

**MÔNICA MARIA MELONI SICOLI**

**ANÁLISE DE DISCURSO NA PUBLICIDADE  
LÍNGUA PORTUGUESA, COMPREENSÃO E PRODUÇÃO DE TEXTOS**

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUIS  
NÚCLEO DE APOIO DE SÃO PAULO – SANTA CRUZ**

**SÃO PAULO - SP  
2009**

**MÔNICA MARIA MELONI SICOLI**

**ANÁLISE DE DISCURSO NA PUBLICIDADE  
A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Educação São Luis, como exigência parcial para a conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em língua portuguesa, compreensão e produção de texto.

Orientado pela Professora Doutora Rafaella Berto Pucca.

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUIS  
NÚCLEO DE APOIO DE SÃO PAULO – SANTA CRUZ**

**SÃO PAULO - SP  
2009**

## AGRADECIMENTOS

Esta dissertação de especialização em pós-graduação somente foi possível graças à colaboração de muitas pessoas que me apoiaram e serviram de inspiração.

Início agradecendo à professora **Dra. Rafaella Berto Pucca**, pelo carinho e incentivos constantes.

Aos professores, pela dedicação e disponibilidade nos momentos de orientação e esclarecimentos de dúvidas.

Às minhas queridas **filhas e neta**, pelo amor e carinho que me dedicaram e por suas opiniões sempre construtivas e pertinentes.

*O ser humano torna-se aquilo que acredita ser. Não devemos atribuir o rumo de nosso destino ao “acaso” ou à “fatalidade”, pois o ser humano é dono de si próprio e possui a capacidade de criar o seu destino conforme sua convicção, pelo poder da força latente nele. Conscientizemo-nos de que somos filhos de Deus, capazes de manifestar a infinita força latente, e tracemos o rumo de vida que desejamos. (SEICHO-NO-IE, 2009).*

## RESUMO

Este trabalho de conclusão do curso de pós-graduação tem como tema a publicidade no código de defesa do consumidor, levando em conta a importância que reveste o disciplinamento dessa matéria pelo mencionado código.

Objetivamos com este estudo demonstrar a importância que existe no reencontro entre as modalidades de comunicação, porém, com absoluto respeito as especificidades de cada uma destas formas, como também restringindo ao seu estudo as inovações trazidas com o advento da nova legislação, e por fim mostrando a sua influência no cotidiano das relações de consumo.

Para abordarmos todos esses aspectos mencionados, o trabalho foi dividido em três capítulos. O *capítulo 1 intitula-se, “A Publicidade como Ferramenta do Marketing”*, onde abordaremos toda e qualquer mensagem destinada ao público que possa ser submetida ao regime jurídico da publicidade do código de defesa do consumidor. Na verdade, o termo publicidade, para o direito brasileiro, compreende realidades jurídicas diversas, sob tratamento legislativo diferenciado, ao qual o código de defesa do consumidor acrescentou novas regras relacionadas com a divulgação comercial de produtos e serviços. No *capítulo 2*, apresentaremos *“Principiologia do Direito Consumerista”*, mostrando os pontos onde as definições e os preâmbulos normativos integram o ordenamento jurídico, exercendo profunda influência sobre a atividade interpretativa. Dentro deste contexto, os princípios são

pautas genéricas que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico tanto no tocante à sua explicação e integração quanto no momento de elaboração de novas normas, mesmo os princípios que mais se assemelham às regras não estabelecem conseqüências jurídicas, que seguem de forma automática a enunciação de fatos que deveriam servir como condição para sua aplicação. *No capítulo 3, discorreremos sobre “A Publicidade como Fato Jurídico”,* mostrando que as ofertas ao público eram consideradas por grande parte da doutrina como verdadeiros “convites para contratar”, não possuindo força vinculante, acreditavam-se que as ofertas ao público eram dirigidas a sujeitos indeterminados, não tendo destinatário específico. Este deveria ser determinado ou determinável tanto na celebração do contrato quanto na apresentação da oferta. Esse regime jurídico adaptava-se bem ao modo de formação dos contratos individuais regulados pelos códigos clássicos. Porém, com a alteração dos mecanismos de mercado, a transformação da esfera privada, a formação de grandes conglomerados econômicos e a mudança no papel da publicidade levaram a uma nova elaboração da disciplina jurídica da oferta.

## SUMÁRIO

Introdução.....	8
<b>CAPÍTULO 1 A Publicidade como Ferramenta do Marketing</b>	
1.1 Publicidade Versus Propaganda.....	12
1.2 Publicidade Promocional ou Institucional.....	13
1.3 A Publicidade no Mercado de Consumo.....	13
1.4. Controle da Publicidade.....	15
<b>CAPÍTULO 2 Princiologia do Direito Consumerista</b>	
2.1 Os Princípios que Regem o Direito do Consumidor.....	17
2.1.1 Princípio da vulnerabilidade do Consumidor no Mercado de Consumo.....	18
2.1.2 Princípio da Intervenção.....	19
2.1.3 Princípio da Educação e Informação.....	19
2.1.4 Princípio da Repressão aos Abusos Praticados no Mercado de Consumo.....	20
2.2 Os Princípios Específicos em Matéria Publicitária.....	20
2.2.1 Princípio da Liberdade.....	20
2.2.2 Princípio da Transparência.....	21
2.2.3 Princípio da Boa-Fé.....	21
2.3 Os Princípios Específicos.....	24
2.3.1 O Princípio da Veracidade.....	24
2.3.2 O Princípio da Clareza.....	24
2.3.3 O Princípio da Correção.....	25
2.3.4 Princípio da Informação ou da Fundamentação.....	25
<b>CAPÍTULO 3 A Publicidade como Fato Jurídico</b>	
3.1 A Concepção Tradicional do Contrato.....	27
3.2 O Direito Canônico.....	27
3.2.1 A Teoria do Direito Natural.....	28
3.2.2 As Teorias de Ordem Política e a Revolução Francesa.....	28
3.2.3 Teorias Econômicas e o Liberalismo.....	29
3.3 Autonomia da Vontade e Liberdade de Contratar.....	29
3.4 Conceito Clássico e Moderno da Oferta e Participação da Publicidade.....	30
3.5 Oferta e Publicidade.....	31
3.6 O Caráter Vinculante da Mensagem Publicitária e os Princípios do CDC.....	32
3.7 A Oferta no CDC.....	33
Considerações Finais.....	36
Referências Bibliográficas.....	39

## INTRODUÇÃO

A evolução da publicidade é um dos fenômenos mais marcantes deste século. A importância que a mesma assumiu nos últimos cinquenta anos é incontestável.

Como produto e, ao mesmo tempo, elemento da sociedade de consumo, a publicidade não pode deixar de ser enfrentada pelo direito, uma vez que, deixando marcas indeléveis na realidade sócio-econômica mundial, acarreta, também, conseqüências jurídicas.

O disciplinamento das mensagens publicitárias constitui um grande passo em direção à defesa dos interesses da parte mais fraca na relação de consumo. E, o equilíbrio almejado nesta relação é o mesmo perseguido no âmbito dos contratos civis ou comerciais.

À força persuasiva e ao poder econômico que são inerentes à publicidade, o código de defesa do consumidor sobrepôs a proteção à boa-fé do consumidor, tanto na formação, quanto na execução dos contratos de consumo.

E é, justamente, essa proteção à boa-fé do consumidor a justificativa da obrigatoriedade da oferta, vinculada por publicidade suficientemente precisa. Visou-se, com isso, proteger a confiança, a credulidade do consumidor persuadido a consumir determinado produto ou serviço pela veiculação de uma mensagem publicitária.

Pois, a publicidade é o instrumento de convencimento mais poderoso de nossos dias, ela adentra em nossas casas, quer queiramos, ou não, e, sem que percebêssemos, passou a fazer parte de nossas vidas. E, foi em decorrência de sua influência, também, que o mundo tornou-se um grande e faminto mercado

Quando compramos um produto, compramos também todo um universo ideológico a ele veiculado, pois a ideologia se faz presente sempre e em todo lugar, assim sendo a propaganda acaba por colaborar de maneira decisiva para a elaboração das imagens estereotipadas socialmente aceitas.

A publicidade “suficientemente precisa” obriga o fornecedor, criando um vínculo jurídico comparável ao nascido da proposta contratual. O interesse social requer que a oferta seja séria e tenha estabilidade, razão pela qual o proponente fica obrigado a mantê-la. Com o advento do CDC, a publicidade passou a ser verdadeira cláusula extra, não escrita, mas, que passou a integrar o contrato celebrado com o consumidor, produzindo efeitos legais. O código de defesa do consumidor conferiu maior amplitude ao regime jurídico da oferta estabelecido pelo código civil.

Nas relações de consumo cabe execução forçada da obrigação quando da recusa em dar cumprimento à oferta. O consumidor, que teve a sua escolha determinada pela publicidade, precisa ter a confiança de que sua mensagem reflete a vontade efetiva do fornecedor.

## **A PUBLICIDADE COMO FERRAMENTA DE MARKETING**

A publicidade faz parte de um complexo de atividades integradas de planejamento chamado marketing. A publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal, é a promoção tanto de idéias como de bens e serviços, por um patrocinador identificado. Neste sentido, não se levaria em conta a comunicação individual de que muitas vezes se utiliza a publicidade, chamada por muitos de “cara a cara”.

Na legislação nacional, a Lei 4.680, que regulamentou o exercício profissional da publicidade e as relações existentes entre agências, veículos e anunciantes, conceituou publicidade como “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”. (art.5º).

O código de defesa do consumidor não traz um conceito explícito de publicidade, não limitando sua conceituação, o que, de certa forma, é um aspecto positivo, tendo em vista a grande abrangência que a publicidade tem no Brasil.

A publicidade de que trata o CDC não deve ser confundida com a publicidade obrigatória em certos negócios jurídicos, no sentido correspondente à ação de registrar, de tornar público. O código de defesa do consumidor preocupa-se com a publicidade divulgadora de fatos, serviços, idéias ou produtos de interesse dos fornecedores, repercutindo, assim, no âmbito econômico-social.

Neste sentido, segundo a lição lapidar de Ceneviva (1991, p.73)

A publicidade destinada ao consumidor tem inteira liberdade, como forma de criação intelectual e artística assegurada pela Constituição, diversamente da registrária, que é formal. Todavia, embora livre, a propaganda de produtos ou serviços corresponde à manifestação da vontade do fornecedor, sendo exigível se especificar qualidades do produto ou serviço anunciado. Nesse caso, é instrumento de integração assumida pelo fornecedor ao contrato com o consumidor.

Segundo Marques, (1992, p.138), publicidade é “toda informação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.”

Já o professor Bittar (1981, p.22), define publicidade como: “a arte e técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor.”

Para o professor Pasqualotto (1997, p.24), o objetivo de lucro não integra o conceito de publicidade, conforme o código de defesa do consumidor, senão vejamos: “impõe-se, então, que o conceito de publicidade, frente ao CDC seja mais abrangente do que simplesmente promocional ou de venda imediata”.

Também devem ser considerados outros anúncios que não têm, imediata nem mediatamente, um objetivo mercantilista, e que, não obstante, podem revelar-se abusivos. Também não integra o conceito o pagamento da veiculação, pois, não há qualquer restrição legal e nem haveria razão para dar tratamento diferenciado aos veículos de comunicação, cada vez mais empresários no oferecimento de produtos diversificados, que são publicitados gratuitamente nos seus espaços próprios. Não só esses produtos derivados estão incluídos, como também os anúncios institucionais ou promocionais dos próprios veículos, por exemplo, as campanhas de assinantes. (PASQUALOTTO. Adalberto, 1997, p.25).

Em vista do exposto, poderíamos conceituar como publicidade toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não-personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços com ou sem finalidade lucrativa.

Neste conceito ficam claramente expostos os dois elementos essenciais de toda e qualquer forma de publicidade, são eles: a finalidade de influenciar o público e, o favorecimento, direto ou indireto, de produtos ou serviços.

Influenciar o público é a razão de ser da publicidade; não importa se diretamente sobre seu comportamento imediato, como por exemplo, levando o público-alvo a comprar numa super-liquidação, ou indiretamente, influenciando sobre o conceito que seus destinatários têm sobre determinada empresa ou grupo empresarial nas chamadas campanhas institucionais.

### **1.1 Publicidade versus propaganda**

Utiliza-se no Brasil, de forma indistinta os termos publicidade e propaganda, porém, o código de defesa do consumidor não cuida de propaganda, seu objeto é tão somente a publicidade, aí residindo a importância da distinção.

Publicidade, como já exposto, é a divulgação comercial de produtos e serviços, enquanto propaganda, conforme doutrinariamente pacificado, é a manifestação pública de idéias políticas.

A propaganda, portanto, preocupa-se com a difusão de uma idéia e a publicidade com a difusão de um bem corpóreo específico. A propaganda visa promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico); enquanto que a publicidade visa promover o lucro, direta ou indiretamente, de uma atividade comercial, conquistando novos clientes ou mantendo os antigos.

Essa diferenciação entre os dois conceitos já nos permite concluir pela inaplicabilidade do CDC às promessas eventualmente enganosas feitas por candidatos em campanhas eleitorais, apesar de, cada vez mais a máquina eleitoral fazer uso de técnicas publicitárias. Pois, o dever de cumprir as promessas feitas durante uma campanha eleitoral é um dever ético e não jurídico, do ponto de vista de sua obrigatoriedade. A vinculatividade dada pelo art. 30 do CDC às mensagens publicitárias fica restrita àquelas que, efetivamente, estejam relacionadas ao bem jurídico protegido pelo código, ou seja, a sanidade das relações de consumo.

Mesmo no meio publicitário existe muita confusão entre os dois termos, pois, a grande maioria das agências brasileiras tem “propaganda” na razão social, o órgão

de associação de classe é a associação brasileira de propaganda, mas os profissionais da área preferem ser chamados de publicitários, e não propagandistas.

## **1.2 Publicidade promocional ou institucional**

Os anúncios de publicidade são, fundamentalmente, de duas espécies: os *promocionais* e os *institucionais*. A diferença entre ambos reside no seu objetivo. A publicidade promocional consiste em anúncio de venda propriamente dito, tem um objetivo imediato e seus resultados são esperados a curto prazo. Tem por escopo convencer o público a comprar o produto ou a contratar o serviço anunciado.

Já a publicidade institucional anuncia a empresa em si e não um produto ou serviço seu. Como o próprio nome diz, visa institucionalizar a marca, construir uma imagem positiva da empresa no mercado. Frequentemente, estes anúncios institucionais contêm idéias ou valores caros ao público, criando uma identificação positiva em favor do patrocinador. Os objetivos dessa forma de publicidade são alcançados a longo prazo, vindo a beneficiar produtos que, sequer, já são produzidos, no momento, pela empresa.

## **1.3 A publicidade no mercado de consumo**

A publicidade é um dos fenômenos sociais mais marcantes deste final de século XX. Da forma que a conhecemos, como atividade de massa destinada a atingir milhares ou até milhões de pessoas, a publicidade é fenômeno recente. O seu desenvolvimento acompanha o processo de concentração econômica responsável pela transformação dos mecanismos de mercado, que caracterizou as economias industriais a partir da segunda metade do século XIX.

Nesta época, a publicidade era praticamente uma troca de informações entre vendedor e comprador acerca das qualidades do bem oferecido ao público. As relações entre ambos eram fundadas no conhecimento pessoal e na confiança. A decisão de adquirir ou não determinado produto devia-se em grande parte à confiança que o adquirente depositava no vendedor. A publicidade refletia o conceito de seriedade e honestidade que este desfrutava, assumindo verdadeiro caráter de qualidade da mercadoria e conveniência de sua aquisição.

A intensificação do processo de concentração econômica e as mudanças ocorridas no mercado com o surgimento de monopólios e oligopólios, especialmente depois da segunda guerra mundial, alterou o relacionamento entre produtores e consumidores e foram determinantes para a mudança do sentido e função da publicidade comercial.

Ela deixou de ser, unicamente, um mecanismo de informação ao público para converter-se em instrumento destinado a convencer os consumidores sobre as virtudes reais ou fictícias dos produtos existentes no mercado. Ou seja, a antiga função informativa passou à função persuasiva. A publicidade passou a orientar o consumo, estimulando necessidades e provocando demanda. A produção é que passa a orientar o consumo.

Nas palavras de Pasqualotto (1997, p.29), vendem-se muito mais os elementos ideológicos de diferenciação do mundo capitalista, que na realidade imediata não encontram satisfação. Desta forma, tem-se tornado cada vez mais usual que as técnicas de convencimento utilizadas pela publicidade ultrapassem limites éticos e morais, podendo ser, até mesmo, prejudiciais ao público.

Como subproduto da sociedade capitalista, a publicidade promove produtos nocivos (bebidas alcoólicas e cigarros) e os vende, indistintamente, até mesmo para quem não poderia comprá-los. Imprime a certos produtos valores que não são os de uso; dá a certas marcas “status” e, faz crer que para chegar-se onde se almeja deve-se vestir-se tal jeans, ou dirigir tal carro. Já não se consome o produto, mas o que ele representa. Uma imagem pública elaborada significa qualidade e não o oposto, como seria lógico. Faz-se um jogo de persuasão irracional para arrebatá-lo a preferência. (PASQUALOTTO, Adalberto.1997, p.29).

Neste sentido segundo preleciona Amaral Júnior (1995, p.43), “A mera vontade do consumidor não é fator suficiente da publicidade. A subordinação dos consumidores à capacidade persuasiva das mensagens publicitárias é fato insuprimível da sociedade contemporânea”.

E, é justamente em decorrência da sua importância para o mercado que surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regulado pelo direito,

principalmente, sob a ótica da proteção ao consumidor, a parte mais frágil, mais vulnerável da relação jurídica de consumo.

#### **1.4 Controle da publicidade**

A publicidade, como qualquer outra atividade humana, não está isenta de controle. Não se discute acerca da necessidade de discipliná-la. Quanto a isso tanto os doutrinadores quanto os profissionais da área estão em consenso. O grande questionamento gira em torno da questão : a quem caberia exercer tal controle? Controle este que se insere num contexto mais amplo que o regramento, apenas, da atividade publicitária, buscando a disciplina da atividade produtiva e comercial.

Quanto ao fenômeno publicitário, o controle pode se dar de três maneiras: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado, ou, finalmente, por um sistema misto de controle.

Através da intervenção estatal exclusiva, só o Estado pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las. Não há nenhuma participação dos atores publicitários no sentido de autodisciplina.

Por outro lado, na modalidade de regramento exclusivamente privado, apenas os participantes internos do fenômeno interferem no mesmo. Neste sistema adota-se a tese de que o próprio mercado tem incentivos de sobra para a correção de desvios que por acaso ocorram. Quando estes incentivos mostrarem-se insuficientes, o próprio consumidor lesado pode fazer uso dos tribunais, sem qualquer intervenção do Estado a seu favor. Por fim, a auto-regulamentação apresenta-se como uma solução adequada para corrigir as falhas dos incentivos mercadológicos no regramento da atividade publicitária. (JACOBINA, Paulo Vasconcelos.1996, p.43).

Segundo Watanabe (1995,p.47), agregando-se a preocupações desta natureza outras que pouco têm a ver com ele, na sua posição de parte vulnerável no mercado, como aquelas relativas à concorrência leal e à moralidade.

O sistema misto de controle, conforme o próprio nome deixa perceber, surge de uma fusão entre os dois outros sistemas. Esta modalidade aceita e incentiva

tanto o controle exercido pelo Estado como aquele implementado pelos partícipes publicitários. (Watanabe, Kazuo.1995, p.48).

No Brasil, as entidades dedicadas à auto-regulamentação da publicidade organizaram-se em torno do CONAR - conselho nacional de auto-regulamentação publicitária - que possui um conselho de ética encarregado de apreciar as infrações ao seu código. As punições previstas são de advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação da sustação da veiculação e divulgação da posição do CONAR, no caso de não acatamento de suas decisões.

Com o advento do código brasileiro de defesa do consumidor surgiu certo desacordo na doutrina com relação à espécie de sistema de controle adotado no Brasil. Uma parte dela argumenta que por serem as normas do CONAR de caráter absolutamente privado não seriam aptas a produzir resultados jurídicos perante terceiros e, com o surgimento da regulamentação estatal, de caráter imperativo, foi ocupado inteiramente o espaço antes deixado livre à autonomia privada.

O professor Cretella (1988, p.112), defende a mesma opinião acerca da natureza jurídica das normas de auto-regulamentação. Segundo ele, apresentam-se como mera derivação contratual, possuindo força vinculante inferior à cogência do modelo público, porém, entende que o CDC adotou o sistema misto de controle da publicidade.

A auto-regulamentação publicitária é uma iniciativa importantíssima para o desenvolvimento sadio da atividade. O comprometimento dos atores publicitários com regras instituídas pela própria classe reflete amadurecimento e consciência da necessidade de um controle mais específico da atividade publicitária. A convivência harmônica entre as duas esferas, privada e pública, só vem beneficiar o próprio consumidor, mesmo que de maneira indireta.

## **PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONSUMERISTA**

### **2.1 Os princípios que regem o direito do consumidor**

Por longo tempo, a teoria do direito considerou o ordenamento jurídico como sendo constituído, apenas, por normas. O termo “norma” significa como algo deve ser ou acontecer, especialmente como um homem deve comportar-se em determinada ocasião ou maneira.

Segundo Kelsen (1991, p.22) que trata-se, do sentido que possui um ato de vontade dirigido à conduta de outrem. A sua juridicidade decorre do fato de fundar-se em uma norma superior que estabelece os requisitos para sua existência.

Por esta teoria, de acordo com Kelsen (1991, p.22), o direito surge como um conjunto de normas supra-ordenadas, no qual a validade das normas inferiores repousa nas normas superiores, até chegarmos à norma fundamental, que constitui o fundamento de validade de todo sistema.

Segundo esta concepção, a função do direito é disciplinar o uso da força mediante o estabelecimento de sanções. A evolução da teoria geral do direito, contudo, tem revelado que os sistemas jurídicos não são compostos apenas por normas. Os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais,

típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.” (KELSEN, Hans.1991, p.22)

Os princípios ingressam no ordenamento jurídico por intermédio do processo legislativo, da atividade jurisdicional e dos usos e costumes peculiares da prática negocial. Eles não se destinam, simplesmente, a preencher as hipóteses de lacuna da legislação. A função maior dos princípios é determinar o pleno significado das normas legais, jurisprudenciais e negociais. No processo hermenêutico, o intérprete deve servir-se dos princípios como verdadeiros vetores que orientam a função de julgar. (CRETELLA JR, José.1988, p.7).

Assim sendo, o estudo dos princípios que norteiam determinada matéria jurídica é sobremaneira fundamental, já que torna-se impossível interpretar os institutos jurídicos sem levá-los em consideração.

### **2.1.1 Princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo**

Segundo Jacobina (1996, p.62), é considerado a razão de ser dos próprios micro-sistemas de direito do consumidor, importante corolário deste princípio é a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, elencado como direito básico, e, como princípio específico em matéria publicitária no art. 38.

Porém, é importante destacar que, enquanto princípio genérico, a inversão do ônus da prova subordina-se aos requisitos da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor; mas, enquanto princípio específico em matéria publicitária ele é absoluto, ao menos nos processos não-criminais. (JACOBINA, Paulo Vasconcelos.1996, p.63).

O direito do consumidor rege o mercado porque protege o consumidor, considerado a parte mais vulnerável nas relações de consumo, impondo-se como sistema de ordem pública aos fornecedores, e não vice-versa.

A economia de massa não exclui fornecedores e consumidores do princípio de igualdade perante à lei. Os consumidores, porém, têm o direito e a necessidade de proteção, pois, às vezes deixam-se envolver por contratos que denotam flagrante

desequilíbrio, seja de prestação ou de condição, como por exemplo: as cláusulas abusivas constantes num contrato de financiamento.

### **2.1.2 Princípio da intervenção**

O código de defesa do consumidor é fruto de um Estado que segue o modelo dito do bem-estar social , e, portanto, intervencionista.

Segundo Grau (1991, p.62), distingue as três modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, que seriam: por absorção ou participação, quando ele desenvolve ação direta no domínio econômico; por direção, quando ele atua sobre o domínio econômico, mediante normas de caráter coativo; ou por indução, quando manipula os instrumentos da intervenção no sentido do estímulo e não da coação.

Absorvendo ou participando do domínio econômico, e utilizando-se do instrumental publicitário, o poder público está sujeito às mesmas normas que os sujeitos do setor privado, por determinação constitucional expressa no art. 173, agindo sobre o domínio econômico, compete ao poder público, administrativa ou jurisdicionalmente, o controle e a repressão à publicidade ilícita. (GRAU, Eros Roberto,1991. p.63).

### **2.1.3 Princípio da educação e da informação**

O código de defesa do consumidor instituiu um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também, sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu, assim, o legislador, evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou, simplesmente, não deseja.

Assim também, adquirindo um produto sem ter informações claras e precisas sobre suas qualidades e características, pode adquirir um produto que não é adequado ao que pretende ou que não possui as qualidades que o fornecedor afirma ter, ensejando mais facilmente o desfazimento do vínculo contratual.

A insuficiência, a deficiência e a hipereficiência de informação - dado o caráter prescritivo do modelo de transparência que pode ser dogmaticamente construído a partir do código de proteção e defesa do consumidor - caracterizam infração, pelo fornecedor, do dever legal de cooperar com a difusão eficiente da informação adaptada ao conseguimento de transparência nas declarações negociais para consumo, e, nas relações de consumo. No contrapolo da relação jurídica de consumo, pode encontrar-se o consumidor, como titular de um direito subjetivo à informação, bem assim da pretensão e da ação prefiguradas à exigência e à tutela correspectivas. (TOMASETTI JR, Alcides.1992, p.58).

#### **2.1.4 Princípio da repressão aos abusos praticados no mercado de consumo**

O art.4º, do CDC não tem por fim trazer para o âmbito da defesa do consumidor a tutela da concorrência e da propriedade industrial, mas somente assegurar que as práticas ilícitas nesses campos, na medida em que ofendam os princípio da correção, da veracidade e da clareza, sejam, também, reprimidas, porquanto ofendem, também, os interesses dos consumidores. Alguns doutrinadores preferem chamá-lo de princípio da lealdade.

### **2.2 Os princípios específicos em matéria publicitária**

Segundo Jacobina (1996, p.26), os sobre-princípios funcionam como alicerces da matéria, podendo-se afirmar que os outros princípios são corolários seus. Para o mencionado autor são eles : *o princípio da liberdade e o princípio da boa-fé*. À essa classificação, é possível incluir *o princípio da transparência*, e que ainda não tinha sido tratado de forma explícita.

#### **2.2.1 Princípio da liberdade**

Decorrente dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, art. 170, caput, e inciso IV, respectivamente. E, em menor escala, dos princípios da livre manifestação do pensamento, e da liberdade de informação, quando se tratar especificamente de publicidade comercial. Apesar das restrições legais existentes em matéria publicitária, nos países de regime capitalista que optam por prestigiar a livre iniciativa, a liberdade ainda é regra.

### 2.2.2 Princípio da transparência

Instituído pelo art.4º, do código de defesa do consumidor, constitui-se em novo princípio básico norteador na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores.

Conforme determina Tomasetti Júnior (1992, p.53), transparência significa :

Uma situação informativa favorável à apreensão racional pelos agentes econômicos que figuram como sujeitos naquelas declarações e decorrentes nexos normativos - dos sentimentos, impulsos e interesses, fatores, conveniências e injunções, todos os quais surgem ou são suscitados para interferir ou condicionar as expectativas e os comportamentos daqueles mesmos sujeitos, enquanto consumidores e fornecedores conscientes de seus papéis, poderes, deveres e responsabilidade.

Para ele a transparência é um resultado prático que a lei substancialmente persegue mediante o que se pode denominar princípio (e correspondentes deveres legais) de informação. (TOMASETTI JR, Alcides.1992, p.54).

Segundo Marques (1992, p.104), por sua vez, entende transparência como a “informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.

Sustenta que o código de defesa do consumidor regula, assim, inicialmente, aquelas manifestações do fornecedor tentando atrair o consumidor para a relação contratual, motivando-o a adquirir seus produtos e usar os serviços que oferece. Ao regular a oferta feita pelo fornecedor, incluiu ali, também, a publicidade objetiva. A mencionada autora afirma que o fim destas normas protetoras é “assegurar a seriedade e a veracidade destas manifestações, criando uma nova noção de oferta contratual.” (MARQUES, Cláudia Lima.1992, p.105).

### 2.2.3 Princípio da boa-fé

No direito romano, a boa-fé apresentava-se sob três aspectos : a fides-sacra, a fides-fato e a fides-ética. A *fides-sacra*, de origem religiosa cominava em uma sanção contra o patrão que defraudasse a fides do cliente. Também incluía uma sanção ao pátrio poder, que não poderia ser exercido contra o direito sacral e a

moral. A *fides-fato* estava associada à noção de garantia. A *fides-ética* vinculava à noção de garantia da *fides-fato* um sentido de dever, fundado nas qualidades pessoais do garante, mesmo que esse dever não fosse recepcionado pelo direito.

No sistema de ações, desenvolveu-se o conceito de *bonae fidei iudicia*, para o que contribuíram certos fatores, como a transformação de alguns contratos formais em contratos consensuais, e a possibilidade de intervenção de estrangeiros (*peregrini*) em esquemas jurídicos reservados aos romanos (*cives*). A dispensa de um texto na primeira situação e, na segunda, a falta de um fundamento jurídico para sustentar a vinculação contratual entre *cives* e *peregrini* (a vinculatividade das manifestações de vontade só apareceu a partir do século XVIII), determinou o recurso à *fides* como elemento capaz de envolver as partes numa relação de dever.

Assim, segundo Gomes (1995, p.42), “a *fides bona* teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico.”

Nas palavras de Gomes (1995, p.43), o princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade ou dela inferível. E, continua o mestre baiano:

Ao princípio da boa-fé empresta-se, ainda, outro significado. Para traduzir o interesse social da segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no código civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato.

Como princípio, a boa-fé vige há muito tempo em nosso sistema jurídico, encontrando, porém, expressão nos termos do art.4º, do CDC. O referido artigo menciona além da transparência, a necessária harmonia nas relações de consumo. Harmonia esta que será buscada através da exigência de boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor. (GOMES, Orlando.1995, p.153).

Alguns doutrinadores, como o Aguiar Junior (1995, p. 22), chegam a afirmar que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC. O princípio da boa-fé, como princípio básico, fundamental, aqui denominado sobre-princípio tem reflexos tanto na formação como na execução dos contratos de consumo.

Está mencionado como critério auxiliar para viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica (art. 170, CF), isto traz à tona um aspecto

nem sempre considerado na boa-fé, consistente na sua vinculação com os princípios sócio-econômicos que presidem o ordenamento jurídico nacional, atuando operativamente no âmbito da economia do contrato. (AGUIAR JR, Ruy Rosado de.1995, p.23).

O art. 4º do CDC propugna que a intervenção na economia contratual se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses individuais das partes e com o resguardo dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de atuações fundadas na lealdade e na confiança.

A boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independente da vontade, significa aceitação da interferência de elementos externos no interior da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois, através dela podem ser dimensionados a extensão e o exercício do direito subjetivo.

Alguns deveres que normalmente, seriam remetidos ao âmbito da boa-fé foram tipificados pelo código de defesa do consumidor, ou seja, certos deveres que no direito dos contratos têm sua fonte na boa-fé, no direito do consumidor possuem previsão legal específica, como por exemplo, no que tange à oferta, ao dever de informação, aos deveres de lealdade e probidade na publicidade, entre outros.

Como esses fatores muitas vezes ocorrem antes da celebração do acordo, os deveres que surgem não se referem ao contrato, que nesses casos ainda nem existe, mas, ao simples contato social, que é o suporte de fato suficiente para fazer nascer os deveres decorrentes da boa-fé.

No código de defesa do consumidor, tais situações pré-contratuais estão reguladas e os deveres são impostos pela própria lei, o que afasta a invocação da cláusula geral como fonte de tais deveres. Da mesma maneira com relação às cláusulas consideradas abusivas. (AGUIAR JR, Ruy Rosado de.1995, p.27).

O conteúdo do princípio da boa-fé é duplo, por um lado visa repelir o exagerado formalismo romanístico dos contratos, determinando que a literalidade da linguagem não supere a intenção manifestada na declaração de vontade ou dela inferível, e por outro tem sentido de colaboração, já que as partes devem, mutuamente, manter o mínimo de confiança e lealdade, durante todo o processo

obrigacional, pautando seu comportamento na coerência com a intenção manifestada. (JACOBINA, Paulo Vasconcelos.1996, p.65).

### **2.3 Os princípios específicos**

O direito brasileiro positivou quatro princípios específicos do regramento da publicidade comercial, sob o aspecto da defesa do consumidor, são eles :

#### **2.3.1 O princípio da veracidade**

Previsto no art. 37, do CDC, que diz respeito à “adequação entre aquilo que se afirma sobre o produto ou serviço e aquilo que ele realmente é.” Ou seja, os dados, as informações veiculadas pela publicidade não devem ser capazes de induzir o consumidor a erro sobre as verdadeiras características do produto ou serviço. (COELHO, Fábio Ulhoa.1993, p.143).

Este princípio tem a ver não só com a autenticidade da informação publicitária, mas também com a prova da veracidade (o fornecedor deve possuir os dados fáticos, técnicos e científicos que embasam a mensagem), exigindo ainda, a exata correspondência entre o conteúdo da mensagem e as características do produto ou serviço, e, de outro lado, a proibição de fórmulas que possam induzir a erro, inclusive pela ambigüidade ou pelo exagero imperceptível ao consumidor médio. (LOPES, Maria Elisabete Vilaça.1992, p.157)

#### **2.3.2 O princípio da clareza**

Também denominado por alguns autores como princípio da identificação, da autenticidade ou da ostentação. Relaciona-se com a forma de inserção da mensagem publicitária no veículo de divulgação, já que a publicidade deve reservar seu poder de convencimento à mensagem, que é o seu conteúdo, tendo o dever de apresentar-se formalmente ostensiva.

Os recursos técnicos tendentes ao convencimento devem limitar-se ao conteúdo da mensagem, não podendo estender-se ao modo de empregá-los. Como a mensagem é persuasiva, deve ser identificada desde logo, possibilitando ao destinatário que se previna e resista aos argumentos - ou ceda se quiser. Em outras

palavras, a lei admite o assédio honesto e declarado ao consumidor, rechaçando a clandestinidade. (PASQUALOTTO, Adalberto.1997, p.54).

Outra faceta do princípio da clareza que é aquela referente à identificação do produto ou serviço com relação aos seus similares. Pois, o art. 4º, VII do CDC veda expressamente que a publicidade contenha carga de concorrência desleal, ou de uso indevido de sinais ou marcas de propaganda, de tal forma que prejudique o consumidor. De tal forma que, caso esse prejuízo se dê mediante a busca da confusão entre marcas ou produtos semelhantes, sem que seu conteúdo expresse inveracidade, ofende-se ao princípio da clareza, se seu conteúdo ainda expressar alguma inverdade, ofende-se, também, ao princípio da veracidade. (JACOBINA, Paulo Vasconcelos.1996, p.68).

### **2.3.3 O princípio da correção**

É chamado por alguns doutrinadores de princípio da ordem pública ou da legalidade. Além de verdadeira e clara, a publicidade deve ser correta, ou seja: “não deve conter mensagens que venham a agredir os valores sociais, sejam aqueles elencados expressamente em lei como relevantes, sejam aqueles outros que, num dado momento histórico, mostrem-se importantes e passíveis de preservação, assim, não basta veicular os dados verdadeiros sobre o produto ou serviço; necessário fazê-lo através de mensagens corretas, ou seja, compatíveis com os valores sociais.” (MARQUES, Cláudia Lima.1992, p.125).

### **2.3.4 Princípio da informação ou da fundamentação**

Concerne à necessidade de que a mensagem publicitária esteja devidamente fundamentada pelos dados fáticos, técnicos e científicos que a sustentam.

Segundo a professora Marques (1992, p.125), a eventual promessa de qualidade do produto ou do serviço, veiculada através de mensagem publicitária, se não cumprida pelo fornecedor, pode dar origem à reclamação do consumidor com base no art. 35, que menciona expressamente a recusa à: “oferta, apresentação ou publicidade.”

Ao perceber estas dimensões conceituais, torna-se justificável o fato de que, muitas vezes, um termo é tomado pelo outro. Sendo guardadas as devidas proporções, torna-se possível afirmar que um conceito na sua origem complementa e pressupõe a existência do outro; sendo assim só há propaganda - propagação de uma idéia, se houver publicidade - se esta idéia tornar-se pública e vice-versa.

## **A PUBLICIDADE COMO FATO JURÍDICO**

### **3.1 A concepção tradicional do contrato**

Para a ciência Jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a máxima do direito. É a época do liberalismo econômico e voluntarismo jurídico. O vínculo contratual nessa época estava centrado na idéia de valor da vontade.

Os dois princípios fundamentais dessa concepção clássica são : liberdade contratual e vinculatividade do contrato, ou, intangibilidade do contrato. Na verdade, esses dois princípios são corolários de um famoso princípio de direito civil, o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido. (COSTA, Judith Martins.1992, p.128).

Segundo a professora Marques (1992, p.20), que cita as quatro principais origens da doutrina da autonomia da vontade no direito, que, segundo ela, são :

### **3.2 O direito canônico**

Ao defender a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, libertou o direito do formalismo exagerado e solene típico da regra romana. Para os

canonistas, a palavra dada, de maneira consciente, criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo.

Para o professor Gomes (1995, p.05), a grande contribuição dos canonistas consistiu na importância que atribuíram ao consenso e à fé jurada. Ao valorizarem o consentimento preconizaram que a vontade é a fonte da obrigação, lançando as bases para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo.

O respeito à palavra dada e o dever de veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes. (GOMES, Orlando.1995, p.05).

### **3.2.1 A teoria do direito natural**

É nela que se encontra a base teórico-filosófica mais importante dos dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual. À luz do direito natural, especialmente em consequência das idéias de Bittar (1981), as pessoas tornaram-se entes de razão, através de seu agir, de sua vontade que o direito se realizaria. De acordo com o autor, onde afirma, que a autonomia da vontade seria o único princípio de todas as leis morais e deveres correspondentes.

Foi a escola racionalista e individualista que sobremaneira influenciou na formação do conceito moderno de contrato, defendendo que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. (BITTAR, Carlos Alberto. 1981, 57).

### **3.2.2 As teorias de ordem política e a revolução francesa**

A teoria de Rousseau sobre o contrato social lança a idéia do contrato como base da sociedade politicamente organizada (Estado), segundo ela, a autoridade estatal tem origem no consentimento dos cidadãos, o que conduziu à noção da relevância da vontade do homem e, elevou o consentimento à base de legitimação social.

Quanto à revolução francesa, sua maior realização, com relação à questão, teria sido, no entender da professora Marques (1992, p.23), a elaboração do código civil francês de 1804, que colocou como valor supremo do seu sistema contratual, a autonomia da vontade e que influenciou, significativamente, toda codificação posterior, inclusive a nossa.

Conforme determina as palavras de Gomes (1995, p.06):

Tributário do conceito de igualdade vigente em sua época, o Código dos franceses visualiza o contrato como símbolo ou metáfora da garantia conferida aos indivíduos em sua nova relação com o Estado, a 'volonté générale', aparecendo aí como fonte e elemento das relações jurídicas de direito público e privado.

### **3.2.3 Teorias econômicas e o liberalismo**

O liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto, permitiriam fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica. (GOMES, Orlando.1995, p.06).

Essas teorias buscavam a liberdade como resposta ao corporativismo e aos limites impostos pela Igreja, atribuindo ao contrato uma natural equidade que proporcionaria harmonia social e econômica.

No século XIX, auge do liberalismo, do chamado Estado Moderno, coube à teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional de contrato, em consonância com os imperativos da época de liberdade individual e, principalmente, do dogma máximo da autonomia da vontade. (MARQUES, Cláudia Lima. 1992, p.23).

### **3.3 Autonomia da vontade e liberdade de contratar**

A liberdade contratual seria a soma de várias liberdades : a liberdade de contratar ou deixar de contratar, a de escolher com quem se vai contratar, a de determinar o tipo de contrato a ser celebrado e tudo o mais relacionado à forma e ao conteúdo do contrato.

Na doutrina generalizou-se a distinção entre liberdade de contratar e liberdade contratual, como sendo a primeira a faculdade de celebrar ou não o contrato e a outra a possibilidade que possuem os contratantes de estabelecer o conteúdo do contrato.

Para o professor Arnold Wald (1987, p.121), “o interesse da distinção estaria em enfatizar que enquanto a liberdade de contratar “tem sido mantida em termos gerais”, a liberdade contratual “tem sofrido amplas restrições”.

A regra é a liberdade contratual, porém, com o processo de dirigismo contratual, por interferência do Estado foram se acumulando, durante o século XX várias restrições à liberdade contratual. Em consequência, chegou-se a um consenso em que a liberdade contratual (ou a autonomia da vontade) teria como limite natural considerações de ordem pública - e estas, por isso, foram erigidas em terceiro princípio básico dos contratos : este era o princípio da autonomia da ordem pública. (WALD, Arnold.1987, p.121).

Porém, a liberdade contratual também sofreu restrições oriundas das pressões sócio-econômicas que embasam teorias como a da imprevisão, por exemplo: A experiência obtida no dia-a-dia da operação da economia demonstrou a necessidade de impedir que partes menos providas, ou mesmo desprovidas de meios de defesa pudessem resistir aos contratantes mais fortes. Dessa constatação resultou a mudança legislativa, autorizada da interferência estatal. A interferência é, contudo, exceção. (NORONHA, Fernando.1994, p.43).

### **3.4 Conceito clássico e moderno da oferta e a participação da publicidade**

A noção tradicional de contrato se encontra amparada no dogma da autonomia da vontade. O contrato assumiu, pois, o papel de importante instrumento para a circulação de riquezas. (GOMES, Orlando.1995, p.18).

Com a revolução industrial, e mais modernamente com a revolução tecnológica nasce a sociedade de consumo, com seu sistema de produção e distribuição em massa, ocorrendo o declínio da concepção tradicional do contrato e sua substituição por outra concepção mais preocupada com seus efeitos na sociedade.

Como relaciona Gomes (1995, p.19):

O contrato , quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes. Os contratos passam a ser um ponto de referência de interesses diversos, uma estrutura aberta preenchida, não apenas por disposições resultantes do acordo de vontades, mas, por prescrições da lei, imperativas e dispositivas, e pela equidade.

O contrato enquanto instrumento de circulação de riquezas, amparado no princípio da autonomia da vontade foi concebido como resultado do encontro de vontades coincidentes. De uma oferta seguida de uma aceitação. Conforme conceito que se extrai da maioria da doutrina, a oferta ou proposta é uma manifestação de vontade unilateral suficientemente precisa para que a aceitação pelo seu destinatário seja o bastante para formar o contrato.

Perante Gomes (1995, p.62), que define-a como firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público, constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o policitante convida o oblato a contratar, apresentando, desde logo, os termos em que se dispõe a fazê-lo.

Percebe-se, então, que a oferta é o elemento inicial da formação do contrato, é ela que possibilita a criação do vínculo contratual. Realçam sempre seu caráter vinculante. O CDC disciplinou no seu art.30 o instituto da oferta. O princípio da vinculação expresso na parte final do artigo pareceu ser novidade para alguns, porém, a obrigatoriedade da proposta, corolário do princípio da boa-fé, constitui postulado proclamado em várias legislações. (RODRIGUES, Sílvio.1991, p.67).

Modernamente e perante o CDC, o conceito de oferta é visto sob o prisma da sociedade de consumo, em que as ofertas não são mais individualizadas e cristalinas, e, sim, constituem-se sinônimo de marketing, incorporando todos os métodos e instrumentos que aproximam o consumidor dos serviços e produtos colocados no mercado pelos fornecedores. Tais técnicas vinculam a oferta não apenas às técnicas de venda pessoal, como às coletivas e difusas, às promoções de vendas e à própria publicidade. (CASTRO, Martha Rodrigues de. 1994, p.60).

### **3.5 Oferta e publicidade**

O código de defesa do consumidor possui normas específicas tanto em relação à oferta como à publicidade. Porém, apesar de receber tratamento especial do código, a publicidade não perde a natureza jurídica de modalidade da oferta, tanto é verdade, que o código traz dispositivos norteadores da oferta em que, não obstante seu regime específico, a publicidade está incluída.

Na publicidade para difusão de consumo, a produção de efeitos jurídicos decorrentes da mensagem, para fins de convencimento do destinatário, estabelece condições que, sendo específicas e precisas, obrigam o veiculador do anúncio, enquanto proposta ou oferta, nos mesmos moldes que a lei civil trata a proposta.

Com o CDC, a oferta passou a ter eficácia própria, autônoma, mesmo que o fornecedor não a queira integrar no contrato; desde que neste explicita-se a relação de consumo, a publicidade, mesmo que nele não prevista, passa a ser oponível pelo consumidor ao fornecedor.

### **3.6 O caráter vinculante da mensagem publicitária e os princípios do CDC**

Segundo determina o código: que “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.” (Art.30 do CDC).

Esta regra é consequência lógica de três princípios previstos pelo código: o *princípio da transparência*, o *princípio da vulnerabilidade do consumidor*, e o *princípio da boa-fé*. Segundo o princípio da transparência, o consumidor deve possuir informações precisas e claras sobre os produtos e serviços existentes no mercado, conseqüentemente, deve o fornecedor informar os consumidores sobre os bens que estes venham a adquirir.

Nessa concepção, o princípio da transparência vincula-se a um dos principais postulados da economia clássica, aquele segundo o qual o funcionamento eficiente e satisfatório do mercado depende das informações que os agentes econômicos dispuserem sobre os bens trocados. A previsão legislativa no mercado

de capitais desde muito tempo, significou a imposição do dever de informar em relação aos acontecimentos que possam influir em seu normal funcionamento.

A vulnerabilidade do consumidor manifesta-se de maneira particularmente acentuada em matéria de publicidade. Como forma de influência, a publicidade incide diretamente sobre as escolhas dos consumidores, orientando e manipulando seu comportamento. A subordinação dos consumidores à capacidade persuasiva das mensagens publicitárias é fato indiscutível na sociedade contemporânea.

Vem daí a necessidade de dar caráter vinculante à mensagem publicitária, pois, caso contrário, o fornecedor poderia utilizar-se de mil e um artifícios para seduzir o consumidor, sem ser responsabilizado pelos mesmos.

A regra do art. 30 encontra sua justificativa na consideração de que o consumidor é a parte vulnerável nas relações de consumo, requerendo, por isso, proteção especial por intermédio da atribuição de força vinculante às mensagens publicitárias.

Por último, o CDC estabeleceu o princípio da boa-fé objetiva, esse princípio traduz a necessidade de se buscar maior equilíbrio nas relações de consumo. Trata-se de coibir a prática de abusos nas relações de consumo. Logo, o princípio da boa-fé objetiva consiste na proibição de condutas abusivas nas relações de consumo. A eventual relação obrigacional, vínculo jurídico nascido do uso da publicidade na sociedade pelo fornecedor seria pois, uma modalidade mais individualizada e concreta de dever jurídico, reflexo de uma atuação voluntária ou delituosa do indivíduo na sociedade. (MARQUES, Cláudia Lima.1992, p.11).

### **3.7 A oferta no CDC**

O código de defesa do consumidor reorganizou inteiramente o regime jurídico da oferta previsto pelo código civil. A oferta é a declaração de vontade dirigida à pessoa com a qual alguém pretende contratar em certas condições. O interesse social requer que seja séria e que tenha estabilidade, razão pela qual, em regra, o proponente fica obrigado a mantê-la. Essa obrigação desaparece, porém sempre que a proposta assim declarar ou quando a natureza do negócio ou as circunstâncias do caso impedirem a sua manutenção.

A passagem do capitalismo concorrencial para o capitalismo oligopolista foi acompanhado pela mudança no sentido e função da publicidade, que passou a ser, cada vez mais, fator determinante das escolhas dos consumidores. Com o advento do CDC, a publicidade passou a ser verdadeira cláusula extra, não escrita, mas, que passou a integrar o contrato celebrado com o consumidor, produzindo todos os efeitos legais.

Não existe incompatibilidade entre os princípios vinculantes na proposta ou oferta no direito tradicional do código civil e da oferta no CDC. Este conferiu maior amplitude ao regime jurídico da oferta estabelecido pelo código civil. Deu contornos legais àquilo que a doutrina defendia há muito tempo. A diferença está nas nuances trazidas pela policitação de massa, oferta a grande número de pessoas.

Em termos gerais e no plano dos efeitos, a oferta, no código do consumidor, equivale à proposta, no código civil. Ambas igualmente obrigam. Mas, a gênese é diferente. No código civil, há negócio jurídico desde quando a proposta é feita. Atua a vontade. No código do consumidor, a oferta é comportamento típico, fato jurídico bastante, por si só, para gerar o mesmo efeito dos atos negociais. É fonte de obrigação autônoma. (PASQUALOTTO, Adalberto.1997, p.101).

Outra diferença ainda fundamental entre a oferta do código de defesa do consumidor e a proposta do código civil : a recusa de dar cumprimento à proposta resolve-se em perdas e danos; nas relações de consumo, porém, cabe execução forçada da obrigação.

Ao igualar a publicidade suficientemente precisa à oferta colocou o CDC o fornecedor que veiculou a publicidade no mesmo estado de sujeição à aceitação que já era conhecido pelo próprio código civil, no caso de proposta contratual aceita. Se a proposta foi aceita sem modificações e imediatamente, não há como querer com eficácia em sentido contrário, o contrato está fechado e só o inadimplemento é possível (dano positivo), mas também sancionado. Levando em conta as transformações da realidade econômica e o novo papel exercido pela publicidade como meio de estimular o consumo, o Código presumiu que a oferta sempre partirá do fornecedor. (MARQUES, Cláudia Lima, 1992, p.13).

A nova disciplina jurídica da oferta teve como finalidade assegurar veracidade às informações veiculadas pelo fornecedor, contribuindo dessa forma para a eliminação dos abusos, nessa área. O fundamento jurídico da obrigação do fornecedor reside nas expectativas que venha a criar em virtude da exibição da mensagem publicitária. O consumidor, que teve a sua escolha determinada pela publicidade, precisa ter a confiança de que a oferta reflete a vontade efetiva do fornecedor. (VENOSA, Sílvio de Salvo.1993, p.90).

Vale ressaltar que a vinculação do fornecedor, imposta pelo art. 30, não é absoluta, os eventuais abusos que poderiam derivar da interpretação irrestrita, devem ser limitados pela aplicação das noções de má-fé e abuso de direito. Sobre essa questão é valiosa a lição de Venosa (1993): “A boa-fé na relação sempre deve ter guarida, não importando seja ela contratual ou não, de adesão ou paritária, de consumo ou essencialmente civil.”

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade de consumo em que hoje vivemos é fruto de um processo acelerado de produção e comercialização, na sociedade de consumo, as práticas comerciais ganham grande importância, servindo-a e alimentando-a, o marketing, como modalidade de prática comercial, abrange todas as medidas que se destinam a promover a comercialização de produtos ou serviços.

Marketing e defesa do consumidor funcionam no mercado e, portanto, são dependentes dele, a publicidade faz parte do complexo de atividades integradas de planejamento chamado marketing.

O código de defesa do consumidor preocupa-se com a publicidade divulgadora de fatos, serviços, idéias ou produtos de interesse dos fornecedores, repercutindo, assim, no âmbito econômico-social.

A intensificação do processo de concentração econômica e as mudanças ocorridas no mercado alteraram as relações entre produtores e consumidores, o papel da publicidade evoluiu da antiga função informativa à função persuasiva.

Já não se consome o produto, mas, o que ele representa, a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se de forma clara na seara da publicidade, num sistema misto de controle da publicidade aceita-se e incentiva-se tanto o controle exercido pelo Estado, como aquele implementado pelos partícipes publicitários. Os princípios são pautas genéricas que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento

jurídico, tanto no que tange à sua explicação e integração, quanto no momento de elaboração de novas normas.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é considerado a razão de ser do micro-sistema do direito do consumidor. O direito do consumidor se impõe como sistema de ordem pública aos fornecedores.

O código de defesa do consumidor instituiu um novo e amplo dever para o fornecedor, o de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como, também, sobre o conteúdo do contrato.

Os princípios da liberdade, da boa-fé e da transparência são os verdadeiros alicerces do direito do consumidor, os outros princípios podem ser considerados como seus corolários. Ao regular as manifestações do fornecedor que tentam atrair o consumidor para a relação contratual, motivando-o a adquirir seus produtos e utilizar os serviços que oferece, o CDC regulou a oferta, incluindo ali, também, a publicidade objetiva.

O princípio da boa-fé, como princípio básico, tem reflexos tanto na formação, como na execução dos contratos de consumo. A boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independente da vontade, com poder limitador da autonomia contratual. Através da boa-fé podem ser dimensionados a extensão e o exercício do direito subjetivo. Os dados, as informações veiculadas pela publicidade não devem ser capazes de induzir o consumidor a erro sobre as verdadeiras características do produto ou serviço. A publicidade deve reservar seu poder de convencimento à mensagem, tendo o dever de apresentar-se formalmente ostensiva.

Os dois princípios fundamentais da concepção clássica de contrato são: liberdade contratual e vinculatividade do contrato. Para a doutrina, liberdade de contratar seria a faculdade de celebrar ou não o contrato, e, liberdade contratual, a possibilidade que possuem os contratantes de estabelecer o conteúdo do contrato.

O processo de dirigismo contratual originou um terceiro princípio básico do direito dos contratos: o princípio da autonomia da ordem pública. Para que as partes menos providas, ou mesmo desprovidas de meios de defesa pudessem resistir a contratantes mais fortes, surgiu a mudança legislativa que autorizou a interferência estatal.

Com o declínio da concepção tradicional do contrato, surge outra, mais preocupada com seus efeitos na sociedade. O contrato, enquanto instrumento de circulação de riquezas, amparado no princípio da autonomia da vontade, foi concebido como resultado do encontro de vontades coincidentes. Oferta ou proposta é uma manifestação de vontade unilateral suficientemente precisa para que a aceitação pelo seu destinatário seja o bastante para formar o contrato.

A oferta é o elemento inicial da formação do contrato, é ela que possibilita a criação do vínculo contratual; A obrigatoriedade da proposta, corolária do princípio da boa-fé, constitui postulado proclamado em várias legislações. Apesar de receber tratamento especial do código, a publicidade não perde a natureza jurídica de oferta.

Com o código de defesa do consumidor a oferta passou a ter eficácia própria, autônoma; passando, a publicidade, a ser oponível pelo consumidor ao fornecedor, na relação de consumo. A subordinação dos consumidores à capacidade persuasiva das mensagens publicitárias é fato indiscutível na sociedade contemporânea.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de . *A boa-fé na relação de consumo*. revista do direito do consumidor. São Paulo, 1995;

AMARAL Jr., Alberto do. *O princípio da vinculação da mensagem publicitária*. revista do direito do consumidor, São Paulo, 1995;

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*, São Paulo, 1981;

CASTRO, Martha Rodrigues de. *A oferta no Código Brasileiro do Consumidor*. revista do direito do consumidor, São Paulo, 1994;

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo, 1991;

COELHO, Fábio Ulhoa. Coordenador: Juarez de Oliveira. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo, 1993;

COSTA, Judith Martins. *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*. revista do direito do consumidor. São Paulo, 1992;

CRETELLA JÚNIOR, José. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília - 1988;

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988, interpretação e crítica*, São Paulo, 1991;

GRINOVER, Ada Pelegrini; VASCONCELLOS e BENJAMIN, Antônio Herman; WATANABE, Kazuo *et alli*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, 1995;

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, 1995;

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo, 1991;

LOPES, Maria Elisabete Vilaça. *O consumidor e a publicidade*. revista do direito do consumidor, 1992;

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo, 1992;

\_\_\_\_\_. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. revista do direito do consumidor, 1994;

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais- autonomia da vontade, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo, 1994;

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. Biblioteca do consumidor . São Paulo, 1997;

RODRIGUES, Sílvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo, 1996;

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *O regime da transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo*. revista de direito do consumidor. 1992;

VENOSA, Sílvio de Salvo. *A força vinculante da oferta no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. revista de direito do consumidor. 1993;

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*, São Paulo, 1987.