incurrendo incidente que altere o equilíbrio emocional, crie constrangimento ou atrapalhe a rotina do consumidor, não há falar-se em indenização por dano moral. A conduta que acarreta à parte mero desconforto ou incômodo, afasta a caracterização de dano moral. Tratando-se de responsabilidade contratual, o termo inicial para incidência dos juros moratórios e da correção monetária é o da data em que a parte ré foi citada para os termos da ação. (TJMT – AC 36055/2002 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Orlando de Almeida Perri – J. 04.06.2003)”

35 EFEITO INVERSO

Pertinente fazer breve abordagem acerca da reação dos consumidores desrespeitados na aquisição de produtos e serviços, ou seja, efeito inverso do buscado pelos fornecedores por suas publicidades. Como visto superficialmente na teoria de Habermas, mais uma caracterização da ‘razão comunicativa’ em face da ‘razão instrumental’.

Pode-se dizer que é um fenômeno recente, entretanto, vem adquirindo espaço cada vez mais e seu efeito é notório, trata-se das colunas de defesa do consumidor em jornais.

Far-se-á uso, e todo crédito destinado à obra de Armando Levy *Propaganda a Arte de Gerar Descrédito*. Levy analisou as cartas enviadas às colunas de defesa do consumidor dos principais jornais do Brasil entre janeiro de 1996 à 30 de junho deste mesmo ano, analisando um total de 91 cartas de reclamações.

As razões destas reclamações mais uma vez não são outras senão a frustração, a quebra do encanto na relação de consumo. Em específico quanto à publicidade, principal gerador da frustração da expectativa de consumo, Armando Levy acresce: “O interesse pela análise de conteúdo tinha claro objetivo de detectar o que se processava na mente do consumidor no momento em que se dava a ruptura do encanto provocado pela propaganda que o havia levado a adquirir o produto”³²¹.

³²¹ Armando Levy, *Propaganda: A Arte de Gerar Descrédito*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 56.

Mais uma vez é constatado a frustração da expectativa de consumo pela publicidade. Seja denominada ‘dissonância cognitiva’, ‘quebra de encanto’, ou outras significações, a idéia e efeito são os mesmos.

Este efeito manifestado por meio de uma reclamação a uma coluna de jornal de defesa do consumidor reflete a injúria, o desrespeito, a indignação do consumidor por ter sido ignorado e enganado, este não é visto como um ser humano, um cidadão, mas apenas componente da última fase de um ciclo econômico.

Não imaginam (ou imaginam) os fornecedores o dano e as injúrias que geram ao consumidor com este tipo de desrespeito, de abuso de direito. O efeito inverso é tamanho que o consumidor injuriado fará campanha não só contra aquele produto, aquele serviço, mas a todos os produtos da marca, a empresa.

De acordo com Levy³²², das 91 reclamações 12 % tratava-se da cobrança de produtos não adquiridos, ou seja, metade do caminho para registrar o consumidor num cadastro de devedores indevidamente e 11% tratava-se de reclamação acerca do envio de fatura em atraso, ou seja, já chegava vencida. A relação de confiança com o fornecedor nesta pequena amostra de tantos outros motivos cai por terra, trata-se de uma frustração clara. O prometido por meio de publicidades não era cumprido, ou pior não era bem aquilo que se pintava no anúncio publicitário, diferente da realidade.

Um outro aspecto interessante trazido nos estudos de Levy, através de sua tabela nº 03 (p. 59 da obra), são os adjetivos utilizados pelos

³²² Idem, tabela nº 02, p. 58.

consumidores para qualificar a empresa nas cartas de reclamação. Em primeiro lugar dividem os adjetivos “desrespeitosa” e “incompetente”; e em segundo lugar estariam os adjetivos qualificativos “negligente” e “omissa”. Bem verdade que, com isso também constatasse um novo grau de conscientização do consumidor – e isto é louvável. Os fornecedores devem ter consciência e evitar pensar que, quando atendem um consumidor por reclamação ou quaisquer outros atos que não seja o início da relação, estejam fazendo favores.

Esta reação dos consumidores é um excelente exemplo do que Habermas denominava “razão comunicativa”. Os consumidores não só querem ter seus problemas resolvidos, mas também alertar os outros para que não sejam vítimas também. Levy vai além e afirma que o consumidor quer destruir a imagem da empresa, quer que esta perca clientes.

A utilização do meio jornalístico pelo consumidor seria uma forma de amplificar esta indignação, que já fora esgotada em todas as instâncias para solução entre empresa e consumidor.

De acordo com Albert Kientz, citado por Levy, a publicidade tem um efeito direto, imediato, programado justamente para um respectivo momento. Desta maneira seu efeito, de acordo com pretensões do anunciante, é rápido, cai logo no esquecimento do consumidor.

Entretanto, quando ocorre a frustração do consumidor, quando este se sente enganado, desrespeitado ou traído a lembrança permanecerá na memória dele. Seja por um produto ou serviço, a imagem negativa será firmada na marca, na empresa. Constata-se, de acordo com cartas de

reclamação, que a indignação não é contra a publicidade em si, mas contra a empresa.

Observa Armando Levy por meio de sua tabela nº 06 que:

*“A principal queixa era: ‘Não cumpre o que promete’, ou seja, a empresa prometeu alguma coisa através da propaganda e não cumpriu. Entre nove queixas distintas, citadas 21 vezes, a queixa ‘ação (da empresa) não condiz com a imagem’ foi reveladora. Demonstrava que as pessoas tinham uma imagem da companhia, induzida pela propaganda, que o relacionamento cotidiano não havia confirmado. O resultado? **Frustração**. E a resposta? Denúncia pública contra a empresa. Com qual objetivo? Desacreditar a companhia”³²³. (grifo nosso)*

Frustração pela publicidade é o que ocorre. O exemplo real não é por acaso. Trata-se de apenas uma empresa de tantas estabelecidas no mercado de consumo. Além de ser frustrado pela publicidade, o consumidor

³²³ Armando Levy, *Propaganda: A Arte de Gerar Descrédito*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 65.

QUEIXAS CONTRA A PROPAGANDA DA EMPRESA. Tabela nº 06 (ir p/ anexo). Os dados são reais, analisados por Armando Levy uma empresa sob o nome fictício “Líder S/A”. A empresa Líder S/A no final de 1996 possuía 6,5 milhões de consumidores, presentes em 310 mil estabelecimentos comerciais, parceria com 41 bancos, 03 parceiros internacionais possibilitando aceitação do produto em 220 países.

Queixa	Quantas vezes citada
Não cumpre o que promete	06
Não garante o que oferece	04
Ação não condiz com a imagem	03
Seduz pela publicidade	03
Segurança anunciada não existe	02
Praticidade anunciada não existe	01
Aborda quem não vai atender	01
Publicidade omite aspectos negativos do produto	01
Total	21

ainda amarga o gosto de não ter resolvido seu problema ou, quando resolvido, após longo espaço de tempo.

Justificável a busca das colunas de jornais de defesa do consumidor para pelo menos desabafar tal frustração. Cabe ressaltar que os jornais não publicam todas as cartas do consumidor, nem poderiam devido ao grande número de reclamações. Inicialmente, antes de publicadas, é oferecido às empresas um prazo para resolução do problema; em último caso é que ocorre a publicação.

Ocorre ainda de um leitor-consumidor identificar-se com o problema relatado, ou seja, o consumidor-leitor do jornal experimentou a mesma frustração pelo mesmo produto ou serviço. Na pesquisa de Armado Levy, relata-se que não é raro surgir cartas de consumidores se solidarizando com reclamações anteriores. Pode-se afirmar um verdadeiro efeito em cadeia, ratificando ainda mais a ‘teoria da razão comunicativa’ de Habermas.

36 SANÇÕES CRIMINAIS E ADMINISTRATIVAS EM FACE DA PUBLICIDADE ILÍCITA

36.1 Sanção criminal

Inicia-se o presente capítulo apenas verificando a redação do artigo 171 do Código Penal, o qual trata do estelionato: “Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”.

Destacar-se-iam-se no presente artigo os aspectos de obter vantagem ilícita, induzir ou manter alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Faz-se necessário a comprovação do dolo nesta esfera penal.

Óbvio tal definição para algumas práticas comerciais abusivas, dentre elas a publicidade. Induzir ou manter em erro por algum meio fraudulento, parece uma reprodução do que prevê o artigo 37, §1º CDC, ou seja, a publicidade enganosa.

O artigo 175³²⁴ do Código Penal prevê ainda de forma mais específica, no que trata da *Fraude no Comércio*. É a famosa venda de ‘gato por lebre’, como bem lembra Filomeno.

³²⁴ CP, Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:
I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
II - entregando uma mercadoria por outra;
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Uma outra previsão se dá com a Lei nº 1.521/51, que trata dos Crimes Contra Economia Popular, e sem embargo para a publicidade ilícita poderia utilizar o presente dispositivo:

“Art. 2º. São crimes desta natureza:

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes)”.

Não considera no presente caso a publicidade abusiva, pois por ser um crime material, exige-se para sua configuração a vantagem ilícita e o resultado do prejuízo para sua consumação.

Também para o tipo do Código Penal é necessário que a pessoa, no caso, o consumidor, seja determinada. Sendo caso de dano à coletividade passa-se para esfera dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, Lei 8.137/90.

“Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo:

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”.

§ 1º. Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2º. É aplicável o disposto no artigo 155, § 2º.

O grande consumerista José Geraldo Brito Filomeno esclarece que o dispositivo: “versa sobre uma espécie de oferta e publicidade enganosa, mas que fica a meio caminho entre os delitos absolutamente formais dos arts. 66 à 69 CDC, (...) e os de natureza material, tais como estelionato e falsidade”³²⁵.

Obviamente, que há as expressas previsões no CDC que trata das Infrações Penais, artigos 66 a 69, os quais correspondem diretamente aos dispositivos vistos nos artigos 30, 31, 35, 36 e 37 CDC, só que nesta situação definindo tais práticas como crime. Ousa-se afirmar que se tratam de crimes formais, pois não há necessidade de um resultado específico para sua configuração e, sim, ater-se à conduta do agente.

Como afirma o Prof. Filomeno, os artigos 66 a 68 CDC independem de qualquer resultado lesivo, ou mesmo do induzimento do consumidor em erro, bastando a veiculação da publicidade ou oferta enganosa ou abusiva³²⁶.

36.2 Sanção administrativa

Além das disposições trazidas pelo Decreto 2.181/97 que estabelece as normas de sanção administrativa, onde o artigo 14 praticamente copia os dispositivos do CDC no que tange à ‘publicidade’. O CDC em seu

³²⁵ José Geraldo Brito Filomeno, Manual de Direitos do Consumidor, 8ª ed., Jurídicos Atlas, São Paulo, 2005, p. 243.

³²⁶ José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª Ed., Editora Forense, Rio de Janeiro 2001, p.647.

corpo normativo também previu algumas sanções para as práticas de publicidades ilícitas.

O artigo 56 CDC traz um rol de sanções, por meio de seus incisos, destacando para este estudo o inciso XII, o qual trata a contrapropaganda/contrapublicidade. Esta medida está prevista de forma específica por meio do artigo 60 CDC:

“Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.”

Gostaria de fazer breve comentário com caráter indagativo, haja vista o dispositivo ser praticamente auto-explicativo. Inicialmente, questiona-se se é correto limitar tal sanção à esfera administrativa conforme prevê o parágrafo único³²⁷ do artigo 56 CDC; ou seja, será que o veto do parágrafo 4º³²⁸ do artigo 37 fez algum efeito? Entende-se que não, o efeito do veto é totalmente inócuo.

³²⁷ Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo **serão aplicadas pela autoridade administrativa**, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

³²⁸ Art. 37, § 4º CDC (vetado) – “Quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível **e de contrapropaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente**”. (grifos nossos).

Ou seja, por que não permitir ao judiciário³²⁹ a imposição de tal tipo de sanção? Considerando ainda o dispositivo constitucional do artigo 5º XXXV da CF, onde nenhuma lei poderá excluir à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Apesar disto, um juiz de Brasília conseguiu impor uma contrapropaganda em face da Souza Cruz³³⁰.

³²⁹ Pessoalmente já pedimos a imposição de contrapropaganda no judiciário, mas obviamente fora indeferido tal pedido.

³³⁰ Propaganda subliminar gera indenização de R\$ 14 milhões

As empresas Souza Cruz, Standart Ogilvy & Mather e Conspiração Filmes e Entretenimento foram condenadas a pagar R\$ 14 milhões de indenização por danos morais difusos por veicular propaganda subliminar incentivando jovens a consumir tabaco. A decisão é do juiz da 4ª Vara Cível de Brasília, Robson Barbosa de Azevedo. Cabe recurso.

O valor será revertido para fundo social. As empresas também terão de arcar com os custos da veiculação de contrapropaganda elaborada pelo Ministério da Saúde.

A ação foi ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal. Segundo a denúncia, as empresas uniram-se para criar e veicular publicidade antijurídica de tabaco, usando mensagens subliminares e técnicas para atingir crianças e adolescentes. A propaganda, levada ao ar em horários legalmente proibidos, foi suspensa conforme acordo judicial. Entretanto, a contrapropaganda não foi obtida amigavelmente.

O laudo da publicidade elaborado pelo Instituto de Criminalística do DF analisou as imagens e a transcrição do áudio, revelando silhueta de pessoa com cigarro, a imagem de mulher fumando, pessoas fumando, carteira de cigarros e as mensagens escritas na propaganda. E conclui: "As imagens revelam forte apelo e atratividade do público infante-juvenil pela propaganda do cigarro, sem prejuízo de alcance do público em geral, mas o texto revela um contexto nítido de dedicação aos jovens".

A conclusão é corroborada por outro laudo, elaborado pelo IML do DF, que revela alucinação visual, concluindo pela não opção de aceitação ou rejeição da mensagem ao ser passada para o consumidor.

Segundo o juiz, as empresas não lograram êxito na demonstração de que não visavam ao atingimento do público infante-juvenil, limitando-se a explanar a respeito de técnicas de marketing quando se pretende vender produtos a jovens e/ou crianças. Além disso, o formato videoclipe utilizado está nitidamente voltado para essa faixa etária, e constata-se abusividade da propaganda na utilização de mensagens subliminares.

Na sentença, o juiz explica que, se tratando de propaganda ilegal e abusiva, aplica-se o artigo 56, inciso XII do Codecon — Conselho Estadual de Defesa do Contribuinte, que revela ser cabível a imposição da contrapropaganda às custas das empresas, devendo ser veiculada nas mesmas emissoras, frequências e horários e pelo mesmo tempo em que o foi a publicidade original.

A indenização será revertida em favor de um fundo gerido por um conselho federal ou por conselhos estaduais, de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, e cujos recursos são destinados à reconstituição dos bens lesados.

Processo: 102.028-0/2004 (Revista **Consultor Jurídico**, 6 de março de 2006)

Por fim há de se considerar que o dispositivo é muito pouco utilizado, ou seja, reduzíssemos casos que se tem referência. Há um outro caso do PROCON-PR que impôs contra empresa Elma Chips³³¹.

³³¹ O Procon-PR abriu nesta quarta-feira (14) um processo administrativo contra a Elma Chips e aplicou uma multa cautelar no valor de R\$ 2.128.200,00, além da imposição de contrapropaganda por indícios de infração ao Código de Defesa do Consumidor, pela indução ao consumo de bebida alcoólica na embalagem do salgadinho “Pingo D’Ouro Agito”. A PepsiCo do Brasil Ltda., empresa fabricante dos salgadinhos, já está sendo notificada pelo Procon-PR.

A decisão foi do coordenador Algaci Túlio, após receber o resultado da análise criteriosa feita pelos departamentos jurídico e de fiscalização do órgão. Essa postura atende à determinação do secretário da Justiça e da Cidadania, Aldo Parzianello, em relação a providências na esfera da defesa do consumidor. O Procon-PR é vinculado à secretaria.

“O público infanto-juvenil é especialmente atingido pela publicidade deste tipo de produto, que tem na sua embalagem e no site do fornecedor ilustrações de bebida alcoólica numa clara indução ao seu consumo,” salientou Túlio, lembrando que tal situação permite que seja aplicada uma multa cautelar contra a empresa equivalente a 2 milhões de UFIRs. A multa cautelar tem um prazo de dez dias para ser paga, a partir do recebimento da notificação.

A abertura do processo administrativo tem como base os artigos 6 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente sobre a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos; e a proibição da publicidade abusiva. Uma das definições para esse tipo de publicidade é aquela que “aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança ou seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

No processo administrativo instaurado, o Procon enfatiza a necessidade do cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 4 e 79, que impedem a veiculação de ilustrações e fotografias de bebidas alcoólicas em publicações infanto-juvenis, além de ressaltar a decisão de sustação da divulgação do anúncio do Conselho Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária - Conar.

Contrapropaganda – A decisão do Coordenador do Procon-PR também impõe como sanção a contrapropaganda, visando anular ou desfazer os efeitos negativos decorrentes da publicidade ilícita.

Para tanto, a fornecedora deverá, da mesma forma, frequência, prazo, dimensão e, preferencialmente nos mesmo veículos utilizados para a divulgação e venda do produto, realizar publicidade desvinculando o consumo do salgadinho “Pingo D’Ouro Agito” do consumo de qualquer bebida alcoólica.

37 CONTROLE DA PUBLICIDADE

Um outro detalhe que merece ser comentado nesta esfera administrativa é acerca do controle de publicidade. Em definitivo, não há que se falar em controle misto no Brasil. Entende-se que um controle só poder ser exercido pelo Estado e seus agentes, e o controle publicitário não poderia ser diferente. Pensar em controle é pensar em vigilância, orientação correção, fiscalização, poder de polícia etc.

Destacáramos o papel dos Ministérios Público e dos PROCONs neste controle. Aliás, congratulações o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte que recentemente instalou, na Promotoria de Defesa do Consumidor, uma espécie de laboratório de monitoramento de publicidades, bem como o Ministério Público do Distrito Federal, que além de provocado a ACP, que condenou a Souza Cruz em multa e contrapropaganda, firmou um recente Termo de Ajustamento de Conduta –TAC com a empresa de confecções FORUM³³² impondo uma contrapropaganda como predetermina o artigo 60 do CDC.

³³²A Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor (Prodecon) obteve sucesso em um termo de ajustamento de conduta (TAC) que utilizou a contrapropaganda como sanção a uma campanha publicitária considerada abusiva. O termo, assinado em setembro de 2005, determinou que a Fórum Confecções Ltda, uma das empresas de vestuário mais conhecidas do país, veiculasse 37 outdoors de apelo social em retratação a uma campanha publicitária da marca que mostrava imagens de forte apelo erótico. A contrapropaganda foi veiculada no mês de janeiro de 2006, e os novos outdoors permaneceram em exibição por um período igual ao da campanha original da Fórum. Os custos de impressão e divulgação correram por conta da empresa.

A iniciativa partiu de um grupo de moradores do Setor Sudoeste e do Cruzeiro, regiões onde estavam fixados 34 outdoors que faziam parte de uma campanha publicitária da Fórum. Eles encaminharam ao MPDFT uma representação solicitando providências com relação às imagens, que mostravam, ao lado da marca da empresa, um casal de modelos em posições que sugeriam o ato sexual. Os 27 signatários da representação alegavam que os outdoors, afixados em locais de grande circulação, poderiam causar danos à formação moral de crianças e adolescentes. A alegação foi sustentada posteriormente por meio de um laudo psicológico elaborado pelo Instituto Médico Legal do DF a pedido da promotoria.

Atribuições estas que um órgão de classe não poderia ter. Caso específico do CONAR – Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária. Daí pertinente entendimento do Prof. Adalberto Pasqualotto: “Não parece correta a afirmação de que temos uma regulamentação mista: parte pelo Estado, parte auto-regulamentada. As normas do CONAR, como se viu, são de caráter inteiramente privado. Portanto, não são aptas para produção de efeitos jurídicos perante terceiros. O aparecimento da regulamentação estatal, de caráter imperativo, ocupou-se inteiramente do espaço antes deixado livre à autonomia privada. O estatuto do CONAR é contratual, e a lei não deixou margem alguma para a regulamentação privada dessa matéria”³³³.

Urge ressaltar a valoração deste instrumento (Estatuto do CONAR) dos publicitários, ou seja, a principal intenção, como já dito, era afastar o Estado da regulamentação desta Lei Publicitária, para que o Código

A contrapropaganda é uma sanção administrativa aplicada em casos de infração às normas de defesa do consumidor que tem como objetivo desfazer os malefícios causados pela publicidade enganosa ou abusiva. Para isso, deve ser divulgada pelo responsável na mesma forma, frequência e dimensão e, se possível, no mesmo veículo, local, espaço e horário da publicidade original.

No caso em questão, a campanha de contrapropaganda foi elaborada por alunos da Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, coordenados pela professora Maria Fernanda D'Angelo Abreu. O tema escolhido foi: Respeito: Marca de Valor. As peças têm a mesma estrutura básica dos outdoors da campanha da Fórum mas mostram, ao lado do slogan da campanha, fotografias de pessoas em situações de respeito ao próximo.

O promotor de justiça Guilherme Fernandes Neto informa que os consumidores que se sentirem lesados por publicidade abusiva podem ajuizar representações na Prodecon, que é pioneira no uso de contrapropaganda para coibir esses abusos. Em 2004, a Promotoria de Defesa do Consumidor obteve decisão da 4ª Vara Cível de Brasília condenando a Souza Cruz a veicular contrapropaganda, em razão de a empresa ter veiculado na TV mensagens destinadas ao público infante-juvenil estimulando o consumo de tabaco. A condenação, objeto de recurso, impunha a divulgação de anúncio elaborado pelo Ministério da Saúde que demonstra os danos provocados pelo cigarro.

³³³ Adalberto Pasqualotto, *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC*, RT, São Paulo, 1997, p. 69.

de Auto-regulamentação fizesse o papel punitivo do Estado, abrandando o que uma verdadeira regulamentação do Poder Público através do legislativo o faria. Muito irônico quando os publicitários utilizam-se do velho discurso de que o anúncio antiético não seria ruim apenas para o consumidor, mas futuramente para o anunciante. No entender do Prof. Paulo Vasconcelos Jacobina :

“Argumentar, também, que o anúncio antiético é prejudicial ao próprio anunciante e à agência, tanto quanto ao consumidor, como argumento contrário à regulamentação estatal, é sofismar, também. Mal comparado, seria o mesmo que afirmar que o homicídio é tão nefasto para o criminoso quanto para a vítima, porque aquele, mais cedo ou mais tarde, sofrerá uma enorme rejeição social, como consequência de seu ato. É certo que a reação social existirá, mas não pode excluir a reação jurídica”³³⁴

Por ser um conselho de iniciativa privada, o CONAR não tem o poder coativo que o Estado possui, em decorrência disto as decisões tomadas por tal Conselho possuem fama de decisões de cumprimento espontâneo. Ademais, não se nota resultado quanto ao Conselho de Ética, enxerga-se uma total ineficácia. Toda vez que o Conselho de Ética é provocado pelo judiciário para prestar algum tipo de informação, em decorrência de alguma Publicidade Enganosa ou Abusiva, a resposta é automática de que o Conselho funciona apenas como consultoria para o anunciante e a agência.

Conclui-se que o próprio CONAR deveria então analisar suas próprias publicidades institucionais. Pois são incontáveis a quantidade de Publicidades Institucionais que o CONAR promove para convencer a

³³⁴ Paulo Vasconcelos Jacobina, op, cit. p. 28.

população que se sente lesada por tal publicidade a procurá-lo. Chegou-se a ponto de um juiz sentenciar com seguintes dizeres:

*“... por isso, estou de acordo com a autora, quando diz na réplica de fls. **que a imagem pública construída pelo CONAR, mediante publicidade, induziu-a a erro**, posto que se pensava que o CONAR existisse para regular e até punir os produtores de comerciais em desacordo com o seu código. Mas, não. Por isso, cabe a exclusão da lide por manifesta ilegitimidade passiva, porém não cabe o apenamento da autora nas penas da sucumbência, porque inexistiu em absoluto má-fé de sua parte (art. 17 da Lei 7.347/85), **tendo sido induzida a erro por malícia do próprio CONAR**, que, como apontado, se apresentou a público como competente para atos muito mais abrangentes do que aqueles que seu estado efetivamente permite.”³³⁵ (grifos nossos)*

Além de que, no momento que se exerce um controle, uma fiscalização passa-se a concorrer com a responsabilidade desta atividade vigilante. Será que o CONAR gostaria de concorrer com as responsabilidades, haja vista ter passado despercebido pelo seu controle? Já se viu muito órgão e agentes da administração respondendo por suas omissões em controle e fiscalizações. O CONAR arrumaria de imediato uma excludente, talvez pela sua natureza jurídica, para não concorrer com as responsabilidades dos anunciantes. Não acreditamos também se o CONAR, que quer assumir uma natureza que não é sua, poderia ter seu diretor no pólo passivo de uma Ação Civil Pública por improbidade.

³³⁵ Adalberto Pasqualotto, *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC*, RT, São Paulo, 1997, p. 68-69.

No que tange a um papel de vigilância entre as empresas que compõem o CONAR há um louvável papel sob o ponto de vista concorrencial. Inclusive, após várias análises de casos e procedimentos fornecidos pelo sítio na Internet da instituição, observou-se que as principais reclamações realizadas no CONAR são dos próprios fornecedores questionando os anúncios de seus concorrentes. Acredita-se que a telefonia móvel e as cervejas representam boa fatia desta. Face isto, entende-se até porque o legislador não fez previsão expressa da Publicidade Comparativa, esta repercute diretamente nas questões concorrenciais, mais interessante aos próprios fornecedores e seus concorrentes.

Seria muita ingenuidade nossa entender que a repercussão do caso *Brahma versus Schincariol* fora gerada por uma preocupação com os consumidores.

Não é questionável que por via reversa algumas recomendações favorecem ao consumidor. Só não pode ser afirmado que tais recomendações têm em mente o consumidor.

38 CONCLUSÃO

Fazendo uma breve análise dos 15 anos do Código de Defesa do Consumidor enxerga-se uma típica ‘concorrência desleal’ entre as atividades publicitárias e a vigilância jurídica destas atividades. Aspecto não exclusivo na prática publicitária, mas também em outros ramos sociais, é o *modus operandi* do Ordenamento Jurídico.

A preocupação se dá justamente na evolução de técnicas publicitárias, abusivas ou não, onde não há uma repercussão evolutiva do direito. A economia reconhece, a psicologia reconhece, os próprios profissionais do marketing reconhecem, mas no campo jurídico é hesitado reconhecer tais abusividades.

Por todos meios e métodos foi demonstrado o quão as práticas publicitárias, e até propagandísticas são invasivas ao consumidor, ao cidadão. Invasão esta não só na intimidade, na privacidade, mas na mente humana, no consciente e inconsciente, no racional e no irracional, no uso da fragilidade do emocional.

Desconsiderável para isto a idéia do ‘homem médio’. Totalmente insensato admitir que apenas o homem médio consome; imagine crianças e idosos, e até uma população menos favorecida intelectualmente e financeiramente. Eles são sem qualquer embargo principais alvos dos anunciantes.

Pretende-se com a presente abordagem não dar solução à problemática, à desconsideração dada pelo âmbito judicial, e sim poder

contribuir de alguma maneira com a sociedade com um mínimo de ciência do fato, e sua repercussão jurídica. Às vezes, um simples reconhecimento de que foi enganado por qualquer abusividade, representa muito mais a um consumidor, a um cidadão do que qualquer reparação. Fazer parte daquele índice mínimo de consumidores que reclamam em qualquer esfera e vêem seu direito tutelado já representa e muito, uma sensação de ser cidadão.

O risco de permanecer fazendo uso destes inúmeros tipos de práticas *lato sensu* é mínimo. Viu-se que é mais eficiente, mais útil, mais lucrativo manter o exercício destes métodos, pois um possível questionamento por parte de um consumidor já está no risco. Alia-se o fato de a classe de consumidores ser totalmente desinformada quanto aos seus direitos; reconhece-se uma grande evolução mas ainda não suficiente. O Poder Judiciário é um outro grande incentivador destes tipos de práticas publicitárias, inicialmente o utópico acesso à justiça, seguindo para morosidade que lhe é inerente, e por fim a velha concepção de que os consumidores querem enriquecer sem causa. Óbvio que há muitos pedidos de consumidores totalmente inescrupulosos, e mais óbvio ainda que se está falando do judiciário de uma maneira geral. Alguns juizes vêm fazendo papel digno de aplausos, coerente com suas atividades, atualizados com o movimento consumerista. Destacaria inclusive o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Muitas das vezes, além da característica morosidade, o judiciário decide por exclusão, ou seja, na sua concepção limitada do que seja um dano, indefere os pedidos dos consumidores, incentivando a prática abusiva dos fornecedores, diminuindo conseqüentemente o índice dos riscos deste. Não se defende o caráter punitivo da pena, tipo a *action for damages* norte-americana, entretanto, não restaria outra saída para que fornecedores

deixassem de praticar certos atos abusivos, contrariando os índices de seus riscos.

Conclui-se definitivamente que atualmente, neste específico momento, a publicidade trabalha em focos pré-determinados. Num passado, onde a produção era em massa e para massa, pode ser que a publicidade fosse jogada à massa indistintamente. O cenário atual muda, têm-se produtos e serviços diferentes para diferentes grupos sociais, logo a publicidade inevitavelmente também será diferente para aquele público particular, delimitado. Os contratos, conforme visto, também seguem esta tendência. Adolf Hitler já afirmara no nazismo a existência de discursos diferentes para públicos diferentes.

Inquestionável também não concluir o papel da publicidade como um dos combustíveis do ciclo econômico. Obviamente que há outras práticas que levam o consumidor a efetivar o último ato deste ciclo, entretanto não há dúvida que a publicidade é o principal condicionante do ato deste consumidor.

Não se hesita também em afirmar que não seria necessário, em tese, uma lei específica que tratasse do consumidor. O que a lei prega se resume apenas a um ideal de justiça, o que a Constituição Federal por si já faz. Ocorre que tal necessidade se justifica pelo alto grau de interpretação dos aplicadores do direito. Excetuando-se, obviamente, os fatores exógenos e as forças ocultas. Assim sendo, o ordenamento busca cercar as previsões na Lei Maior e com uma lei específica, o CDC. Princípios justificadores deste ordenamento estão na busca do equilíbrio da relação e na presunção de que há uma parte vulnerável na relação. Ao efeito das práticas publicitárias entende-se que há uma manifestação em grau máximo da vulnerabilidade do consumidor.

Foi abordado o assunto de extremo interesse que é o funcionamento do Sistema Jurídico, bem como as funções e importâncias dos princípios regras, inicialmente do sistema como todo até a lei específica do CDC. Não se entende a razão de uma constante banalização dos princípios, e certa aversão à regra. Cada qual tem sua função no sistema, eles completam o funcionamento deste. Não há um sistema só de princípios ou um sistema só de regras.

Alguns princípios já vêm com razões estabelecidas pelo legislador, pois já previra que sua textura deva ser ampla com objetivos, inclusive de amparar alguma situação não prevista anteriormente. Ocorre que a doutrina tem prazer em inventar princípios, onde na verdade já é uma regra jurídica. Não se trata de mera implicância. A representação da indiferenciação tem repercussão direta não só no funcionamento do sistema, como na aplicação da norma jurídica. Há situações em que o ordenamento prevê uma regra, considerando o interesse tutelado, o bem social, para não dar margem valorativa justamente ao aplicador, sob pena de desvirtuar toda teleologia do ordenamento. É o caso de, por exemplo, uma regra jurídica ser interpretada aos moldes de um princípio.

Nisto fica justificado a não abertura de tantos números de princípios para publicidade, afirmando desde logo que a vinculação da oferta bem como a inversão do ônus da prova na publicidade é uma regra, pois assim o legislador o quis. Nunca serão princípios. Se aplicador entender que não possa ocorrer a subsunção do respectivo fato com a norma, então não a aplique.

Ainda sobre os princípios, é sempre questionado qual princípio prevalecerá face uma situação diante suas divergências. Cabe ressaltar, em tratando-se da Ordem Econômica, sua essência se dar na ponderação de todos os princípios, e não na anulação de um ou outro.

Não há o que se falar sobre princípio da liberdade de expressão quando tratar de publicidade, nada tem a ver com a prática publicitária que só visa a venda de produtos ou serviços. Ademais qualquer princípio em si tem de ser respeitado, mas ao lado deste sempre anda a responsabilidade. O que significa que o usufruto de um princípio não quer dizer excludente de responsabilidade.

Interessante caso é o da ‘Boa-Fé Objetiva’, no próprio ordenamento do CDC, o legislador a determina ora como princípio, ora como regra. E o próprio Nelson Nery a determina nos tratamentos dos contratos como Cláusula Geral. Conclui-se com isso que a melhor saída não é qualificá-la como nada, não dar natureza alguma, mas fazer bom uso desta que impõe um dever de conduta, lealdade, informação, eticidade etc., para ambos contratantes.

A informação de diversas maneiras exigidas pelo ordenamento também possui peculiaridades quanto sua natureza. De modo que prefere concluir que há a imposição de um dever, de uma obrigação ao fornecedor e um direito do consumidor tê-la.

Verificou-se também que economicamente é viável manter determinadas práticas, seja abusiva ou não. Do ponto de vista econômico-financeiro tudo irá para a ponta do lápis, e o resultado juntando todos os fatores ainda é positivo a manutenção da prática. A *Teoria dos Jogos* deixou

bastante nítido isto, atrelando a insipiência do controle e fiscalização do Estado.

No que tange à responsabilidade nas relações de consumo, foi visto que o CDC não adotou uma única teoria do risco, principalmente no que diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto, artigo 12 CDC. O legislador fez questão de taxar as situações em que pode ocorrer o defeito, ou seja, em que momento de toda a produção. Característica esta do risco proveito. Pode-se indagar que há uma previsão para a questão da informação, esta não deve se confundir com publicidade. Pode até existir uma publicidade no rótulo. A informação que o artigo 12 CDC estabelece é inerente ao produto, sua fruição, riscos de periculosidade e nocividade, acondicionamento, manipulação, enfim, inerente a este produto.

Se assim não o fosse, qual a razão de o legislador ter especificado tanto o artigo 12 CDC acerca da produção? Ele está delimitando aquele risco, inclusive, logo em seguida apresenta inúmeros tipos de excludentes de responsabilidade. De modo, que se conclui que o risco da prática publicitária é um outro, este adota a *teoria do risco criado*. A teoria do risco criado sim, reflete, nos dizeres de Álvaro Villaça, uma teoria da responsabilidade objetiva pura.

Um outro fator que se faz necessário lembrar não só para o CDC mas para todos os tipos de responsabilidade em geral, é a verificação dos elementos inerentes: ato + nexos de causalidade + dano. Destacando para isso o papel do nexos causal, pois apesar de os ordenamentos não preverem excludentes de responsabilidade como o Direito Ambiental, a quebra do nexos, apesar da existência do dano, excluiria uma responsabilidade.

O ordenamento prevê dois tipos de publicidades, a enganosa e a abusiva. A publicidade enganosa, em suma, seria aquela atinente aos atributos dos produtos e dos serviços. A publicidade enganosa resguardaria os valores sociais salvaguardado principalmente pela Constituição Federal, explicitados ainda no CDC. Entretanto, com relação à publicidade abusiva o legislador na redação do § 2º do art. 37 CDC fez questão de inserir o “dentre outras”, ou seja, não apenas aqueles tipos especificados mas tantas outras violações aos valores sociais. O que poderia concluir que a própria publicidade enganosa, por ser enganosa, também seria uma publicidade abusiva.

Com relação ao ônus da prova na publicidade percebe-se que há uma opção do legislador, não mais do julgador conforme art. 6º VIII CDC. Entretanto, esta inversão originada da diretiva européia, a qual trata apenas da publicidade comparativa e enganosa, preocupa quanto esta inversão na publicidade abusiva. O artigo 38 do CDC deve ser lido juntamente com o artigo 36 parágrafo único do CDC, tanto que o artigo 38 CDC especifica que o ônus da prova será invertido, ou seja, em relação à veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária. Facilmente tal ônus terá sido cumprido, se o fornecedor atendeu às exigências do parágrafo único do artigo do artigo 36 CDC.

A preocupação afirmada com relação à inversão na publicidade abusiva se dar justamente pelos valores por ela assegurados. Em regra se surgir uma responsabilização pelo dano neste tipo de publicidade, será um dano moral. Preocupante se o anunciante tiver de provar que aquele consumidor em específico não teve um dano moral, é forçar por demais o dispositivo. Algo que é tão subjetivo, tão intrínseco, tão íntimo será impossível de ser tratado. Numa situação normal onde se segue a via procedimental do artigo 333 CPC, provar o dano moral já é complicado,

imagine inverter este ônus para uma outra pessoa, que por acaso é seu adversário na lide processual.

Desta maneira, entende-se que na publicidade abusiva a que decorrer a um procedimento de responsabilização por dano moral as partes deverão apresentar todas as suas ‘armas’, e ao julgador caberá a decisão final de acordo com o que foi levado aos autos.

Enfim, as conclusões acerca da dissonância cognitiva do consumidor com a publicidade. Não resta nenhuma dúvida do papel que a publicidade exerce em face do consumidor: manipula, impõe comportamentos, condutas, provoca os desejos etc., mas no fim também provoca uma outra reação, ou seja, a frustração da expectativa do consumo. Este fato corresponde exatamente à prática comercial da publicidade, como outra, que é (su)focar o consumidor até a consumação do fato de consumo, e correspondente geração de lucro àquele fornecedor. Após esta consumação, esquece-se aquele consumidor e busca-se nova vítima a ser frustrada.

A problemática principal que se encontra nisso é certa resistência por parte dos aplicadores de direito em entender que a frustração da expectativa de consumo, não só com a publicidade, mas como qualquer outra prática comercial, gera um dano ao consumidor. Obviamente que já se tem notícias de que alguns julgadores, principalmente os gaúchos, já consideram a frustração da expectativa como um dano.

Tal resistência não seria uma ‘culpa exclusiva’ dos aplicadores do direito. A própria doutrina deixa bastante a desejar em não enfrentar tal fato jurídico novo. Quando há um descumprimento de oferta publicitária, por exemplo, a resolução é menos complicada. Tenta-se judicialmente forçar seu

cumprimento, sendo impossível, com alguns parâmetros transforma-se em perdas e danos.

Pela boa-fé objetiva até se resolveria tal situação, principalmente no aspecto da não informação, a confiança depositada e até uma *culpa in contrahendo*. Entretanto, destaca-se a *culpa post pactum finitum*. Mas os aplicadores de direito diante de tal situação, considerando que todo contrato fora cumprido devidamente, não enxergam elementos suficientes para condenar um fornecedor. Não se entra numa categoria de dano material devido à limitação deste atrelado a uma mensuração específica de valores materiais, como se trata de um contrato de prestação de serviço, e neste caso totalmente cumprido, dificultaria mais ainda esta visualização.

Para configurar um dano moral é mais complicado ainda pois na concepção de dano moral atualmente, uma frustração, dissabores, dores de cabeça, perturbações etc. são insuficientes para justificar um dano moral. É óbvio não haveria uma terceira via para justificar que uma frustração de expectativa gera dano. Desta maneira, entende o aplicador do direito que por não encontrar elementos suficientes para justificar uma condenação, o melhor é indeferir o pedido sob uma justificativa que o consumidor não demonstrou, não provou seu dano como deveria.

Inicialmente, entende-se em absoluto que há um dano sim, não importa que natureza ou denominação que se dará. E ainda, o não conhecimento do pedido do consumidor apenas incentivará o fornecedor a manter tais práticas abusivas, ou seja, dar o sonho de consumo para o consumidor com uma mão e tirar com a outra, frustrando este desejo de consumo. Afinal o consumo já foi efetuado e o lucro ao fornecedor, gerado. Várias teorias econômicas justificam esta aposta dos fornecedores, e a conclusão é óbvia:

continuar fazendo uso da publicidade enganosa, por exemplo, que apesar de surgir uma reclamação por parte de um consumidor, dá um incomparável o índice de lucratividade – e aquela reclamação isolada ainda está dentro da margem de risco dos fornecedores.

O risco de tentar apresentar uma contribuição não só ao meio científico, mas também à sociedade é bastante alto. Entretanto, é mais válido tentar do que fechar os olhos a tal constatação. Óbvio também que tal contribuição pode apresentar inúmeras contradições e riscos, mas este é o papel a ser desempenhado, ademais não se está propondo uma teoria. Apenas se está constatando a realidade de um fato e propondo elementos facilitadores à identificação deste.

Os elementos a serem propostos não são exaustivos, tampouco dependentes entre si. O que se propõe é verificar a existência diante de uma frustração da expectativa de consumo, dissonância cognitiva gerada pela publicidade: (1) descumprimento relacional, haja vista o cumprimento contratual ter sido todo cumprido; e/ou (2) impossibilidade do cumprimento forçado, mesmo não esteja previsto em contrato, ou por meio de uma oferta integrada ao contrato não há como se exigir o cumprimento; e/ou (3) Fator exógeno da oportunidade, o momento certo, o local certo, a hora certa em que iria desfrutar da minha expectativa de consumo era aquela.

Obviamente, que as frustrações com as expectativas de consumo não se limitam a tais casos, ocorrem de inúmeras maneiras. Buscou-se um caso específico para analisar, onde a resolução judicial seria/é mais dificultosa.

O melhor exemplo, inclusive já criou precedente no Tribunal gaúcho: foi o da empresa de telefonia móvel Claro. A empresa com uma publicidade ‘fale de graça no Natal’ angariou um considerável número de novos consumidores com tal oferta. A oferta apesar de integrar o contrato não estava prevista neste, entretanto havia uma relação de consumo estabelecida. Na data festiva de Natal verificou-se que o serviço não funcionava, não havia como naquela noite exigir um cumprimento forçado da oferta. A oportunidade também de falar de graça ‘na noite de Natal’ também era única. Logo, consegue-se identificar, nesta situação, a presença de alguns dos elementos facilitadores propostos.

39 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A Revisão dos Contratos no Código do Consumidor*. São Paulo: Revista Direto do Consumidor nº 33, RT.

_____. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva 2002.

ALVAREZ, Anselmo Prieto e NOVAES FILHO, Wladimir. *A Constituição dos EUA – Anotada*, São Paulo: Editora LTr, 2001.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVIM, Arruda. *Cláusulas Abusivas e seu Controle no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor nº 20.

AMARAL Jr., Alberto. *A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas na Relação de Consumo*. São Paulo: Revista Direto do Consumidor nº 06, RT.

ÁVILA, Humberto *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª Ed., 2ª Tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das Obrigações*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 1990.

BEJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____. e *O Transporte aéreo e o CDC*. São Paulo: Revista Direito do Consumidor nº26, RT.

BERTRAND, Claude-Jean. *A Deontologia das Mídias*. Tradução Maria Leonor Loureiro. Bauru –SP: EDUSC, 1999.

_____. - *O Arsenal da Democracia – Sistemas de Responsabilização da Mídia*. Tradução Maria Leonor Loureiro. Bauru –SP: EDUSC, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ªEd. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BOURGOIGNIE, Thierry. *O Conceito Jurídico de Consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor nº 02, RT.

CABANA, Roberto M. Lopez. *Defensa Jurídica de Los Más Débiles*. São Paulo: Revista Direto do Consumidor nº 28, RT.

CALAZANS, Flávio. *Propaganda Subliminar Multimídia*. São Paulo: Summus Editorial, 1992.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito na Ciência do Direito*. 3ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almeida.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Nulidade Da Nota Promissória Dada Em Garantia Nos Contratos Bancários*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

_____ - *Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CASAMIGLIA, Albert. *Eficiência y Derecho – Doxa 04*(Artigo extraído do material fornecido pelo Prof. Antônio Carlos Mendes/www.cervantesvirtual.com).

CATANI, Afrânio Mendes, *O Que é Capitalismo*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 4ª Ed. 1980.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

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

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido. *Teoria Geral do Processo*. 11ª Ed, São Paulo: Melhoramentos, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COSTA, Marcos; ABRUSIO, Juliana Canha; BLUM, Renato M. S. Opice; EREMBERG, Jean Jacques; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza; SCHERAIBER, Ciro Expedito; ZANELATO, Marco Antônio. *O Direito e Internet*. São Paulo: Caderno Jurídico – ESMP (Escola Superior do Ministério Público de São Paulo), Ano 02 – Vol 1- nº 04- Junho de 2002.

DALARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. 2ª Ed., Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

DANTAS, Múcio Vilar Ribeiro. *Introdução Ao Direito*. Natal-RN: Nossa Editora, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª Ed. à luz da Lei 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____ - *Conflito de Normas*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____ - *Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º Volume – Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____ - *Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º Volume – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

DONINNI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Pós Contratual – No Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo*, nº 15. São Paulo: RT.

FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. *A Publicidade Abusiva que Explora o Medo e a Superstição*, [Tese de Doutorado pela PUC-SP, 2000].

_____ - *Publicidade Abusiva – Incitação à Violência*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

_____ - *Prescrição no Novo Código Civil- Uma Análise Interdisciplinar : ‘A Prescrição e a Decadência no Código de Defesa do Consumidor’*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Daniela Bacellar. *Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, Em face das Mensagens Subliminares*. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense.

_____ - *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 1989.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Raízes do Consumo e a Proteção do Consumidor*. Publicada no Juris Síntese nº 53 - MAI/JUN de 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*, 8ª ed. São Paulo: Atlas 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e da Propaganda*._Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU – Editora Pedagógica e Universitária LTDA.,1998.

GIGLIO, Ernesto M. *O Comportamento do Consumidor*. 2ª edição Revista e Ampliada. São Paulo: Ed. Pioneira, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, Vol. VII, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____ - *Direito Civil Parte Geral. Vol. 01.* São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRAU, Eros *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ - *Interpretando o Código de Defesa do consumidor; algumas notas.* São Paulo: Revista Direito do Consumidor nº05, RT.

GREGÓRIO, Sérgio Biagi. *A técnica de Pavlov* . Artigo publicado no www.espirito.org.br/portal/artigos/sergio-biagi/ensaio-reflexos-condicionados.html (capturado em 18 de novembro de 2005).

GRINOVER, Ada Pelegrini, BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery, DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.* 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam.* São Paulo: Biblioteca de Direito do Consumidor nº 16, RT2001.

HABA, Enrique P. *Precomprensiones, racionalidad y metodos em las resoluciones judiciales,* (Doxa- Artigo extraído do material fornecido pelo Prof. Antônio Carlos Mendes/ www.cervantesvirtual.com).

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito.* 4ª Ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de A. Ribeiro Mendes, 2005.

HITLER Adolf. *Mein Kampf*. São Paulo: Editora Moraes, 1983.

IGLESIAS, Christiane de Godoy Alves. *O Contrato de Transporte Aéreo de Pessoas e a Responsabilidade do Transportador*. [Dissertação de Mestrado PUC-SP, 2002].

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Las Cláusulas Abusivas En La Contratación (Informe del derecho argentino)*. São Paulo: Revista Direto do Consumidor nº 44, RT.

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

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 2º Volume, Parte Especial, 20ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1991.

KRÜGER, Helmuth. *Introdução a Psicologia Social*. São Paulo: EPU, 1986.

LARENZ, Karl. *Conceito de Direito*. 4ª Ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Juarez Freitas, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo: RT 2002.

LEVY, Armando. *Propaganda: A Arte de Gerar Descrédito*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 1997.

LOPES, João Batista *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil*. Vol. V, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La Oferta Apariencia y La Aceptacion Basada en La Confianza*. São Paulo:Revista de Direito do Consumidor nº 35, RT.

LUCCA, Newton de, *Direito do Consumidor, Teoria da Relação de Consumo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2003.

LYRA, Marcos Mendes. *O Controle das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. Dissertação de Mestrado, PUC-SP, 1999.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto Macedo. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed Max Limonad, 1998.

_____ - *Direito à Informação nos Contratos Relacionais de Consumo*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor nº 35, RT.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Contrato de Adesão. Controle Judicial dos Contratos de Consumo*. São Paulo: Revista Direto do Consumidor nº 15, RT.

MALFATTI, Alexandre David. *Direito – Informação No Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Alfabeto Jurídico, 2003.

MARCOVITCH, Elizabeth Speers. *A comunicação transcultural nas sociedades globalizadas- O sentido das Publicidades- estudos interdisciplinares*. São Paulo: Ed. Pioneira Thompson Learning, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima, *A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de Leis Especiais*. São Paulo: Revista Direito do Consumidor nº 03.

_____ - BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – arts. 1º a 74 – Aspectos materiais*. São Paulo: RT, 2004.

_____ - *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

_____ - *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. São Paulo: RT, 2005.

_____ - *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do “Diálogo das Fontes” No Combate às Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor nº 45, RT.

MAZZILLI, Hugo Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 18ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano existência)*, 1998.

MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985 – 15 anos*, 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Direito, Circulação Mercantil e Luta Social - Direito, Sociedade e Economia “Leituras Marxistas”*. São Paulo: Ed. Manole, 2005.

NERY JR, Nelson. *Código de Processo Civil Anotado e Legislação Processual Civil em Vigor*, 4ª Ed. São Paulo: RT, 1999.

_____ - e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

NETO, Guilherme Fernandes. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: RT, 2004.

NORONHA, Fernando. *A Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo por Danos a Pessoas, Bagagens e cargas*. São Paulo: Revista Direito do Consumidor nº 44, RT.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____ - O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997.

PEREIRA, André Linhares. *O Caso Fortuito e a Força Maior como Excludentes de Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. [Monografia Jurídica]. Curso Direito das Relações de Consumo, COGEAE – PUC-SP].

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil Vol. III*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Erick Wilson. *Controle Jurisdicional do Abuso de Poder no Processo Eleitoral*. São Paulo: LTr, 2004.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Concorrência Desleal por meio da Publicidade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

PERES FILHO, José Augusto. *Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: iEditora, 2002.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005.

PINHEIRO Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier – Editora Campus, 2005.

PIZZARO, Thiago Rodrigues. *A Alteração da Base Objetiva do Negócio Jurídico no Sistema Brasileiro de Direito do Consumidor* [Dissertação de Mestrado – PUC/SP 2005].

QUESSADA, Dominique. *O Poder da Publicidade na Sociedade Consumida pelas Marcas – Como a globalização impõe produtos sonhos e ilusões.*[tradução Joana Angélica D’Avila Melo]. São Paulo: Ed. Futura, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHER, Guy. *Sociologia Geral – A Acção Social*, 5ª ed. Lisboa – Portugal: Editora Presença, 1989.

SALLES, Carlos Alberto de. *O Direito do Consumidor e suas Influências sobre os Mecanismos de Regulação do Mercado*. São Paulo: Revista Direito do Consumidor nº 17, RT.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: Teoria, Técnica e Prática*. 7ª Edição, revista e atualizada; 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Pioneira, 1998.

SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e Decadência no Direito das Relações de Consumo*. [Dissertação de Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP] 2001.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito e Marketing*. São Paulo: RT, 2000.

SCHNEIDER, Ari. *CONAR 25 anos – Ética na Prática*. São Paulo: Editora terceiro Nome/ Editora Albatroz, 2005.

SILVA, Edgar Moreira. *A Decadência no Código de Defesa do Consumidor*. [Dissertação de Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP] 1999.

SILVA, José Afonso da.. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *O Princípio da Igualdade e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista Direto do Consumidor nº 08, RT.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *As concepções mecanicista e normativa das Constituições, sob a visão de Michel Troper*. Capturado no site Jus Navegandi (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5563>). ISSN 1518-4862. Número 403, Ano VIII, 2004.)

_____ - Relação contratual do transporte aéreo e suas aplicações e implicações normativas. Capturado no

site Jus Navegandi, (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6371>)
ISSN 1518-4862. Número 596, Ano IX, 2005.

- *Controle Contratual de Cláusulas nos Contratos de Consumo – A possibilidade do controle administrativo em abstrato pelo Ministério Público*, Monografia Jurídica – [Curso de Especialização em Direito das Relações de Consumo, PUC-SP, 2005].

- *Interrelação entre Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor e o Atual Código Civil*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 113. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=499>> ISSN 1807-9008.

- *Responsabilidade Ambiental - Enfoque No Meio Ambiente Artificial*- [Monografia Jurídica, Direito Ambiental, Janeiro de 2005-PUC-SP]

SODRÉ, Marcelo Gomes. *As Leis Principiológicas de Defesa do Consumidor na América Latina: Origens, Importância e Principais Disposições*. São Paulo, [Dissertação de Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.]

- *A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos*. São Paulo, [Tese de Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Maio de 2003.]

SOUZA, James J. Marins de. *Risco de Desenvolvimento e tipologia das Imperfeições dos Produtos*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor nº 06, RT.

SOUZA, Maura Gomes de *Relações Jurídicas entre Fornecedores e Consumidores. Confronto ou Harmonização nas Decisões Jurídicas Brasileiras - Vulnerabilidade do Consumidor*. [Dissertação de Mestrado defendida na PUC-SP].

SOUZA, Motaury Gioccheti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

STOLZE, Pablo e PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil, Volume III*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. *Psiquiatria Forense*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional e Econômico Brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2003.

TROPER, Michel. *La Máquina y La Norma. Dos Modelos de Constitución*. (Artigo extraído do material fornecido pelo Prof. Antônio Carlos Mendes/ www.cervantesvirtual.com).

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Poluição em face das Cidades no Direito Ambiental Brasileiro*. [Tese de Doutorado - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.]

WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão – Direito das Obrigações*. [Tradução Luiz Dória Furquim] Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.

_____. . *Código Civil Alemão – Parte Geral*. [Tradução Luiz Dória Furquim] Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

ZANELATO, Marco Antônio. *Considerações sobre o Conceito Jurídico de Consumidor*. São Paulo: Revista Direto do Consumidor nº 45, RT.

Revistas, páginas da Internet e Programas:

- Programa *Market Place* produzido pela rede CBC – Canadá (Estudo do efeito da publicidade na mente humana resultando em atos de consumo)
- <http://mktesportivo.com.br/comunicisaud.html>
- www.akatu.net/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home.
- www.espirito.org.br/portal/artigos/sergio-biagi/ensaio-reflexos-condicionados.html
- Manual de Monitoração de Publicidade com base no CDC, Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte.
- Revista Consultor Jurídico, 6 de março de 2006.

- Revista Exame – Editora Abril, volumes Maio de 2006.
- Revista Época de 21 de novembro de 2005, nº 392, editora Globo.
- www.stf.gov.br
- www.stj.gov.br
- www.cnj.gov.br
- www.tjrs.gov.br
- www.jus.uol.com.br
- www.jusvi.com
- www.juristas.com.br
- <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>
- http://www.aciccdl.com.br/noticias/ler_noticia.asp?IDNews=153