

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

**O *DOLUS BONUS* NA PUBLICIDADE EMPRESARIAL**

Nova Lima  
2012

SIMONE LULLI DUARTE

**O *DOLUS BONUS* NA PUBLICIDADE EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação *stricto sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial.

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Junior.

Nova Lima  
2012

D812 d DUARTE, Simone Lulli  
O dolus bonus na publicidade empresarial / Simone Lulli Duarte – Nova Lima:  
Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2012

153 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Bibliografia: f. 145-151

1. Empresa. 2. Consumidor. 3. Publicidade. 4. Exagero publicitário. I. Sampaio Júnior, Rodolpho Barreto. II. Faculdade de Direito Milton Campos III. Título

CDU 347.451.031:659.1(043)



Dissertação intitulada “O *Dolus Bonus* na Publicidade Empresarial”, de autoria da mestranda **Simone Lulli Duarte**, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Jr.  
(Orientador)

---

Prof. Dr.  
(Examinador)

---

Prof. Dr.  
(Examinador)

---

Prof. Dr.  
(Suplente)

Nova Lima, 31 de maio de 2012.

Para meus pais, Ruy (*in memoriam*) e Glória, pelo exemplo de força e coragem que sempre me transmitiram; para meu irmão, Luiz Fernando, pelo apoio incondicional; e para meu filho, Raphael, doce presença em minha vida, presente de Deus que impulsiona meu caminhar na tentativa de ser, a cada dia, alguém melhor.

## **AGRADECIMENTOS**

O meu especial agradecimento ao Professor-orientador Doutor Rodolpho Barreto Sampaio Junior, pela generosidade no compartilhamento de sua sabedoria e conhecimentos ao longo de minha trajetória como estudante de Direito, e, sobretudo, na orientação e revisão desta dissertação, tornando-a melhor.

Aos demais professores do mestrado, minha eterna gratidão pelos preciosos ensinamentos que me foram ministrados, proporcionando, com toda certeza, meu aperfeiçoamento profissional.

Minha gratidão também aos colegas de mestrado pela convivência, sendo certo que verdadeiras amizades foram constituídas.

Aos meus parentes e amigos, meu agradecimento pelo incentivo, apoio e carinho que sempre pautaram nosso convívio, principalmente, ao longo destes dois anos de dedicação ao mestrado, quando, nem sempre, pude estar por perto.

Agradeço, ainda, ao meu querido e maravilhoso Deus, por permitir que mais um sonho se tornasse realidade em minha vida.

“A lei de ouro do comportamento é a tolerância mútua, já que nunca pensaremos todos da mesma maneira, já que nunca veremos senão uma parte da verdade e sob ângulos diversos”.

Mahatma Gandhi

## RESUMO

O dolo previsto pelo Código Civil, a saber, aquele tratado como defeito do ato jurídico capaz de acarretar a anulabilidade do ato, enquanto vício do consentimento é o chamado *dolus Malus*. Por sua vez, o chamado *dolus bonus*, herança do Direito Romano, não tem o condão de viciar as relações jurídicas, na medida em que não se trata de meio ardiloso ou artifício capaz de ludibriar, enganar ou induzir quem quer que seja a erro. O recurso ao *dolus bonus* persiste nos dias atuais, sobretudo, para fins de publicidade empresarial, sendo certo que, muitas vezes, os anúncios publicitários apresentam um contexto ficcional de exagero subjetivo das características dos produtos e serviços anunciados. Tal técnica publicitária é denominada *puffing* ou *puffery*. Quando o exagero publicitário necessita de comprovação técnica ou científica e esta se mostra inexistente, falha ou inverídica, não se está a falar de *puffing*, mas sim do emprego de *dolus malus* na comunicação publicitária, ou seja, da presença de elemento inverídico capaz de viciar a vontade esclarecida do consumidor, o induzindo a erro. O *puffing*, enquanto modalidade de emprego de *dolus bonus*, se refere à valorização subjetiva, jocosa ou lúdica do produto ou serviço objeto da publicidade e, portanto, não constitui meio capaz de viciar a manifestação de vontade do consumidor, sendo que não torna a publicidade ilícita por enganosidade e não se confunde com o recurso ao *dolus malus*, verdadeiro vício do consentimento capaz de gerar modalidade de publicidade enganosa.

Palavras-chave: Empresa. Consumidor. Publicidade. Exagero publicitário.



## ABSTRACT

The intent laid down by the Civil Code, namely, that the Treaty as a defect in the legal act can entail the nullity of the Act, while vitiation of consent is the so-called *dolus Malus*. In turn, the so-called *dolus bonus*, heritage of Roman law, does not have the wand to vitiate the legal relationship, insofar as this is not through artful or manipulation able to deceive, mislead or deceive anyone. The use of *dolus bonus* persists today, above all, for advertising purposes, to the extent that, often, the commercials feature a fictional context of an exaggeration of the subjective characteristics of the products and services advertised. This advertising technique is called *puffing* or *puffery*. When the advertiser requires technical preflight exaggeration or nonexistent science and this proves untrue, failure, or isn't sure about *puffing*, but employment of *dolus malus* in advertising communication, i.e. the presence of untrue element able to vitiate the consumer informed will, inducing the error. The *puffing*, while employment mode of *dolus bonus*, refers to the subjective appreciation, playful or facetious product or service advertising object and therefore does not constitute means able to vitiate the expression of will of the consumer, and does not make the illegal advertising by mistaken and not be confused with the use of *dolus malus*, true vitiation of consent capable of generating method of misleading advertising.

Key words: Enterprise. Consumer. Advertising. Exaggeration advertising.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABAP	Associação Brasileira de Agências de Publicidade
a.C.	Antes de Cristo
AIDA	Atenção, interesse, desejo e ação
AM	Amazonas
AMA	American Marketing Association (Associação Americana de Marketing)
AMBEV	American Beverage Corporation (Companhia Americana de Bebidas)
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
BA	Bahia
CBAP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CC.	Código Civil
CD's	Compact Discs
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
cf.	Conforme
Cia.	Companhia
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
Conj.	Conjunto
CR	Constituição da República
DDD	Discagem Direta a Distância
Des.(a)	Desembargadora
Dr.	Doutor
DVD's	Digital Vídeo Discs
ed.	Edição
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT	General Agreement Tariffs and Trade (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)
HD	Hi-Definition (Alta Definição)

JT	Jornal da Tarde
Min.	Ministro
n.	Número
N.	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONG	Organização Não-governamental
p.	Página
PB	Paraíba
Prof.	Professor
Profa.	Professora
Rel.	Relator
REsp.	Recurso Especial
RICE	Regimento Interno do Conselho de Ética
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo
ss.	Seguintes
t.	Tomo
TV	Televisão
UNB	Universidade de Brasília
UNICAMP	Universidade Estadual de Campinas
UNIP	Universidade Paulista
USP	Universidade de São Paulo
v.	Volume

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>O DESENVOLVIMENTO HUMANO E DO COMÉRCIO.....</b>	<b>16</b>
<b>2.1</b>	<b>A Antiguidade.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2</b>	<b>A passagem do mundo antigo ao mundo moderno.....</b>	<b>20</b>
<i>2.2.1</i>	<i>O direito comercial.....</i>	<i>25</i>
<b>2.3</b>	<b>O mundo moderno.....</b>	<b>27</b>
<b>2.4</b>	<b>O mundo contemporâneo.....</b>	<b>34</b>
<b>3</b>	<b>O MICROSSISTEMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b>	<b>43</b>
<b>3.1</b>	<b>O fenômeno da descodificação e o surgimento dos microssistemas jurídicos</b>	<b>43</b>
<b>3.2</b>	<b>O microssistema de proteção ao consumidor.....</b>	<b>46</b>
<i>3.2.1</i>	<i>A previsão constitucional do CDC.....</i>	<i>46</i>
<i>3.2.2</i>	<i>O código de defesa do consumidor.....</i>	<i>47</i>
<i>3.2.3</i>	<i>Os princípios do código de defesa do consumidor.....</i>	<i>49</i>
<i>3.2.3.1</i>	<i><u>Princípio da não-abusividade.....</u></i>	<i>50</i>
<i>3.2.3.2</i>	<i><u>Princípio da vulnerabilidade e princípio da hipossuficiência.....</u></i>	<i>51</i>
<i>3.2.3.3</i>	<i><u>Princípio de ordem pública e interesse social.....</u></i>	<i>52</i>
<i>3.2.3.4</i>	<i><u>Princípio do risco da atividade econômica.....</u></i>	<i>53</i>
<i>3.2.3.5</i>	<i><u>Princípio da confiança e princípio da equivalência.....</u></i>	<i>55</i>
<i>3.2.3.6</i>	<i><u>Princípio da boa-fé objetiva ou princípio da equidade.....</u></i>	<i>56</i>
<i>3.2.3.7</i>	<i><u>Princípio da informação transparente e verdadeira.....</u></i>	<i>58</i>
<i>3.2.3.8</i>	<i><u>Princípio do consentimento esclarecido.....</u></i>	<i>59</i>
<i>3.2.3.9</i>	<i><u>Princípio da vinculação.....</u></i>	<i>59</i>

3.2.3.10	<u>Princípio da segurança</u> .....	60
3.2.3.11	<u>Princípio da solidariedade</u> .....	61
<b>4</b>	<b>MARKETING E PUBLICIDADE</b> .....	62
<b>4.1</b>	<b>Conceitos fundamentais</b> .....	62
<b>4.2</b>	<b>Marketing – retrospectiva histórica</b> .....	65
<b>4.3</b>	<b>Publicidade – retrospectiva histórica</b> .....	67
<b>4.4</b>	<b>Publicidade e propaganda – distinção necessária</b> .....	69
<b>4.5</b>	<b>Tipos de publicidade</b> .....	70
<b>4.6</b>	<b>A criação publicitária</b> .....	72
4.6.1	<i>O Briefing</i> .....	72
4.6.2	<i>A criação publicitária propriamente dita e a criatividade</i> .....	73
4.6.3	<i>A reflexão estratégica</i> .....	76
4.6.4	<i>A produção publicitária</i> .....	77
<b>4.7</b>	<b>A técnica publicitária</b> .....	77
4.7.1	<i>“Mix de marketing”</i> .....	77
4.7.2	<i>Níveis de comunicação</i> .....	79
4.7.3	<i>Fenômenos publicitários</i> .....	80
4.7.4	<i>A psicologia aplicada à publicidade</i> .....	81
<b>4.8</b>	<b>Princípios publicitários frente ao consumidor</b> .....	83
4.8.1	<i>O princípio da identificação da publicidade</i> .....	83
4.8.1.1	<u>O merchandising</u> .....	83
4.8.1.2	<u>O teaser</u> .....	85
4.8.2	<i>O princípio da veracidade e da transparência publicitária</i> .....	85
4.8.3	<i>O princípio da não-abusividade e da lealdade publicitária</i> .....	86

<b>5</b>	<b>A PUBLICIDADE ENGANOSA.....</b>	<b>88</b>
<b>5.1</b>	<b>A regulamentação do <i>marketing</i> e da publicidade.....</b>	<b>88</b>
<b>5.2</b>	<b>O controle da publicidade enganosa.....</b>	<b>89</b>
<b>5.3</b>	<b>O CONAR.....</b>	<b>93</b>
<b>5.4</b>	<b>Publicidade enganosa e publicidade abusiva – diferenciação.....</b>	<b>94</b>
<b>5.5</b>	<b>Aferição da enganosidade.....</b>	<b>97</b>
<b>5.6</b>	<b>Modalidades de publicidade enganosa.....</b>	<b>98</b>
5.6.1	<i>Publicidade enganosa por comissão ou publicidade enganosa por omissão.</i>	98
5.6.2	<i>Publicidade totalmente enganosa ou publicidade parcialmente enganosa....</i>	101
5.6.3	<i>O “chamariz”.....</i>	103
5.6.4	<i>Informação “distorcida”.....</i>	105
5.6.5	<i>A ambiguidade.....</i>	107
5.6.6	<i>A publicidade comparativa.....</i>	109
5.6.7	<i>Alegações expressas e alegações implícitas.....</i>	112
<b>5.7</b>	<b>Responsabilidade pela publicidade enganosa.....</b>	<b>113</b>
<b>6</b>	<b>O <i>DOLUS BONUS</i>.....</b>	<b>117</b>
<b>6.1</b>	<b>Origem do instituto.....</b>	<b>117</b>
<b>6.2</b>	<b>O dolo no ordenamento jurídico nacional.....</b>	<b>118</b>
<b>6.3</b>	<b><i>Dolus bonus</i> e <i>dolus malus</i> em sede de direito civil.....</b>	<b>121</b>
<b>6.4</b>	<b>O <i>puffing</i> ou <i>puffery</i>.....</b>	<b>126</b>
6.4.1	<i>Modalidades de puffing: visual, escrito ou falado.....</i>	132
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>143</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>145</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É cediço que, desde o Direito Romano, doutrina e jurisprudência dividem o dolo em duas modalidades, a saber, o *dolus bonus* e o *dolus malus*. O primeiro seria aquele que não possui o condão de viciar as relações jurídicas, na medida em que não se trata de meio artiloso ou artifício capaz de ludibriar, enganar ou induzir quem quer que seja a erro. Em contrapartida, o *dolus malus* seria a modalidade de dolo abarcada pelo Código Civil como defeito do ato jurídico, capaz de acarretar a anulabilidade daquele ato enquanto vício do consentimento.

O presente estudo busca analisar se, após a edição do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078 de 1990, ainda existiria espaço para o chamado *dolus bonus* no âmbito das relações consumeristas atuais, notadamente no que diz respeito à publicidade comercial, palco em que tal modalidade de dolo vinha sendo pacificamente aceita como tolerável por se tratar tão somente da chamada gabança ou exagero empregado pelo vendedor na comercialização de seu produto, utilizado, pois, corriqueiramente para realçar as qualidades do produto ou serviço objeto da transação comercial.

O estudo da matéria em questão se mostra relevante pela própria importância que a publicidade comercial assumiu nos dias atuais, tendo a mesma se tornado imprescindível ao desenvolvimento do mercado capitalista, e por consequência, ao desenvolvimento da economia nacional e internacional, na medida em que promove o fomento do consumo de bens e serviços.

Noutro turno, sob a perspectiva do consumidor enquanto parte vulnerável da relação de consumo, a investigação proposta também se mostra relevante na medida em que há a necessidade hodierna de que a publicidade empresarial seja expressamente regrada e disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, a fim de que o consumidor não venha a se tornar vítima de práticas de consumo abusivas.

Diante disso, foi fundamental verificar se os chamados exageros publicitários, presentes em diversos anúncios de produtos e serviços afetariam a efetiva defesa do consumidor, isto é, o pleno exercício de sua vontade de forma livre e consciente, sendo certo que o mesmo, em nenhuma hipótese, poderá ser induzido a erro.

Verifica-se, ainda, que doutrina e jurisprudência atualmente encontram-se divididas, restando demonstrada a necessidade de aprofundamento da questão mediante estudo científico, principalmente pela relevância econômica que o tema proposto representa.

Para se chegar ao fim a que se propôs, o presente estudo objetivou, sobretudo, verificar se a publicidade empresarial que possui, em seu conteúdo, a modalidade de dolo denominada *dolus bonus*, constituiria ou não espécie de publicidade enganosa. Para tanto, buscou-se também analisar o Instituto do dolo no Ordenamento Jurídico Nacional, diferenciando o *dolus bonus* do *dolus malus* através da respectiva conceituação. De igual forma, procurou-se abordar aspectos relevantes da Publicidade Enganosa à luz do Código de Defesa do Consumidor, bem como, discutir a abordagem do *dolus bonus*, na publicidade nacional, como forma lícita de espécie publicitária.

Na execução do trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica através da análise de diferentes posições doutrinárias acerca do tema, bem como, a verificação de leis concernentes à matéria, análise de decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, além de estudo pormenorizado de decisões administrativas proferidas pelo CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

A análise metodológica obedeceu aos seguintes passos: identificação das fontes de estudo e respectivo levantamento da bibliografia pertinente; obtenção do material identificado; leitura do material levantado; tomada de notas e dados relevantes ao trabalho; e redação da dissertação.

Quando do início dos estudos, várias questões se mostraram prementes de análise, de modo que a exploração das mesmas se tornou imperativa. Senão veja-se: se se está a tratar de publicidade ou mais especificamente do exagero publicitário, há que se indagar acerca do comércio por ser o mesmo o fim maior da existência das práticas publicitárias. Por sua vez, tomando o comércio como base de estudo, passou-se a indagar quando o mesmo se tornou uma prática corriqueira no mundo, ou melhor, como tal fato social veio a ser implementado, e quais foram as suas origens. Ora, se há comércio, há, pois, mercadoria, produtos que se prestaram a serem comercializados. Assim sendo, indagou-se como se deu a transformação de bens e serviços em produtos e mercadorias economicamente avaliáveis, ou seja, como se deu a atribuição de valores às manufaturas, outrora utilizadas tão somente para a sobrevivência humana. Eis, pois, o conteúdo do primeiro capítulo da presente dissertação intitulado “O Desenvolvimento Humano e do Comércio”.

Sanadas as primeiras dúvidas, em um segundo capítulo, mostrou-se necessário tratar do fenômeno da descodificação e conseqüente formação de microssistemas jurídicos. A



partir de então, passou-se ao estudo específico do “Microsistema do Código de Defesa do Consumidor”.

Da análise do Código consumerista, passou-se ao necessário estudo das práticas publicitárias, a saber, notadamente ao estudo do *marketing*, da publicidade, retrospectiva histórica dos mesmos, modalidades de publicidade, fases da criação publicitária, técnicas publicitárias e princípios que devem nortear a prática publicitária enquanto ferramenta hábil ao fomento da economia capitalista de consumo.

A seguir, passou-se ao estudo pormenorizado da publicidade enganosa à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, trazendo a análise de casos concretos mediante a manifestação jurisprudencial e decisões administrativas do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, o CONAR.

Por derradeiro, passou-se ao estudo do Instituto do Dolo enquanto vício do consentimento, com o respectivo desdobramento em dolo bom e dolo mau, cada qual com suas características e peculiaridades, bem como, o estudo do exagero publicitário, a saber, mais especificamente, da técnica publicitária denominada *puffing*, a fim de verificar se a mesma enquanto modalidade de *dolus bonus*, é ou não capaz de viciar as práticas consumeristas por enganosidade advinda da publicidade empresarial.

## 2 O DESENVOLVIMENTO HUMANO E DO COMÉRCIO

### 2.1 A antiguidade

O desenvolvimento da humanidade e, por conseguinte, a criação e o desenvolvimento dos meios de subsistência, a saber, dos modos de produção material, podem ser considerados fatores preponderantes no condicionamento do desenvolvimento da sociedade e das instituições sociais como são conhecidas na atualidade.

Engels (2010, p. 109) cita Morgan<sup>1</sup>, asseverando que tal autor foi o primeiro a introduzir uma ordem precisa de classificação da humanidade, sendo certo que o mesmo distinguiu três épocas principais, a saber, estado selvagem, barbárie e civilização. O referido autor tratou das duas primeiras fases, bem como, da passagem da segunda fase à terceira, subdividindo-as em fase inferior, fase média e fase superior, conforme o critério advindo dos progressos obtidos pela humanidade na produção dos meios de subsistência.

Assim sendo, Engels, acerca do estado selvagem, dispõe que o principal progresso humano na era selvagem foi a formação da linguagem articulada. Nesta fase, o homem se alimentava de frutos, raízes, peixes e passou a dominar o fogo. Após a invenção das primeiras armas, a caça começou a ser um alimento regular. Há também o desenvolvimento da habilidade de produção de meios de subsistência, como vasos, cestos, utensílios de madeira, instrumentos de pedra polida e tecidos feitos a mão traçando fibras de cortiça.

Na fase média do estado selvagem, nasce a figura da “gens”, tendo se desenvolvido na fase superior desse mesmo estado, e atingido seu apogeu na fase inferior do estado da barbárie. A gens, na opinião de Engels, “é uma instituição comum a todos os bárbaros até sua passagem à civilização e mesmo depois dela [...]” (ENGELS, 2010, p. 109).

O estado da barbárie, por sua vez, sob a perspectiva do mesmo autor, teve início com a introdução da cerâmica. A partir de então, o desenvolvimento humano deixa de ser um fenômeno geral, ou seja, válido para todos os povos, sem distinção de lugar e passa a apresentar diferenças de condições naturais entre os dois grandes continentes, a saber, entre o

---

<sup>1</sup> L. H. Morgan, *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, Washington, 1871.

continente oriental, o denominado “mundo antigo” e o continente ocidental, a América. Senão veja-se:

Em virtude dessas condições naturais diferentes, a partir desse momento a população de cada hemisfério se desenvolve de maneira particular, e os sinais nas linhas de fronteira entre as várias fases são diferentes em cada um dos dois casos. [...] No Leste, começa com a domesticação de animais; no Oeste, com o cultivo de hortaliças por meio de irrigação [...] (ENGELS, 2010, p. 40).

A tribo era formada por duas ou mais gens. Com o paulatino aumento populacional, cada gens primitiva se subdividia em gens filhas. Os conflitos sociais eram resolvidos no âmbito de cada agrupamento, ao passo que conflitos externos eram resolvidos pela guerra. Outra característica é o fato de que, no interior da gens, não havia diferenças entre seus membros, não havia distinção de classes sociais, nem mesmo a diferença entre direitos e deveres daqueles que ali conviviam.

Por conseguinte, pode-se afirmar que tão somente ocasionalmente poderia haver troca de produtos entre os membros da tribo, sendo certo que, nesta fase de desenvolvimento, quando excepcionalmente houvesse troca de produtos, tal ocorria tão somente no âmbito da mesma tribo e não entre tribos diferentes.

Contudo, conforme afirma Engels, não faltaram exceções ao padrão acima apontado:

Certas tribos mais adiantadas – os árias e os semitas, e talvez os turanianos – fizeram da domesticação e da criação do gado a sua principal ocupação. As tribos pastoras se destacaram do restante da massa dos bárbaros. Essa foi a primeira grande divisão social do trabalho. Essas tribos pastoris não só produziam víveres em maior quantidade como também em maior variedade do que o resto dos bárbaros. Tinham sobre eles a vantagem de possuir mais leite, laticínio e carnes; além disso, dispunham de peles, lãs, couros de cabra, fios e tecidos, cuja quantidade aumentava à medida que aumentava a massa das matérias-primas. Isso tornou possível, pela primeira vez, o intercâmbio regular de produtos. [...] quando as tribos pastoras se destacaram do resto dos selvagens, encontramos inteiramente formadas as condições necessárias para a troca entre membros de tribos diferentes e para o desenvolvimento e consolidação do comércio como uma instituição regular. Em princípio, as trocas se fizeram entre as tribos através dos chefes gentílicos; mas quando os rebanhos começaram pouco a pouco a ser propriedade privada, a troca entre indivíduos foi predominando mais e mais, até chegar a ser a forma única (ENGELS, 2010, p. 201-202). Grifo nosso.

Nesta fase, o principal produto ofertado pelas tribos pastoris às tribos vizinhas era o gado que, por sua vez, chegou a ser a mercadoria parâmetro para a avaliação de todas as demais, desempenhando, portanto, verdadeira função de dinheiro. Nas palavras de Engels:

“Foi com essa necessidade e rapidez que se desenvolveu, no início mesmo da troca de mercadorias, a exigência de uma mercadoria que servisse de dinheiro” (2010, p. 202).

Sob a mesma fundamentação teórica, pode-se afirmar que a fase superior do estado da barbárie teve início a partir da fundição do minério de ferro pelo homem e passa à época da civilização quando da invenção da escrita alfabética e respectivo emprego da mesma para fins de registro literário.

Há ainda que se observar os avanços industriais ocorridos nesta mesma fase entre os quais pode-se destacar: o tear e o trabalho com metais fundidos como o cobre e o estanho. Ainda, da combinação de cobre e estanho surgiu o bronze que passou a servir de matéria-prima para a fabricação de instrumentos e armas.

Tal, contudo, não representou a substituição total dos instrumentos e armas de pedra, fenômeno somente possível quando do surgimento e desenvolvimento do ferro. Ouro e prata passaram a ser empregados em trabalhos manuais, mais precisamente em enfeites e jóias e, em breve, alcançariam valor mais elevado do que o cobre e o bronze.

Relativamente à fase superior da Barbárie registra Engels:

[...] supera todas as anteriores juntas, quanto aos progressos da produção. A ela pertencem os gregos da época heróica, as tribos ítalas de pouco antes da fundação de Roma, os germanos de Tácito, os normandos do tempo dos *vikings*. Antes de mais nada, encontramos aqui, pela primeira vez, o arado de ferro puxado por animais, o que torna possível lavrar a terra em grande escala – a *agricultura* – e produz, dentro das condições então existentes, um aumento praticamente quase ilimitado dos meios de subsistência; em relação com isso, também observamos a derrubada dos bosques e sua transformação em pastagens e terras cultiváveis, coisa impossível em grande escala sem a pá e o machado de ferro. Tudo isso acarretou um rápido aumento da população, que se instala, densamente, em pequenas áreas. [...] A principal herança que os gregos levaram da barbárie para a civilização é constituída dos instrumentos de ferro aperfeiçoados, dos foles de forja, do moinho a mão, da roda de olaria, da preparação do azeite e o vinho, do trabalho de metais elevado à categoria de arte, de carretas e carros de guerra, da construção de barcos com pranchas e vigas, dos princípios de arquitetura como arte, das cidades amuralhadas com torres e ameias, das epopéias homéricas e de toda a mitologia (ENGELS, 2010, p. 42-43).

Na fase superior da barbárie, o homem passa a utilizar o ferro como matéria-prima para a confecção de armas, utensílios e instrumentos como o martelo e o arado. Segundo Engels (2010, p. 42-43), tal conquista humana possibilitou a agricultura em grande escala.

Nesse diapasão, a partir de então, pôde-se verificar um célere aumento da riqueza social.

Ao dividir-se a produção nos dois ramos principais – agricultura e ofícios manuais – surgiu a produção diretamente para a troca, a produção mercantil e com ela o comércio<sup>2</sup> não só no interior e nas fronteiras da tribo com também por mar. Tudo isso ainda estava pouco desenvolvido; os metais preciosos apenas começaram a se converter na mercadoria-moeda preponderante e universal; mas as moedas ainda não eram cunhadas, os metais eram trocados por peso (ENGELS, 2010, p. 205-206). Grifo nosso.

Portanto, na fase superior da barbárie, é cediço que a troca passa a ser essencial à manutenção do sistema social existente à época.

O estado da civilização, sob a égide da invenção da escrita alfabética, como dito alhures, pode ser caracterizado, sobretudo por ser o período do surgimento da indústria propriamente dita e da arte.

Até o estado da civilização, tão somente a produção determinava os meios de formação de novas classes, como, por exemplo, os produtores em pequena escala e os produtores em grande escala.

No entanto, a partir da civilização, verifica-se o surgimento de uma classe que, não obstante não tomar parte na produção, torna-se indispensável como intermediária entre diferentes produtores – a classe dos comerciantes. Em contrapartida, essa nova classe oferecia aos produtores certas benesses tais como poupá-los dos riscos da troca de produtos ou achar saída para produtos em mercados distantes. Nesse sentido, leciona Engels:

A civilização consolida e aumenta todas essas divisões do trabalho já existentes, acentuando sobretudo o contraste entre a cidade e o campo [...], e acrescenta uma terceira divisão do trabalho, peculiar a ela e de importância primacial, criando uma classe que não se ocupa da produção e sim, exclusivamente, da troca dos produtos: os comerciantes. [...] Com ela, veio o dinheiro-metal, a moeda cunhada<sup>3</sup>, novo meio para que o não produtor dominasse o produto e sua produção (ENGELS, 2010, p. 208-209). Grifo nosso.

<sup>2</sup> Leacock (1971), no Posfácio da Obra de Engels (2010, p. 239), tendo como base pesquisas documentais e de campo, afirma que o “sistema de territórios de caça” foi desenvolvido como resultado do comércio de peles, sendo que tal circunstância não envolvia a posse efetiva da terra. Segundo ela: “Não se podia caçar perto do limite do território do outro, mas qualquer um podia apanhar animais de caça, podia pescar, ou podia colher madeira, frutos ou cortiça das árvores no território do outro, *contanto que esses produtos da terra fossem para uso e não para venda*. Um homem com necessidade de alimento, quando em território de caça de outro, podia matar até mesmo um castor, o mais importante animal para a produção de peles, mas ele não poderia matá-lo para vender sua pele”.

<sup>3</sup> No Posfácio “Introdução à Edição Estadunidense” da Obra de Engels (2010, p. 275), Eleanor Burke Leacock (1971) ensina: “Diversas formas de dinheiro tinham sido empregadas durante muito tempo no mundo antigo, mas a cunhagem se tornou necessária quando a produção de mercadorias e o comércio atingiram proporções suficientes para garanti-la”.

Paralelamente à riqueza sob a forma de mercadorias e à riqueza representada pela escravidão (possuir escravos), surge uma nova forma de riqueza, a saber, aquela representada pela posse de terras e, com isso, o advento da propriedade privada:

A posse de parcelas do solo, concedida primitivamente pela gens ou pela tribo aos indivíduos, fortalecera-se a tal ponto que a terra já podia ser transmitida por herança. [...] A propriedade livre e plena do solo significava não só a posse integral do mesmo, sem nenhuma restrição, como, ainda, a faculdade de aliená-lo. Essa faculdade não existiu quando o solo era propriedade da gens. Quando, porém, o obstáculo da propriedade suprema da gens e da tribo foi suprimido pelo novo proprietário, em caráter definitivo, se rompeu também o vínculo que unia indissolivelmente o proprietário ao solo. O que isso significava ensinou-lhe o dinheiro, que se inventou justamente ao tempo do advento da propriedade privada da terra. A terra, agora, podia tornar-se mercadoria, podia ser vendida ou penhorada. [...] O regime gentílico já estava caduco. Foi destruído pela divisão do trabalho que dividiu a sociedade em classes, e substituído pelo *Estado* (ENGELS, 2010, p. 209-212). Grifo nosso.

Observa-se, pois, que, a partir da civilização, há a consolidação de que a produção não mais se destina à satisfação do consumo interno da gens ou da tribo, mas sim à troca (produção mercantil)<sup>4</sup>.

Com o aparecimento da figura do comerciante como intermediário do produtor, bem como, com o advento do dinheiro, as mercadorias passam a ir de um mercado a outro, de modo que a implementação desses mercados e o intercâmbio de produtos entre os mesmos passa a ser uma constante, sendo certo que, a partir de então, a atividade mercantil será marcada por características próprias conforme os diferentes graus de seu desenvolvimento ao longo dos tempos até os dias atuais.

## 2.2 A passagem do mundo antigo ao mundo moderno

De acordo com Fábio Konder Comparato (2006, p. 37), o período histórico compreendido entre o século VIII e o século II a.C. representa a fase histórica de mudança do

<sup>4</sup> No Posfácio “Introdução à Edição Estadunidense” da Obra de Engels (2010, p. 280-281), Leacock (1971) afirma que: “Nos centros urbanos, a produção de mercadorias foi a que primeiro transformou as relações diretas, pessoais, e essencialmente cooperativas dentro do grupo, em relações impessoais e altamente competitivas [...]. A plena vitória da produção de mercadorias orientada ao lucro esperou pelo desenvolvimento do Noroeste da Europa. Uma área atrasada por quase cinco milênios, na qual a combinação de portos e canais, e depósitos relativamente disponíveis de carvão e ferro esperaram os acontecimentos históricos que permitiram uma nova e vitoriosa classe mercantil urbana que se expandia em direção ao norte para compreender todo o potencial explosivo do capitalismo industrial. Depois, veio a metamorfose, em escala mundial, das relações humanas em relações de mercadoria, relações entre coisas a serem utilizadas; [...]”

mundo antigo ao mundo moderno, quando elementos essenciais da antiguidade passaram a ser transformados.

Assim sendo, a filosofia e a racionalidade, paulatinamente, vão se sobrepondo à religião e às tradições. Ao mesmo tempo, observa-se o advento das religiões monoteístas em detrimento do saber mitológico.

Nesse sentido leciona Fábio Konder Comparato:

[...] o chamado período axial, ou seja, a fase histórica que vai nuclearmente do século VIII até o século II a.C., representou o grande divisor de águas entre o mundo antigo e o mundo moderno, ao gerar mudanças radicais no ideário, nas instituições e na finalidade da organização política.

[...] fase de transição rumo ao mundo moderno, admitindo-se que este teve início logo após o “outono da Idade Média” europeia, isto é, por volta da segunda metade do século XV (COMPARATO, 2006, p. 47).

Ainda, a partir desse mesmo período histórico, verifica-se nítida tendência de aproximação entre povos de diferentes agrupamentos locais através da prática das relações de comércio e da difusão de métodos técnicos, circunstância comumente contrária àquela observada na antiguidade, na qual, povos diversos, cada qual com sua cultura própria local, viviam quase exclusivamente em constante guerra uns com os outros.

A filosofia, através do universalismo propiciado pela razão, passa a criticar a religião tradicional, principalmente a partir do reconhecimento da existência de uma justiça comum aos homens.

O monoteísmo, por sua vez, acaba por introduzir um critério absoluto para o julgamento dos homens no qual o Deus único é a fonte legítima e exclusiva do direito e da justiça.

Paralelamente, dá-se o aparecimento de empreendimentos industriais na Grécia e em Roma, por volta do século VI a.C., bem como, uma característica predominante na antiguidade começa a ser modificada, a saber: a atividade mercantil começa a ser tratada com menos desprezo.

Acerca desse sentimento de desprezo, até então existente em relação ao comércio e, por extensão, relativamente à figura do comerciante, acrescentou Comparato:

Um último aspecto vivamente contrastante da civilização antiga com a moderna, sobretudo nos tempos atuais de hegemonia mundial do espírito capitalista, é a profunda desconsideração que os antigos sempre votaram àqueles que se dedicavam ao comércio, atividade considerada indigna de um cidadão.

Em toda a Grécia, a propriedade de imóveis, rurais e urbanos, era reservada exclusivamente aos cidadãos. Os metecos (estrangeiros admitidos a viver na *pólis*) podiam adquirir bens móveis e possuir escravos, mas nunca terras ou casas, salvo quando recebiam, a título excepcional, esse direito de aquisição. Aos metecos, portanto, restavam unicamente, como profissão, o comércio e o artesanato, por isso mesmo atividades consideradas vis, embora reconhecidas como necessárias (COMPARATO, 2006, p. 64). Grifo nosso.

Prossegue o mesmo autor:

Na opinião dos grandes filósofos, os comerciantes eram pessoas desprezíveis. Platão, nas Leis (livro IV, 704 e ss.), faz um requisito severo contra as cidades-marítimas, onde sempre floresceu o comércio, apontando-as como centro de corrupção dos Costumes. Para Aristóteles a atividade profissional dos artesãos e dos comerciantes era ignóbil e inimiga da virtude. O filósofo sustentou que a profissão mercantil é justamente depreciada, em comparação com a produção para o próprio sustento da família, porque ela nada tem de natural (não é uma produção ligada à natureza, como a agricultura), sendo o resultado de simples trocas. Essa contaminação moral do comércio era para ele tão grande, que, a seu ver, não se deveria permitir a instalação de lojas de comércio na ágora, a praça onde se reunia oficialmente o povo para tomar as grandes decisões de interesse público (COMPARATO, 2006, p. 64).

Em Roma, a situação não era diferente, vez que, conforme explica Comparato (2006, p. 64-65), o preconceito também afetava as atividades mercantis, de modo que seu exercício era vedado aos membros aristocráticos do Senado.

Ainda, a grande extensão territorial do império romano trouxe a necessidade de regulação do comércio internacional de maneira uniforme. Senão veja-se:

A partir do momento em que Roma iniciou sua longa série de conquistas territoriais, tornou-se indispensável criar um direito reduzido ao mínimo formalismo necessário e despido de todo particularismo local; capaz, portanto, de reger:

- a) as relações mercantis derivadas do intenso tráfico desenvolvido na bacia do Mediterrâneo com outros povos;
- b) as relações entre pessoas de diferentes províncias romanas, ou entre provincianos e cidadãos romanos (COMPARATO, 2006, p. 115).

A partir da primeira metade do século VII, se convencionou o término do período axial. Nessa mesma fase, Fábio Konder Comparato ressalta que: “com a morte do profeta Maomé, desenvolve-se, com Epicentro na Europa Ocidental e daí se espalhando ao resto do orbe terrestre, um movimento irreversível de ruptura com o mundo antigo” (COMPARATO, 2006, p. 42).



Ao final do século VIII, na Alta Idade Média europeia, segundo o mesmo autor (COMPARATO, 2006, p. 42), ocorreu o que se chamou de “revolução agrícola medieval”<sup>5</sup> representada pela utilização de novas invenções e técnicas na forma de produção que acabaram por trazer um salto tecnológico extraordinário na agricultura da época, além de avanços técnicos na piscicultura e na pecuária.

Na passagem da Alta para a Baixa Idade Média, Comparato observa que:

A partir do século XI, quando a Cristandade conhecia seu período de fastígio, a Europa ocidental viveu uma crise de passagem da Alta para a Baixa Idade Média, e mesmo, em certo sentido, do mundo antigo para o mundo moderno. Três grandes movimentos de transformação social confluíram para esse resultado: a revolução comercial, que deu início ao capitalismo; e o ressurgimento da vida intelectual no Ocidente com a criação das primeiras Universidades (COMPARATO, 2006, p. 125).  
Grifo nosso.

Assim sendo, até o final da Alta Idade Média, a saber, na passagem do século X ao século XI, a Europa encontrava-se sem nenhum contato com o Oriente.

No entanto, entre o século XI e século XII, a retomada da navegação cristã no mediterrâneo foi responsável por grande transformação social na Europa, caracterizada pela retomada do comércio marítimo juntamente com o reinício das relações de intercâmbio e trocas com a Ásia menor. No dizer de Comparato:

A compreensão sistêmica da vida em sociedade explica o fenômeno da extraordinária expansão urbana que conheceu a Europa durante a Baixa Idade Média. É certo que para isso muito contribuiu a reconquista, pelos povos europeus, da liberdade de navegação no Mediterrâneo, com a consequente retomada do comércio com o Oriente, após o bloqueio de cinco séculos imposto ao continente pelos muçulmanos. [...]  
Mas tais fatos, de importância sem dúvida capital, não explicam por si sós o vigor do espírito de mudança, na ordem política [...] Eles tampouco dão conta, quando isoladamente considerados, de dois outros fenômenos extraordinários da época: a primeira revolução industrial<sup>6</sup> e o nascimento do capitalismo (COMPARATO, 2006, p. 43-44).

<sup>5</sup> É preciso não esquecer que a revolução agrícola medieval não surgiu de improviso, mas foi a consequência de uma profunda alteração no quadro de valores, crenças e opiniões vigentes no ocaso do império romano do Ocidente, graças à expansão do movimento monástico a toda a Europa ocidental, a partir do século VI, por obra beneditina. O preceito fundamental das Regras de São Bento – *ora et labora* – veio pela primeira vez valorizar, ética e religiosamente o trabalho manual. (COMPARATO, 2006, p. 42).

<sup>6</sup> Os historiadores contemporâneos sustentam, com razão, que a revolução inventiva industrial do século XVIII na Inglaterra foi precedida por um fenômeno análogo entre os séculos XII e XIV. [...] (COMPARATO, 2006, p. 44).

Nasce uma nova classe social constituída pelos comerciantes – a burguesia. Paralelamente, os conflitos entre a nobreza, representada pela figura do Imperador e a Igreja, representada pela autoridade papal eram crescentes. Ainda, o poderio econômico da classe burguesa era cada vez maior, sendo certo que a Igreja procurava promover sua “reabilitação moral”<sup>78</sup>.

Assim sendo, a partir do século XII, o mencionado isolamento europeu chegou ao fim, caracterizado pelo renascimento do comércio mediterrâneo, por notável expansão da vida urbana, e pelo crescimento demográfico populacional, que culminou no início do século XIV. Tais fatores levaram ao renascimento da economia europeia e ao lançamento do chamado “primeiro surto capitalista” na Baixa Idade Média.

Fábio Konder Comparato ainda observa:

Entre os séculos XII e XV, a florescência inventiva dos europeus no campo das artes físicas e mecânicas é impressionante, bastando citar, a esse respeito, a bússola (mencionada pela primeira vez na Europa em 1195), os navios a vela sem remadores, as lentes oculares, os portulanos ou primeiras cartas marítimas, o emprego do carvão na indústria, os altos fornos metalúrgicos, o uso do vidro na aparelhagem científica, o relógio mecânico, o moinho eólico, a caravela, os caracteres móveis de imprensa.

De não menor importância, embora comumente descuradas, foram as notáveis invenções européias na arte mercantil, e que possibilitaram o funcionamento da economia capitalista; a saber, a letra de câmbio, o seguro marítimo, os valores mobiliários e a sociedade por ações. Sem elas, pode-se dizer que a Revolução Industrial do século XVIII não teria ocorrido (COMPARATO, 2006, p. 44).

Os progressos atingidos pelo homem nas técnicas de navegação em alto-mar foram convergidos para a intensificação das relações comerciais entre os diferentes povos. Não obstante tal progresso também haver se prestado à intensificação de guerras entre alguns

---

<sup>7</sup> Na linha dessa reabilitação moral, até mesmo a usura (empréstimo de dinheiro a juros), durante tantos séculos considerada grande ofensa à Lei de Deus, foi sendo paulatinamente justificada. Ainda no século XII, uma decretal do papa Alexandre III admitia a cobrança de juros nas vendas a crédito, com uma argumentação toda fundada no direito romano [...]. O acréscimo ao preço corresponderia a uma indenização, não só pelo dano emergente (*damnum emergens*), mas também pelo lucro cessante (*lucrum cessans*), podendo, além disso, representar a justa compensação dos riscos do negócio (*periculum sortis*) assumidos pelo comerciante. Outras vezes, o preço aparentemente excessivo da coisa vendida, ou o adicional dos juros, eram tidos como a remuneração do trabalho mercantil (*stipendium laboris*) (COMPARATO, 2006, p. 129).

<sup>8</sup> [...] Demais, a piedade e a caridade burguesas em nada ficavam a dever às dos nobres; e já em 1198, ao assumir o trono pontifício, Inocêncio III canonizou o primeiro santo comerciante da História da Igreja: Santo Homobono de Cremona.

Não é, pois, de admirar que, já no século XIII, as sedes episcopais começaram a ser ocupadas por filhos da burguesia, e que o pontificado supremo coube, pela primeira vez, a alguém oriundo da classe mercantil: o papa Inocêncio IV, pertencente a uma grande família de comerciantes genoveses, os Fieschi (COMPARATO, 2006, p. 128-129).

desses mesmos povos, o espírito que imperava, à época, era o de mudança e renovação, amparado pela promessa humana de criação de um mundo novo.

Importante frisar que tudo isso foi preponderante para o renascimento cultural e intelectual europeu que se deu tanto pela descoberta de grandes textos da cultura clássica, quanto pela retomada do contato com obras da filosofia e das Ciências postas novamente em circulação.

Entretanto, a esse ponto, em função do sistema capitalista de produção, a organização social já se dava por intermédio da divisão de classes, na qual se demonstrava a tendência geral de disseminação de desigualdades e desequilíbrios entre membros de uma mesma sociedade, ou mesmo, entre povos diversos, realidade geral da qual o homem, ao longo dos tempos, não mais conseguiria se desvencilhar.

### *2.2.1 O direito comercial*

É sabido que o comércio existe desde a Antiguidade e, por assim ser, observa-se o surgimento de regras aptas a regulá-lo desde os tempos mais remotos. Contudo, o mesmo não pode ser dito relativamente ao Direito Comercial. O que se verifica é que o Direito Comercial, enquanto ramo do direito privado, constituído pelo conjunto ordenado de normas destinadas a regular a prática comercial, somente teria surgido, ainda que de forma embrionária, durante a Idade Média. Nesse sentido, afirma Waldirio Bulgarelli:

Os comercialistas clássicos costumavam dividir a história do direito comercial em períodos, iniciando pela Antiguidade; cabe reiterar, contudo, que até a Idade Média o que se verifica é mais a história do comércio propriamente dito do que a do direito Comercial (BULGARELLI, 1991, p. 25).

Durante a Idade Média, os muçulmanos, através do domínio do Mediterrâneo e bloqueio das rotas comerciais, promoveram o total isolamento do mundo ocidental que, por sua vez, passou a ser caracterizado pela fragmentação política e pelo consequente fortalecimento do poderio local. Desse modo, de acordo com Bulgarelli (1991, p. 29), a insegurança existente à época fez com que as classes humildes buscassem segurança em torno dos seus senhores.

Segundo Waldemar Ferreira:

A queda do Império Romano e o desmoronamento do carolíngio causaram perturbações sociais e políticas de imensa latitude e profundidade. Se, contra a insegurança decorrente das invasões, no amparo dos senhores se deparou às classes humildes adequado remédio, contra os abusos da incúria e da exploração feudal tornou-se necessário erigirem-se associações. Floresceram elas incentivadas pela impotência das autoridades no exercício de seu papel econômico e social. Eram de variado gênero. Confrarias religiosas. Associações de comerciantes. Corporações de artes e ofícios. Comunas. Dominava-as o espírito mercantil. Surdiram no sul, no centro e no norte da Europa, contemporaneamente, em prol da atividade econômica e da liberdade individual [...].

Negociantes, banqueiros, industriais, artejanos, quantos se sentiram atraídos por interesses comuns, reuniram-se em corporações, vastas e organizadas, sujeitas a rigorosa disciplina, em que residia o segredo de sua força. Tornaram-se poderosas. Investiram-se do direito de regular por si mesmas seu interesse próprio e de seus componentes. Passaram, assim, a exercer poderes que eram, normalmente, do Estado. Presidiam, por via de seus oficiais, às feiras e mercados, organizando-os e neles mantendo a ordem. Protegiam seus membros no estrangeiro. Prestavam assistência religiosa e caritativa. Tinham patrimônio e arca suprida com as contribuições dos sócios. Taxas. Impostos. Pedágios. Donativos. Multas. Rendas dos seus bens dominiais. Eram, a bem dizer, organismos estatais, tanto se imiscuíam no privado, como no público (FERREIRA, 1956, p. 30- 31).

Ao fim do bloqueio promovido pelos povos muçulmanos e com a retomada do comércio no Mediterrâneo, tais associações de comerciantes passam a ser de fundamental importância para o surgimento de um novo sistema econômico, desta feita mais aberto, vez que a as cidades se tornaram centros de produção e consumo, predominando o trabalho livre, sendo a atividade econômica realizada exclusivamente pelos mercadores e artesãos que, por sua vez, associaram-se a grêmios e corporações com órgãos de direção e jurisdição próprios.

Assevera Bulgarelli: “É, portanto, o período de formação do direito comercial. Criam os mercadores e artesãos, no seio das suas corporações, o seu direito ágil, vivo e solerte, em contraposição ao direito romano-canônico, excessivamente formalista e solene” (BULGARELLI, 1991, p. 30).

Inicialmente, são adotados os costumes da atividade comercial, sobretudo acerca do comércio marítimo. Em um segundo momento, tais costumes são fixados em estatutos, regulamentos, ou seja, em regras escritas.

De acordo com Bulgarelli (1991, p. 30), os processos advindos de conflitos de casos concretos eram solucionados pelos cônsules eleitos pelas corporações. Tais foram os antecessores dos Tribunais de Comércio modernos.

Na solução das questões, se valiam dos usos e costumes da atividade comercial, bem como das regras dos estatutos. Ao mesmo tempo, exerciam a função legislativa e judicial. Tal somente foi possível em virtude da uniformização dos estatutos das corporações

das diferentes cidades, viabilizada, por sua vez, justamente pela intimidade gerada pelas relações comerciais entre as mesmas.

Em igual sentido, acrescenta Carvalho de Mendonça:

Eis como, pelos *usos e costumes*, adotados para disciplinarem as transações comerciais, desconhecidas do direito escrito, então existente, pelas *leis* inspiradas por influência daquelas corporações (estatutos) e pela *jurisprudência* dos seus tribunais, se constituiu um complexo de normas reguladoras tão somente de pessoas de determinada classe e dos institutos especiais que as interessavam, e por isso um direito profissional [...] (CARVALHO DE MENDONÇA, 1953, p. 59).

Importante, ainda, salientar que, de acordo com Bulgarelli, “[...] o direito comercial surgiu tanto do poder legislativo das corporações como da sua atividade judiciária, convivendo com o direito comum, criado pelos próprios comerciantes” (BULGARELLI, 1991, p. 31). Tal fenômeno se deu porque, inicialmente, a jurisdição consular dirimia contendas tão somente entre aqueles que eram membros das corporações. Contudo, em fase posterior, tal jurisdição foi estendida aos mercadores não inscritos ou matriculados nas corporações, passando a ter poder normativo inclusive nos negócios conexos ao comércio.

Os usos e costumes juntamente com as decisões judiciais dos tribunais consulares foram sendo sistematizados e reunidos na forma de compilações. Para haver o reconhecimento do então emergente Direito Comercial, faltava às compilações o necessário caráter científico. Ainda, nos dizeres de Bulgarelli, “[...] foram sendo elaborados novos institutos, desconhecidos do direito comum, aos quais era necessário dar sistematização” (BULGARELLI, 1991, p. 33). Tal tarefa coube aos juristas italianos, que, por sua vez, trataram de aplicar as teorias do direito romano à prática do comércio iniciada a partir das corporações.

### **2.3 O mundo moderno**

A partir do Século XVI, a importância do comércio é melhor compreendida pelos povos, inclusive para fins de desenvolvimento das nações. Destacam-se, pois, à época, dois importantes fenômenos, a saber: o mercantilismo e a expansão colonial. Essa última é resultado da descoberta de novos territórios, colocada a efeito através das expedições marítimas e da formação das grandes companhias de colonização.

Paul Hugon associa o mercantilismo à ideia do metalismo, fenômeno florescente na Europa no século XVI. Em suas palavras: “[...] a prosperidade dos países parece estar na razão direta da quantidade de metais preciosos que possuem” (HUGON, 1989, p. 65).

Acrescenta, ainda, Bulgarelli:

Com a formação dos estados nacionais e o fortalecimento do poder central, a partir do Século XVI, as normas de direito comercial, antes provindas dos costumes, passam a ser editadas pelos soberanos e tomam caráter nacional, deixando, portanto de ser aplicadas indistintamente. [...]

Surgem, em consequência, as grandes codificações de direito comercial de natureza nacional: o *Navigation Act*, de Cromwell, na Inglaterra, em 1651; na França, mercê do estímulo dado por Colbert, ministro de Luís XIV, ao comércio, são editadas as Ordenações para o comércio terrestre e para o comércio marítimo, ou seja, *Ordonnance sur Le commerce de terre*, de 1673, e *Ordonnance sur le commerce de mer*, de 1681, que incorporam os usos e costumes do comércio mediterrâneo, e que constituíram verdadeiros códigos (BULGARELLI, 1991, p. 34-35).

De acordo com a mentalidade moderna, tudo o que possa trazer um resultado prático deve ser valorizado, de modo que, para o homem moderno, o valor supremo da vida social reside na utilidade técnica:

O indivíduo adquire, pela primeira vez, uma autonomia de vida que sempre lhe fora negada. Com a aceleração do ritmo de acumulação do conhecimento científico e do saber tecnológico, a humanidade se afirma, orgulhosamente, como “senhora e possuidora da natureza” (COMPARATO, 2006, p. 153).

Pode-se afirmar que quatro acontecimentos históricos, convencionalmente, marcaram o início da idade moderna, a saber:

[...] a conquista de Constantinopla pelos turcos em 1453, a descoberta do continente americano por Cristóvão Colombo em 1492, a abertura da via marítima entre a Europa e o Extremo Oriente por Vasco da Gama em 1498 e a viagem de circunavegação do globo terrestre pela equipe de Fernão de Magalhães, de 1519 a 1522 [...] (COMPARATO, 2006, p. 153).

Outrossim, de acordo com Habermas, os tempos modernos seriam os que se iniciaram com “ A descoberta do Novo Mundo bem como o Renascimento e a Reforma – os três grandes acontecimentos à volta de 1500 [...]” (HABERMAS, 1998, p.17).

Ainda, na opinião de Francisco Amaral (2003, p. 66), na modernidade, o princípio da subjetividade reinante à época, aliado a certos acontecimentos históricos fizeram consolidar o *individualismo*, a *autonomia* e a *liberdade de ação*. Tais acontecimentos históricos seriam:

[...] a Reforma, o Iluminismo e a Revolução Francesa<sup>9</sup>. Com a primeira, proclama-se a liberdade e a soberania do sujeito e do seu pensamento contra a fé na autoridade da prédica e da tradição. Com a Declaração dos Direitos do Homem e o Código Civil Francês consagra-se o princípio da autonomia da vontade. Com o iluminismo defende-se o primado da razão em todos os campos da experiência humana [...]. Caracterizava-se por defender a ciência e a racionalidade crítica contra a fé, as superstições e os dogmas religiosos da idade média e, no plano político, as liberdades individuais e os direitos do cidadão. Ao iluminismo<sup>10</sup> ligava-se diretamente o racionalismo, a doutrina segundo a qual a única fonte do conhecimento seria a razão. No campo jurídico<sup>11</sup>, o racionalismo embasava a doutrina do direito natural, *rectius*, do jusracionalismo, que defendia a racionalização e a sistematização do direito, isto é, a reunião dos princípios e regras num corpo unitário e coerente, o sistema jurídico. A razão iluminista preconizava, assim, a ideia de sistema no direito que resultaram os códigos e as constituições do séc. XVIII e XIX (AMARAL, 2003, p.67-68).

Verifica-se que, no século XVIII, reaparecem as ideias políticas do período clássico da antiga Grécia e Roma, principalmente através da Revolução Americana e da Revolução Francesa. Senão, veja-se:

As duas ideias fundamentais de Locke e Rousseau – a existência de direitos inatos do ser humano e a soberania popular – vêm expressas logo nos primeiros parágrafos da Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso Geral, datada de 04 de julho de 1776 [...] (COMPARATO, 2006, p. 606).

Desta feita, o Século XVIII foi palco de grandes transformações. Senão veja-se, em consequência da Revolução Industrial Inglesa, surgiu, na economia, o liberalismo.

Contudo, o que se observou é que tanto a Revolução Americana como a Revolução Francesa foram movimentos que se prestaram mais a promover a extinção derradeira da sociedade feudal, e, ao mesmo tempo, fazer aparecer a figura do Estado.

É o Estado quem passa a deter, a partir de então, a concentração do poder, não obstante a declaração da soberania do povo e das nações.

Nos dizeres de Giselda Hironaka:

<sup>9</sup> A Revolução Francesa “[...] marca o fim do antigo regime absolutista e o começo da instauração dos regimes liberais, surge o Estado de Direito”. (BARCELONA, Pietro, 1996, p. 54 apud AMARAL, 2003, p. 67).

<sup>10</sup> Enquanto para os historiadores a palavra *iluminismo* remete à noção de um movimento intelectual ocorrido na Europa do século XVIII – o “século das Luzes” –, em que pese o reconhecimento de que se trata de uma generalização frente à realidade extremamente rica e diversificada de tal objeto – para nós, hoje, o *iluminismo* reveste-se de muitas outras significações.

Podemos, por exemplo, tentar compreender o *Iluminismo* como culminação de um processo, ou como um começo. Enquanto ponto de chegada, o *Iluminismo* aparece como o clímax de uma trajetória cujos começos se identificam com o Renascimento, mas que só alça vôo realmente com a revolução científica do século XVII”. (FALCON, 1986, p.6).

<sup>11</sup> Relativamente ao direito, “A filosofia do iluminismo vinculou-se primeiro, sem reservas, [...] à ideia de que devem existir normas jurídicas absoluta e universalmente obrigatórias e imutáveis”. (CASSIRER, 1994, p. 327).

[...] Revolução Francesa, marco de indiscutível importância que realiza a substituição do Estado absoluto pelo Estado liberal, ou Estado de Direito, que entre outros primados, identificou o homem sob o matiz da *subjetividade jurídica*, cujo princípio fundamental exprime-se no individualismo e na autonomia de agir e alicerça-se na triangulação da igualdade, da liberdade individual e da propriedade privada.

Desta era – da era da racionalização da vida jurídica – resultou, como consequência imediata, a concepção do direito como um sistema. E como tal, o processo de codificação se tornou imperioso, visando uniformizar a legislação vigente, emprestando-lhe um sistema, uma ordem, uma carga didática, uma possibilidade melhor, ou maior, de compreensão destas próprias regras e de comparação destas com sistemas de outros povos.

Esta foi a importante [...] fase de *organização codicista*, que atendeu às necessidades e reclamos próprios de uma época que visava superar a insegurança medieval. [...]

Como se sabe, os códigos oitocentistas foram fruto de transformações revolucionárias e se antepunham aos costumes e aos preconceitos que caracterizavam suas épocas e que justificaram as revoluções. Assim se deu, também, com [...] o Código Francês, de 1804, de inspiração racionalista, que pretendeu aprisionar, imutavelmente, normas completas, claras, de interpretação linear, e que não admitia a existência de lacunas ou de episódios não previstos, exatamente porque a sistematização abrangia – ou pretendeu abranger – todos os problemas jurídicos que pudessem ser suscitados (HIRONAKA, 2003, p. 96-97).

Politicamente, com a vitória da Revolução Francesa, novas ideias e concepções, entre as quais o ideário de liberdade e de igualdade restaram em voga. Por conseguinte, os privilégios das classes começam a ser negados, entre os quais se inclui a classe comerciante, sendo que o direito de livre produção e livre comércio é estendido a todos invariavelmente.

Afirma Bulgarelli a respeito:

É verdade que, já em 1776, na França, [...] havia suprimido os privilégios, monopólios e poderes das corporações de comércio, artes e indústrias, tornando livre o exercício do comércio, arte ou profissão mesmo aos estrangeiros, mas subsistiram, entretanto, seis *corps de marchands* e quarenta e seis comunidades de artes e ofícios, o que veio a terminar definitivamente em 1791, com a *Lei Le Chapelier*, que aboliu na França qualquer associação profissional, proclamando a liberdade de trabalho e de comércio.

À luz dessas novas concepções, retomou-se o trabalho de rever as Ordenações – que apresentavam lacunas e que haviam também sido modificadas por numerosas leis posteriores – em 1801, através de uma comissão de sete membros, encarregada de redigir o código de comércio. Aprontado rapidamente o projeto, foi este apresentado ao governo [...]. Enquanto era examinado pelo Conselho de Estado, eclodiu, em 1806, uma crise financeira grave, que produziu falências escandalosas, tornando mais urgente ainda a modificação da legislação. Verificou-se então a participação direta de Napoleão nos debates, como já o fizera com o Código Civil; e após sessenta e uma reuniões [...] foi promulgado e convertido em lei a 15 de setembro de 1807, tendo entrado em vigor a 1.º de janeiro de 1808 (BULGARELLI, 1991, p. 35-36).

A opinião dos doutrinadores a respeito do Código Comercial Napoleônico é bastante divergente. Para alguns, tal diploma legal trata-se de verdadeiro marco da legislação, sobretudo por haver compilado as antigas normas costumeiras, consagradas ao longo do



tempo pela prática comercial. Não obstante, outros tantos estudiosos o consideraram ultrapassado, principalmente por conter lacunas, sem regular ou mesmo mencionar importantes operações comerciais (vendas comerciais, contas correntes, seguros terrestres).

Inobstante, o Código Comercial de 1807 influenciou diretamente muitos outros diplomas legais entre os quais pode-se elencar: o Código Espanhol de 1829; o Código Português de 1833; o Código Italiano de 1865; e até mesmo o Código Comercial Brasileiro de 1850.

Importante ressaltar a lição de Bulgarelli a respeito do Código Comercial Napoleônico. Veja-se:

Baseado nas ideias de liberdade, o código de 1807 adotou a chamada *tendência objetiva* do direito comercial, ou seja, não mais o considerando como o direito dos comerciantes (critério subjetivo corporativista), mas o direito próprio dos atos de comércio, enumerados pela lei (critério objetivo). Não obstante os estudos posteriores [...] apontarem que essa transmutação verificada no Código Comercial de 1807, do critério subjetivo para o objetivo, não tenha sido pura, a verdade é que ensejou uma verdadeira reviravolta nas concepções até então existentes, permitindo a ampliação de matéria comercial, que passou a alcançar a indústria e outras atividades econômicas (BULGARELLI, 1991, p. 36). Grifo nosso.

Ainda, amparados pela revolução científica do século XVII<sup>12</sup>, no início do século XIX, iniciou-se a defesa do ideal de total desvinculação entre economia e política sob o argumento de que aquela era, na verdade, regida por leis naturais às quais os governantes deveriam necessariamente se submeter.

Como consequência, muito ao revés do preconizado nos ideais da França revolucionária, o mundo moderno assume a concepção na qual a política e a organização estatal passariam a objetivar fins particulares, de modo a priorizar determinadas atividades humanas em detrimento de outras.

De acordo com Luiz Edson Fachin, a modernidade estaria construída sobre os seguintes pilares, a saber, “universalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia; [...] da abstração, da racionalidade única, da ausência de contradição no discurso da ciência” (FACHIN, 2003, p. 83).

Acrescenta, ainda, Comparato:

---

<sup>12</sup> A revolução científica do século XVII, corroborada com as descobertas realizadas por Kepler, Galileu, Pascal e Newton, exerceu poderosa influência no ambiente cultural do século seguinte.

Os homens voltaram as costas ao passado, e passaram a perscrutar incessantemente o futuro. A grande vaga dos descobrimentos marítimos e, alguns séculos depois, a Revolução Industrial, convenceram os espíritos mais independentes de que nada, ou quase nada, da experiência e da sabedoria dos antigos tinha valor par ao homem moderno (COMPARATO, 2006, p. 583).

Assim sendo, a tendência nascente à época era a de apartar a ação política das limitações de caráter ético. Como consequência, não seria, pois, a política que organizaria a economia, mas o oposto.

Importante ressaltar que Adam Smith criou a chamada “teoria do preço natural das mercadorias”. Este seria correspondente ao custo de produção. Atribuiu ao desequilíbrio entre oferta e demanda o correspondente aumento ou diminuição do preço de mercado. Contudo, em sua opinião, tal desequilíbrio e, por conseguinte, a variação de preços no mercado, seria tão somente temporária:

“[...] o preço natural é como que o preço central ao redor do qual continuamente estão gravitando os preços de todas as mercadorias. Contingências diversas podem, às vezes, mantê-los bastante acima dele, e noutras vezes, forçá-los para baixo desse nível. Mas, quaisquer que possam ser os obstáculos que os impeçam de fixar-se nesse centro de repouso e continuidade, constantemente tenderão para ele” (SMITH, 1983, p. 85).

Ainda, segundo Comparato (2006, p. 271-272), o embasamento filosófico da teoria de Smith foi trazido por David Hume (1975), segundo o qual, o altruísmo e o egoísmo são princípios naturais inerentes ao ser humano. Assim sendo, deveria haver no homem um equilíbrio de tais sentimentos aliado à concepção utilitária da justiça. Para tanto, imprescindível o predomínio da razão de mercado na vida social e política da humanidade.

Como consequência desse pensamento tem-se que deveria haver a total separação da esfera estatal e da esfera civil. Veja-se:

Propugnando a separação radical entre a esfera do Estado e a da sociedade civil, a burguesia ascendente passou a sustentar, com redobrado vigor, que o exercício do governo existe unicamente para garantir a ordem pública, competindo à iniciativa privada o desempenho exclusivo das atividades econômicas. Qualquer tentativa de regulação global da economia pelo Estado representaria, além da violação de uma liberdade fundamental das pessoas, uma perturbação na ordem natural das coisas (COMPARATO, 2006, p. 583).

No Estado capitalista, a finalidade da organização estatal residiria na tarefa de garantir, e até mesmo, facilitar o exercício livre da atividade comercial, o que propiciaria, ao menos em tese, vantagens a todas as classes sociais, e não somente a uma minoria.

Contraditoriamente à teoria de igualdade econômica e consequente isonomia social entre os povos do mundo moderno, o que se observou foi o fato de que a burguesa foi a única classe social a deter a concentração do poderio econômico à época.

Paralelamente, outro fenômeno que marcou a realidade moderna de modo implacável, foi o surgimento da necessidade de criação de espaços, melhor dizendo, a necessidade de criação de destinatários para o escoamento da produção de bens de consumo introduzida pelo mercado capitalista.

Pode-se afirmar que a primeira fase de expansão mundial do capitalismo, a saber, o chamado capitalismo colonial nasceu com a abertura do caminho marítimo ao Oriente e com a viagem de Cristóvão Colombo às Américas ao final do século XV.

Na opinião de Comparato, “a exploração colonial levada a efeito pelos povos europeus foi essencialmente mercantil, tendo servido a atividade missionária cristã como justificativa ideológica do empreendimento comercial” (COMPARATO, 2006, p. 375-376).

Para Comparato (2006, p. 376), Montesquieu enxergou claramente os fatos na medida em que verificou que o objetivo da colonização era a expansão do comércio, vez que as colônias poderiam comerciar em melhores condições que os povos vizinhos. Foi justamente por isso a obrigatoriedade de que somente a metrópole poderia negociar com suas colônias.

Nesta fase, o tráfico negreiro entre o continente africano e as Américas serviu para a garantia de suprimento de mão-de-obra para a produção de bens agrícolas destinados à exportação, bem como, para a extração de metais preciosos vindos das colônias.

Noutro ângulo, com a passagem do imperialismo mercantil para o industrial, o panorama mundial sofreu mudança radical em seus paradigmas, senão veja-se:

É importante assinalar que a passagem do imperialismo mercantil para o industrial, no século XIX, explica a mudança radical da política do Estado inglês em relação ao tráfico de escravos africanos. Durante todo o século XVIII, os britânicos foram os principais traficantes, controlando no mínimo a metade do transporte de mão-de-obra servil no Atlântico. A Revolução Industrial, porém, forçou-os a uma mudança de 180 graus nesse campo. Como primeiro país transformado pela Revolução Industrial, o Reino Unido deu-se conta, desde cedo, de que a crescente produção de suas indústrias devia ser absorvida, cada vez mais, pelos mercados das colônias, ou ex-colônias europeias. Para tanto, era indispensável aumentar a capacidade de consumo das populações nesses territórios, por meio da expansão do trabalho assalariado. Daí o desenvolvimento de uma política repressora do tráfico de escravos no Atlântico, com o apresamento sistemático de navios negreiros não só em alto-mar, mas até mesmo em águas territoriais de outros países, como sucedeu várias vezes nas costas e em portos brasileiros (COMPARATO, 2006, p. 376).

Ademais, para que as próprias colônias constituíssem fonte consumidora dos produtos da metrópole, o imperialismo capitalista procurou inclusive impor hábitos de consumo à população.

Assim, observa-se que a dominação capitalista das colônias pelas metrópoles possibilitou a implementação do imperialismo moderno. Este, ao invés de ser criado pela dominação estatal, originou-se da dominação política das forças comerciais que, por delegação estatal, eram imbuídas de poder.

Desse modo, o imperialismo mercantil cedeu lugar ao imperialismo industrial, justificado, à época, através de ideologia patriótica e nacionalista, a saber, pela chamada “missão civilizadora europeia”. No entanto, o verdadeiro objetivo das “nações poderosas” era o de fazer das colônias um mercado de consumo dos produtos metropolitanos.

## 2.4 O mundo contemporâneo

A primeira globalização capitalista se deu na segunda metade do século XIX, com a ascensão mundial do capitalismo pós-revolução industrial, período no qual se observou grande aumento das relações comerciais, juntamente com o aumento dos transportes e das comunicações internacionais<sup>13</sup>.

Com isso, observou-se, no mundo moderno, certa tendência de universalização e unificação dos valores sociais, dos costumes e da própria forma de expressão cultural:

No capitalismo industrial, o aumento constante do consumo é a condição *sine qua non* do equilíbrio do sistema. O movimento de formação do mercado mundial conduziu, necessariamente, à homogeneização cosmopolita não só das técnicas de produção, mas também dos hábitos de consumo. Os (mesmos) produtos industriais são consumidos não apenas no próprio país (onde são fabricados), mas em todas as partes do mundo. As antigas necessidades, satisfeitas por produtos locais, cedem lugar a necessidades novas, que exigem, para sua satisfação, produtos de países e climas os mais longínquos (COMPARATO, 2006, p. 416).

---

<sup>13</sup> O século XIX assistiu à invenção do telégrafo, que em pouco mais de cinquenta anos, graças à instalação de cabos submarinos (o primeiro deles em 1851), passou a ligar os quatro cantos do mundo. [...] Em 1876, o engenheiro Thomas Edison obteve uma patente para a exploração do telefone. A primeira transmissão de uma mensagem telefônica internacional ocorreu em 1887, entre Paris e Bruxelas. Três anos após foi possível estabelecer uma primeira comunicação entre Paris e Londres. Além disso, nos últimos anos do século, inventou-se a técnica de projeção cinematográfica, que iria constituir-se num dos mais eficientes meios de difusão cultural e de propaganda (COMPARATO, 2006, p. 418).

Paralelamente, outro fato marcante, à época, foi a transferência de mão-de-obra de um continente para outro através do notável fluxo de emigrações de trabalhadores provenientes, sobretudo, da Europa com destino às Américas. Com isso, pôde-se verificar o aumento do salário médio, àquele tempo, no continente europeu e a respectiva queda do mesmo no continente americano.

Ainda, as guerras foram outro fenômeno que, em muito, contribuíram para o desenvolvimento do capitalismo, sendo certo que a “primeira globalização capitalista” foi marcada pelo surgimento de novas colônias nos continentes africano e asiático:

A partir da segunda metade do século XIX, com efeito, o êxito bélico tornou-se sempre mais dependente do progresso técnico na produção industrial de armamentos, munições e veículos de combate. Desde 1861 e 1866, quando surgiram, respectivamente, a metralhadora e a dinamite, as invenções para fins bélicos multiplicaram-se de modo vertiginoso, e o complexo industrial-militar desencadeou, sob a bela e falsa aparência de obra civilizadora (ou cultural, como preferem qualificar os alemães), a primeira onda de globalização moderna, com o estabelecimento de novos impérios coloniais na África e na Ásia. Entre 1875 e 1915, quase um quarto da superfície do globo terrestre foi distribuído ou redistribuído, sob a forma de colônia, entre meia dúzia de Estados. Antes disso, os Estados Unidos anexaram pelas armas, somente no continente americano, metade do território mexicano em 1848; fizeram intervenções militares em 1824 em Porto Rico, em 1845 e 1847 no México (em preparação à guerra de anexação do ano seguinte), em 1857 na Nicarágua. Antes do final do século, o Estado norte-americano tornou-se senhor do Havaí e das Filipinas, retomando o projeto original de Cristóvão Colombo: alcançar o Oriente pelo Ocidente (COMPARATO, 2006, p. 419-420).

Objetivando atingir resultados semelhantes ao capitalismo colonial, tal sistema de dominação territorial internacional, posteriormente, necessitou ser substituído, principalmente porque, desta feita, os resultados almejados não foram possíveis, vez que os lucros obtidos pela atividade empresarial, utilizando-se do sistema de dominação de colônias, mostraram-se inferiores aos custos assumidos pelos Estados imperialistas na administração dessas mesmas colônias. Essas, ao contrário do que se deu na prática, não deveriam ser fonte de gastos, mas fonte de lucro por representarem, potencialmente, um importante mercado consumidor.

Noutro turno, no Brasil, na vigência do Código Civil de 1916, as relações comerciais eram disciplinadas pela teoria objetiva dos atos de comércio, originada em 1808 na França. Tal teoria preconizava que o Direito Comercial era o direito dos atos de comércio, praticados ou não por comerciantes. Assim sendo, era definido o que é considerado, e o que não é considerado, ato de comércio. Sobre esses últimos incidiria o Direito Comercial, então regulado pelo Código Comercial instituído pela Lei n.º 556 de 1850.

A partir dos anos 30, também em âmbito nacional, inicia-se o fenômeno do “dirigismo contratual”, marcado pela intervenção do Estado na economia. No dizer de Tepedino:

O direito civil – assim como os outros ramos do chamado direito privado, o direito comercial, e o direito do trabalho – assiste a uma profunda intervenção por parte do Estado. Procurou-se com êxito evitar que a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos bolsões de miseráveis – cenário assaz distante do que imaginara a ideologia liberal no século anterior, ou seja, a riqueza das nações a partir da riqueza da burguesia -, tornando inviável, até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. Estamos falando [...] da consolidação do Estado Social.

[...] O legislador deixa de simplesmente estabelecer as regras do jogo, passando a determinar metas econômicas e finalidades sociais a serem atingidas mediante políticas públicas predefinidas. Estabelece, também, incentivos fiscais, subsídios, prioridades em termos de financiamentos e políticas públicas para o acesso à moradia; intervém nas relações locatícias de bens imóveis, bem como na produção, na distribuição e no abastecimento de produtos essenciais (TEPEDINO, p. 117-118).

Ademais, o século XX, marcado pelo início das comunicações em massa através da invenção da radiofonia<sup>14</sup> foi palco de duas grandes guerras mundiais, e, entre elas, da constituição da União Soviética e da ocorrência da grande depressão econômica de 1929. Também, nas décadas de 50 e 60, foi marcado pela independência de mais de uma centena de colônias, através da libertação pelas grandes potências.

Assim sendo, facilmente perceptível que o movimento de globalização continua a se intensificar, notadamente através do mencionado fenômeno da massificação que, por sua vez, passa a ser o modelo de produção preponderante nas relações comerciais, caracterizada, sobretudo, pela padronização na oferta de produtos e serviços (produção em série).

Relativamente à instauração definitiva da massificação como modelo de produção a partir do Século XX, leciona Rizzatto Nunes:

Esse sistema de produção pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a estandardização das relações jurídicas que são necessárias para a transação de bens. A partir da Segunda Guerra Mundial o projeto de produção capitalista passou a crescer numa enorme velocidade, e, com o advento da tecnologia de ponta, dos sistemas de automação, da robótica, da telefonia por satélite, das transações eletrônicas, da computação, da microcomputação etc., a velocidade tomou um grau jamais imaginado até meados do século XX (NUNES, 2010, p. 154).

<sup>14</sup> Em 1901, Guglielmo Marconi pôs em prática a sua invenção da radiofonia, ao conseguir a transmissão de uma primeira mensagem transoceânica. O rádio abriu a era da comunicação de massas, que viria a conhecer notável expansão, de meados do século em diante, com a televisão... (COMPARATO, 2006, p. 420).

Assim sendo, a partir da massificação, observa-se que os custos de produção puderam ser consideravelmente reduzidos paralelamente ao aumento da oferta de bens e serviços de modo a atingir maiores e diferentes parcelas da população.

Entretanto, o que se observou foi que as grandes potências mundiais não deixaram de estabelecer outro sistema de dominação, desta feita, indireta, mediante seu poderio financeiro e sobreposição da propriedade intelectual sobre as técnicas de produção.

Após a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente, a partir do ano de 1950, o capitalismo encontrava-se em plena expansão, gerando, por conseguinte, estabilidade monetária. Contudo, em 1973, ocorreu a primeira crise do petróleo.

Desse modo, a “segunda globalização capitalista” iniciou-se em um panorama de sensível diminuição do consumo a nível mundial, paralelamente à existência de um excedente de produção, acompanhado pelo aumento da inflação.

Em todo o mundo, foram adotadas as chamadas “políticas de ajuste”, ou seja, foram adotadas medidas de austeridade, entre as quais pode-se mencionar: aumento de tributos, redução das despesas públicas, privatização de empresas públicas, abertura de fronteiras à importação, entre outras.

Com isso, por detrás de uma argumentação ideológica, as grandes potências buscaram o enfraquecimento do poder de direção econômica dos países subdesenvolvidos, o que acabou por gerar o endividamento desses mesmos Estados no mercado interno, bem como, no mercado internacional.

Ora, à medida que encolhia o poder dos Estados pobres de intervir nos seus mercados internos, assistiu-se a um reforço considerável do poder de regulação econômica dos organismos internacionais, sob controle das grandes potências. O FMI passou a condicionar seus financiamentos à aceitação de programas ditos de ajuste estrutural. Quanto à Organização Mundial do Comércio (OMC), que assumiu em 1994 a sucessão do GATT, ela impôs medidas de liberalização comercial e de respeito amplo aos direitos de propriedade intelectual, medidas que acabaram por suprimir, de fato, a margem de manobra dos países pobres no estabelecimento de políticas de desenvolvimento nacional, ao mesmo tempo que provocavam uma transferência importante de recursos financeiros desses países, em proveito das grandes potências econômicas (COMPARATO, 2006, p. 425-426).

Isso quer dizer que “[...] nesse sistema, ganha-se muito mais com serviços financeiros ou de simples intermediação, ou mesmo em operações especulativas, que nada produzem, do que na produção de bens para o mercado” (COMPARATO, 2006, p. 428).

Seguramente, a “segunda globalização capitalista” pode ser caracterizada pela mudança do capitalismo industrial para o capitalismo financeiro, no qual as relações de

cooperação econômica, devidamente supervisionadas pelo Estado e pela sociedade, substituem as relações capitalistas de propriedade e concorrência empresarial.

Outro fenômeno observado em âmbito nacional foi a sucessão do Estado Social pelo Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição Federal de 1988. Ainda, observou-se o deslocamento da regulamentação de determinadas matérias do direito civil, a saber, o deslocamento da previsão legal do Código para os Estatutos (leis especiais mais amplas, ou seja, com maior abrangência). Nesse sentido, leciona Tepedino:

No Brasil, os exemplos são inúmeros, destacando-se a Lei de Locações Prediais e Urbanas, de 1991, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. Todos esses diplomas legislativos têm em comum a preocupação com a funcionalização das relações patrimoniais à dignidade da pessoa humana [...].

A partir daí, três significativas conquistas se estabeleceram fortemente na cultura jurídica brasileira [...].

A primeira conquista é a descoberta do significado relativo e histórico dos conceitos jurídicos, antes vistos como neutros e absolutos. [...] fomos forçados a reconhecer a insuficiência das noções de contrato de propriedade ou de família do direito romano, deslocadas de seus respectivos contextos histórico e cultural.

[...] A segunda conquista da cultura jurídica contemporânea é a superação da rígida dicotomia entre o direito público e o direito privado. O surgimento de institutos no âmbito das novas tecnologias, do direito bancário, da bioética e do biodireito, dizendo respeito à reprodução assistida, aos transplantes de órgãos, ao transexualismo e à engenharia genética, bem como os desafios relativos à responsabilidade civil, mostram a insuficiência dos compartimentos antes previstos para a sua classificação, não se podendo afirmar, diante da realidade social emergente, que os novos institutos se situam exclusivamente no campo do direito público ou do direito privado. [...]

A terceira conquista, finalmente, revela-se na absorção definitiva, pelo Texto Constitucional, no Brasil como alhures, dos valores que presidem a iniciativa econômica privada, a família, a propriedade e demais institutos do direito civil [...] inserindo-se [...] na ordem pública constitucional [...] (TEPEDINO, 2003, p. 119-120). Grifo nosso.

Ainda, tem-se que, segundo Tepedino (2003, p. 125), a cultura jurídica da pós-modernidade possui quatro características centrais, a saber: “o pluralismo, a comunicação a narrativa e o *revivel* dos direitos humanos – espécie de retorno aos sentimentos”.

Nos dizeres do mencionado autor:

A comunicação e o pluralismo falam por si. É inegável a rapidez e a eficiência das comunicações, interferindo diretamente nos modelos e disciplinas contratuais. Igualmente o pluralismo de fontes legislativas, intensificado pela produção sempre crescente de normas supranacionais. Com relação ao retorno aos sentimentos, identifica-se com efeito no direito contemporâneo uma especial atenção para com os direitos humanos e, no caso do nosso direito civil, para com a repersonalização [...] quase como uma forma de reação à impessoalidade e à massificação ditadas pelas leis de mercado, na onda da globalização (TEPEDINO, 2003, p. 125).



Necessário, ainda, observar que a empresa passa a apresentar-se como realidade fática, fenômeno econômico, e não somente como figura abstrata ou jurídica, de modo que o próprio sentido que se dá à mesma é conferido a partir da figura do empresário, a saber, a partir do exercício e prática da atividade produtiva<sup>15</sup>.

Nesse viés, observa Sérgio de Abreu Ferreira:

No compasso das novas estruturas sociais que surgiram no mundo pós-revolução industrial, diante das modificações no padrão de riqueza, a liberdade privada voltou-se para a produção de bens necessários à vida urbana e o exercício do poder jurídico dela decorrente passou a ser utilizado no sistema capitalista para o desenvolvimento da atividade econômica que se estruturou em torno da empresa.

Na sociedade contemporânea, em que a ordem econômica prepondera no contexto social, político e jurídico, a organização da atividade profissional em torno da empresa passa a exercer função preponderante [...]

Na noção de empresa encontramos a convergência do princípio da autonomia privada no meio econômico, que se manifesta pelo poder do empresário ao dispor em sua atividade profissional à realização de negócios jurídicos indissociáveis dos aspectos econômicos e mais recentemente dos aspectos sociais, que lhe são relevantes nas práticas mercantis sobretudo no mercado de consumo globalizado (FERREIRA, 2009, p. 512-514).

Paralelamente, no Direito, de acordo com Fachin, tal período pode ser caracterizado pela “[...] razão normativa como fonte estatal única e a autonomia da vontade como sustentadora do sujeito universal. O pluralismo de fontes, [...] a intervenção estatal na economia do trânsito jurídico, as relações de massa e de consumo [...]” (FACHIN, 2003, p. 83).

Nesse mesmo sentido, ensina Rodrigo Almeida Magalhães:

Não se pode mais afirmar que o lucro seja o único objetivo da empresa. Ela passou a ser uma instituição social que pela sua importância, desenvolvimento e influência depende toda a humanidade. Nela, a maior parte da população possui alguma ligação, seja como sócio, seja como empregado ou consumidor. É uma instituição social porque provém a grande maioria de bens e serviços da sociedade e, ainda, dá ao Estado grande parcela de suas receitas fiscais. [...]

Assim, a empresa, além de ser responsável pelo emprego, produção ou intermediação com o consumidor, a qual também é grande responsável pela receita do Estado por meio do recolhimento de impostos, valoriza e melhora o local onde se estabelece.

---

<sup>15</sup> De acordo com Sérgio de Abreu Ferreira (2009, p. 514) o Código Civil italiano de 1942 é um exemplo de sistema jurídico que deduziu o sentido jurídico de empresa a partir da definição de empresário. O mesmo fez o Código Civil brasileiro de 2002, segundo o qual, em seu *artigo 966*: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. *Parágrafo Único*. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Isso acontece porque o Estado democrático de direito, modernamente, deixou de participar diretamente da produção e circulação de bens e serviços, deixando espaço para a livre iniciativa, que se transformou no projeto de desenvolvimento econômico da sociedade. Contudo, o desenvolvimento econômico estará vinculado ao desenvolvimento social [...]. Os dois unidos conseguem alcançar o princípio da dignidade humana, já que, em nome do desenvolvimento econômico, o ser humano jamais poderá ser desprezado e, para o desenvolvimento social, o progresso, a produção não serão esquecidos (MAGALHÃES, 2007, p. 339-340). Grifo nosso.

Relativamente à sociedade contemporânea, tem-se que, no dizer de Francisco Amaral:

Particularmente na segunda metade do séc. XX, revoluções na ciência e na tecnologia provocam-lhe sensíveis mudanças. A medicina, com a descoberta de novos fármacos e a realização de transplantes, a biologia, com as novas técnicas de reprodução assistida, controle da hereditariedade e engenharia genética e, principalmente, o advento da tecnologia da informação, com a rapidez na transmissão do conhecimento, tudo isso contribui para mudanças radicais na sociedade contemporânea e a tornam completamente diversa da anterior. Pode-se, por isso, afirmar que se vive hoje na sociedade pós-moderna ou pós-industrial, dominada pelo conhecimento científico e pela riqueza de informações, marcada pelo pluralismo e por elevado grau de complexidade, pela revolução da técnica, pela mundialização da economia e pela massificação dos meios de comunicação (AMARAL, 2003, p. 73).

O excesso da capacidade de produção existente à época trouxe a necessidade do recurso à publicidade comercial: “A partir de 1998, o mundo capitalista entrou na fase crítica, em que os gastos com publicidade e propaganda aumentam, ano a ano, em ritmo maior do que o crescimento da produção mundial” (COMPARATO, 2006, p. 424).

Paralelamente, a teoria da empresa introduzida ainda na primeira metade do Século XX pelo Código Civil italiano como uma nova concepção empresarial, passou a influenciar diretamente a legislação nacional, acabando por propiciar a necessidade de unificação das atividades empresariais, caracterizada por não mais haver distinção entre Direito Civil e Direito Comercial. Em outras palavras, no Brasil, não mais existiriam divisões entre atos civis ou atos mercantis, prevalecendo o modo como a atividade econômica é realizada.

Nesse sentido, o agente do comércio deixou de ser a figura do comerciante para ser a própria empresa comercial. Em igual sentido, o foco da teoria da empresa encontra-se na própria empresa e não na classificação do ato econômico que a origina.

Assim sendo, no Brasil, tal fenômeno se deu formalmente através da inserção, no Código Civil de 2002, de livro dedicado ao Direito de Empresa (Livro II da parte especial,

abrangendo os artigos 966 a 1195). Com isso, restou revogada toda a matéria contida na primeira parte do Código Comercial de 1850.

Segundo Giselda Hironaka:

Ao lado do Direito Civil, e como um indispensável e importante par, situa-se [...] o Direito Comercial. Juntos têm o contorno da unicidade do Direito Privado [...]. Esta dependência conceitual do Direito Comercial com a teoria dos atos de comércio, com a atividade mercantil, enfim, já se encontra ultrapassada, de sorte a ser atual e sadia a transposição, para o centro do Direito Comercial moderno, da figura da *empresa*. Esta postura nova tem sido defendida por inúmeros juristas de primeira linha em todo o mundo contemporâneo. [...]

Preferiu, o legislador do novo Código Civil brasileiro, revogar toda a primeira parte do Código Comercial de 1850, passando a disciplinar em capítulo próprio a atividade empresarial, normatizando quem pode ser empresário, o que é estabelecimento, o que é empresa, suas formas e modos de constituição, etc., avocando a si o regime das empresas que dependam de autorização governamental pra funcionar ainda que sem prejuízo de lei especial) e resgatando a distinção entre empresa nacional e empresa estrangeira. Regulamentou a alienação de bens da empresa e fixou a responsabilidade do administrador da empresa, que, sócio ou não, passará a responder solidariamente pelos prejuízos que a empresa causar à sociedade ou à população em geral, como aqueles gerados pela poluição ou degradação do meio ambiente (HIRONAKA, 2003, p. 101-102). Grifo nosso.

Necessário salientar que a terceira parte do Código Comercial de 1850 já havia sido revogada pela Lei de Falência e Concordata (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945), de modo que, aquele Código remanesceu somente no tocante à parte segunda, que disciplina o comércio marítimo.

Sob o ponto de vista material, o Direito de Empresa passou a congregiar matérias consideradas, anteriormente, como civis e outras classificadas como comerciais. Passou a conter, portanto, as normas reguladoras da produção e da troca, ou melhor, dispor do direito regulamentador da atividade econômica organizada, relativamente à produção e circulação de bens e serviços.

Nesse diapasão, os benefícios como falência e recuperação judicial restaram estendidos a todos os empresários, sejam individuais (pessoa física), sejam sociedade (pessoa jurídica). A única exceção é a prevista pelo parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002:

**Art. 966.** Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

**Parágrafo único.** Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

A legislação falimentar brasileira, por sua vez, foi reformada com a entrada em vigor da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 em substituição ao Decreto-lei n.º 7.661, de 1945, objetivando, sobretudo preservar as empresas em crises econômico-financeiras.

Nos dizeres de Eduardo Goulart Pimenta:

Orientada pela inatacável constatação de que a economia moderna e a própria organização social estão essencialmente atreladas à empresa, a Lei n. 11.101/05 se propõe a ser um instrumento de manutenção da unidade produtiva e de defesa do interesse público agregado em torno de tais organizações privadas.

Por outro lado, o instituto da recuperação de empresas, tanto em sua forma judicial quanto extrajudicial, somente se implementa pela adesão voluntária dos credores aos termos do plano apresentado pelo devedor (art. 56, § 4º, da Lei n. 11.101/05). Tem-se então que a recuperação de empresa, embora instituída para atender precipuamente a auspícios de caráter publicista, está atrelada à autonomia e aos interesses privados daqueles que legalmente podem decidir pela recuperação ou falência da empresa em crise (PIMENTA, 2007, p. 292).

Assim sendo, a recuperação da empresa passou a ser fruto de uma escolha dos credores tendo-se em vista os incentivos econômicos que os farão aderir ao plano de recuperação, viabilizando, sobretudo, a recuperação do próprio crédito, ainda que de forma parcial.

Os títulos de crédito passaram a ser matéria do Direito das Obrigações. Relativamente às sociedades, não mais são divididas em civis ou comerciais, mas em sociedades empresárias e sociedades simples, classificadas segundo o exercício, ou não, de atividade econômica disciplinada, organizada, com o objetivo de lucro. Por derradeiro, verificou-se que a regulamentação consumerista ficou a cargo de legislação própria – o Código do Consumidor, instituído pela Lei n.º 8.078/90, verdadeiro microsistema de defesa do consumidor.

### 3 O MICROSSISTEMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

#### 3.1 O fenômeno da descodificação e o surgimento dos microssistemas jurídicos

A partir do Século XX, no Brasil, verifica-se que a ideia de codificação foi sendo paulatinamente abandonada diante da percepção fática de que nenhum Código poderia abranger todas as normas necessárias à regulamentação de diferentes matérias. Tal percepção se deu em um contexto no qual se verificou a ampla valorização dos direitos sociais como forma de concretização da chamada justiça distributiva ou também “justiça social”.

Sobre tal período, assim se manifesta o Prof. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior:

[...] a formação histórica do Direito Civil brasileiro demonstra que a imposição de direitos sociais a uma sociedade politicamente desorganizada e desconhecadora de seus direitos civis é diretamente responsável pelo desenvolvimento da ideia de que o *novo Direito Civil* a ser implementado no Brasil teria que ter conteúdo mais social que individual, mais centrado na redução das desigualdades do que na garantia da liberdade e da propriedade; afinal, a tradição autoritária da política brasileira pouca relevância confere aos direitos civis e à sua importância na formação dos direitos políticos e sociais. Ao contrário, não raro aqueles direitos são vistos como incompatíveis com os direitos sociais. O *bom cidadão* seria aquele que abdica de seus direitos civis em prol da sociedade. A propriedade somente mereceria proteção jurídica quando posta a serviço do bem comum e de sua função social, assim como a empresa e os contratos. Enfim, a cidadania não consistiria na soma de direitos civis, políticos e sociais; significaria, sobretudo, a sujeição dos direitos civis aos sociais (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 54).

Concomitantemente, surge a tendência à descodificação, e conseqüente aparecimento dos microssistemas jurídicos.

A respeito preleciona o Prof. Salomão de Araujo Cateb:

No Brasil atravessamos profundas modificações desde o período colonial até a legislação vigente. Determinados grupos de pensamento buscam reformar o estatuto vigente, criando minissistemas, postulando pela descodificação do direito. Dir-se-ia que a fuga dos Códigos se deu por uma imperativa intervenção do Estado, na solução de um problema que se agravou com o tempo, especialmente com a primeira conflagração mundial, ou seja, as leis do inquilinato. No Brasil, por exemplo, surge, em 1934, o Decreto n. 24.150, legislação que vigorou por décadas (CATEB, 2011, p. 275).

Os fenômenos da descodificação e surgimento dos microsistemas jurídicos também foram descritos por César Fiuza, senão veja-se em suas palavras:

A descodificação, entendida como processo de abertura e quebra de monopólio dos códigos, já vinha há muito ocorrendo. O Código Civil foi elaborado sob a inspiração do Estado Liberal burguês, do século XIX. Não se adequava, evidentemente, às aspirações do emergente Estado Social, instalado no Brasil já no início do século XX. Como consequência, teve de se abrir. Em outras palavras, sua harmonia interna foi logo quebrada, seja pela interpretação da doutrina e dos tribunais, seja pela vasta legislação especial que o acompanhou desde seus alvares. Por outros termos, mal o sistema civilístico se codificou, teve início o processo de sua descodificação. [...]

Se, por um lado, o Código Civil ocupava o centro de sistema, por outro, em sua periferia, nos entornos do Código, começaram a se formar pequenos microsistemas: o da família e dos menores; o do inquilinato; o dos contratos imobiliários; o dos condomínios; o dos títulos de crédito; o do consumidor, sem falar em microsistemas que, de certa forma, desde o início, se tornaram independentes, como o do trabalho<sup>16</sup>.

Esses microsistemas, apesar de girarem em torno do Código Civil, têm vida própria. São, em grande parte, interdisciplinares, inspirando-se em princípios não só de Direito Privado como também de Direito Público. É o que ocorre, por exemplo, com os microsistemas do consumidor, da família e outros (FIUZA, 2003, p. 30). Grifo nosso.

Nesse sentido, corrobora Marcelo Galuppo:

A crise da civilização ocidental, cujas sociedades apresentam-se hipercomplexas, revela a impossibilidade de se reduzir a uma unidade a pluralidade de fatores e de projetos de vida que integram essas sociedades. Nesse contexto, em que nem a Constituição pode ser pensada como o resultado de uma unidade e de um consenso de fundo de uma sociedade dividida em vários projetos de vida, um Código unitário, racional, axiomático, que implicasse a hierarquização de projetos de vida que se pretendem iguais, não seria mais adequado para regular as relações privadas.

As soluções que se apresentam seriam, de um lado, a reconstrução de microsistemas por parte da doutrina, que implicaria a multiplicação ao infinito dos microsistemas jurídicos [...], ou, de outro lado, à rejeição da tentativa, sempre frustrada, de se reconstruir sistemas axiomáticos no Direito. [...]

Essa última possibilidade não descartaria a construção de sistemas, mas reconheceria que os sistemas criados são problemáticos (reconstruídos a partir de problemas), e não axiomáticos<sup>17</sup>; móveis (ou seja, abertos, no sentido de serem sempre porosos à influência de pontos de vista externos a cada sistema), e não fechados; (re)construídos posterior e retrospectivamente à legislação (sempre norteados pelo problema), e não anterior e previamente pelo legislador [...] (GALUPPO, 2003, p. 181-182). Grifo nosso.

<sup>16</sup> O projeto do Código Civil de 1916 foi concluído em 1899, ou seja, sob o paradigma do Estado Liberal. Não obstante, logo em seguida ao início de sua vigência, necessidades sociais e econômicas fizeram surgir o Estado Social. Por sua vez, o Código Civil de 2002 foi pensado em termos de Estado Social, tendo sido seu projeto elaborado em 1963. No entanto, o referido diploma legal nasceu sob o paradigma do Estado Democrático de Direito inaugurado a partir da vigência da Constituição Federal de 1988.

<sup>17</sup> De acordo com Galuppo (2003, p. 182), “um sistema axiomático é aquele que exclui, por definição, a construção de outros sistemas.”

Por sua vez, Paulo Luiz Netto Lôbo, também se manifesta acerca do necessário surgimento dos microsistemas jurídicos:

Enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado liberal, principalmente no século XIX (no Brasil, até a Constituição Social de 1934), os códigos civis desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo. [...]

Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, entretanto, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente. [...]

Proliferaram [...] as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do direito, no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados “códigos”, em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor -, dotados de natureza multidisciplinar. A variedade de problemas que envolve o trato legal dessas matérias não pode estar subsumida nas codificações tradicionais, pois, quase sempre, além das relações civis, reclamam o disciplinamento integrado e concomitante de variáveis processuais, administrativas e penais. No entanto, esses novos direitos são informados necessariamente de dados atualmente irrefutáveis de vários ramos das ciências ou da ética (LÔBO, 2003, p. 203-205). Grifo nosso.

Assim sendo, a visão sistemática e abrangente do Código Civil é substituída pela tendência hodierna de particularização do direito em microsistemas específicos, de conteúdo independente, ou seja, unitário, materialmente falando, mas, ao mesmo tempo, interdisciplinar, na medida em que diversos ramos do direito, a saber, o civil, o penal, o administrativo são interiorizados nesses mesmos minissistemas, para a correspondente tutela do direito então disciplinado.

Outra tendência contemporânea é a da constitucionalização do Direito Civil, caracterizada, sobretudo pela interpretação das normas civilísticas em consonância e a partir dos preceitos constitucionais.

Nas palavras de Sampaio Júnior:

Pela perspectiva civil-constitucional, as novas fronteiras do Direito Civil seriam transpostas pelo *ser* e pelo *social*, em detrimento do *ter* e do *individual*. Adaptando-se ao comando constitucional que preza a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social [...], o *novo Direito Civil* caracteriza-se por estar imbuído de novos valores, a orientarem o legislador, o magistrado e o indivíduo em suas relações intersubjetivas (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 72).

Continua, ainda, o referido professor:

A constitucionalização do Direito Civil deve ser entendida no sentido de que a legislação civil infraconstitucional encontra na Constituição da República o seu fundamento de validade, como hoje é reconhecido pela Teoria Geral do Direito, e não que os institutos civis tratados pela Carta Política teriam migrado para o Direito Público (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 75).

É cediço que, de igual forma, ao ordenamento codificado é sobreposta a previsão e vigência de normas fundamentais, aptas a materializar os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988. É, pois, nesse panorama, que se dá o surgimento de diferentes microssistemas, hoje, inseridos no Ordenamento Jurídico brasileiro, dentre os quais encontra-se o microssistema do Código de Defesa do Consumidor.

## **3.2 O microssistema de proteção ao consumidor**

### *3.2.1 A previsão constitucional do CDC*

“A opção por uma “codificação” das normas de consumo, no caso brasileiro, foi feita pela Assembléia Nacional Constituinte. A elaboração do Código, portanto, [...] encontra sua fonte inspiradora diretamente no corpo da Constituição Federal” (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 6).

Assim sendo, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 estabelece no inciso XXXII, do artigo 5º, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, a de que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Ainda, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

A “Defesa do Consumidor” vem também prevista expressamente no texto constitucional dentre os chamados “princípios da atividade econômica”, a saber, no inciso V do artigo 170 da CF de 1988, *in verbis*:



Artigo 170.

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

[...]

V – defesa do consumidor; [...].

Em sendo a defesa do consumidor considerada um dos princípios gerais da atividade econômica, tem-se que o Estado trata a figura do consumidor como elemento crucial na política de relação de consumo, de modo que, ao se posicionar na defesa dos interesses do consumidor, o Estado acaba por garantir a proteção e a consequente ampliação do mercado de consumo.

Por derradeiro, mister mencionar, ainda, a previsão contida no § 4º do artigo 173, também da Constituição Federal de 1988, segundo a qual “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Do acima exposto pode-se depreender que a defesa do consumidor não se trata de mera ideologia, mas, ao contrário, é imposição revestida de caráter constitucional.

Desta feita, o Estado assume, ao mesmo tempo, a função positiva de implementar a defesa do consumidor, e a função negativa de invalidar todo e qualquer ato dos agentes econômicos que possa prejudicar ou efetivamente venha a prejudicar o consumidor.

### *3.2.2 O código de defesa do consumidor*

Na visão dos autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 4), dentre os aspectos fundamentais que marcaram o nascimento e o desenvolvimento do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma, pode-se destacar: o fato de o homem do século XX viver em uma sociedade de consumo caracterizada por um crescente número de produtos e serviços, aliado ao domínio do crédito e do *marketing*, bem como, a dificuldade de acesso à justiça.

Na opinião de André Franco Montoro, o Código de Defesa do Consumidor foi instituído para atender à nova realidade existente à época de sua edição, senão veja-se, em suas palavras:

Em consequência da revolução industrial e principalmente tecnológica do século XX, e com o surgimento dos processos de industrialização e consumo de massa, a legislação brasileira (Código Civil, Código Comercial, Código Penal e demais leis esparsas) mostrou-se insuficiente para regular o novo mercado de consumo que surgia.

Assim o novo Código foi instituído para atender a essa nova realidade (MONTORO, 2011, p.480).

Ainda, nas palavras da Profa. Miriam de Abreu Machado e Campos:

Para ressaltar a importância do CDC, entre outras revoluções operadas por ele, deve ser lembrado que, até a promulgação do CDC, o Brasil, por mais inacreditável que seja, não contava com qualquer disciplina legal para os arquivos de consumo (MACHADO E CAMPOS, 2011, p. 162).

Por conseguinte, a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, através da Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, verifica-se o surgimento de ramo autônomo do Direito Privado, a saber: o Direito do Consumidor.

O Direito do Consumidor é, pois, aquele ramo do Direito Privado constituído pelo conjunto organizado e harmônico de normas e princípios aptos à proteção integral da figura do consumidor.

Para os autores do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, o Código Brasileiro do Consumidor tem verdadeiro caráter de microssistema jurídico, tratando-se de lei de cunho inter e multidisciplinar, senão veja-se em seus dizeres:

[...] ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito [...].

Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processuais Civil e Penal, Administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque a *vulnerabilidade do consumidor* ante o fornecedor, e sua condição de *destinatário final de produtos e serviços*, ou *desde que não visem a uso profissional* (GRINOVER; BENJAMIN; FINK et al, 2011, p. 11).

Nesse sentido, enfatiza Ricardo Luis Lorenzetti: “Estamos em presença de um verdadeiro microssistema de proteção ao consumidor, que exhibe seus princípios, normas, fontes de criação, doutrina e jurisprudência particularizados” (LORENZETTI, 2003, p. 225).

De acordo com Rizzatto Nunes:

É preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, tendo sido criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro.

[...]

Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente esse fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior –, sendo aplicável às outras normas apenas de forma supletiva e complementar (NUNES, 2010, p. 153).

Desse modo, irrefutável que, não obstante as regras do Código de Defesa do Consumidor restarem-se submetidas à Constituição Federal, as mesmas encontram-se inseridas em um sistema próprio, ou melhor, dentro de um subsistema autônomo, de modo que todas as demais normas infraconstitucionais só terão incidência e eficácia sobre as relações consumeristas e seus desdobramentos, na pendência da existência de lacunas, ou de forma complementar àquela legislação.

Acrescenta, ainda, Rizzatto Nunes:

A Lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem.

As normas gerais principiológicas, [...] têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores. As regras básicas que justificam essa forma de interpretar são, em primeiro lugar, a preponderância dos princípios, e, depois, a estabelecida no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe:

“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (NUNES, 2010, p. 156).

Importante, ainda, asseverar que, no que diz respeito às normas constitucionais, deve-se equiparar o consumidor a todo e qualquer cidadão, sendo certo que, os princípios e as normas previstos na Constituição Federal para a garantia dos direitos dos cidadãos devem, da mesma forma, ser prontamente aplicados à pessoa física do consumidor. Corroborando com essa afirmação, leciona Rizzatto Nunes: “[...] os princípios fundamentais instituídos no art. 5º da Constituição Federal são, no que forem compatíveis com a figura do consumidor na relação de consumo, aplicáveis como comando normativo constitucional” (NUNES, 2010, p. 67).

### *3.2.3 Os princípios do código de defesa do consumidor*

A Lei n.º 8.078 estabelece os chamados princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. Relativamente a estes princípios, Rizzatto Nunes ensina que:

São eles o do protecionismo e do imperativo de ordem pública e interesse social, que permite, por exemplo, que o magistrado aplique as regras legais *ex officio* (art. 1º); o da vulnerabilidade (art. 4º, I); o da hipossuficiência (art. 6º, VIII); o do equilíbrio e da boa-fé objetiva (art. 4º, III); o do dever de informar (art. 6º, III); o da revisão das cláusulas contrárias (art. 6º, V); o da conservação do contrato (art.6º, V); o da equivalência (art. 4º, III c/c o art. 6º, II); o da transparência (art. 4º, *caput*) e o da solidariedade (parágrafo único do art. 7º) (NUNES, 2010, p. 157). Grifo nosso.

Veja-se, pois, a análise individualizada dos principais princípios norteadores do código consumerista:

### 3.2.3.1 Princípio da não-abusividade

Ainda que as cláusulas contratuais sejam todas legais, poderá haver abusividade no caso concreto.

Desse modo, importante lembrar que cláusulas abusivas são nulas de pleno direito de acordo com os incisos I a XVI do artigo 51 do CDC.

No entanto, necessário asseverar que, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, a nulidade de uma cláusula abusiva não invalida o contrato, a não ser quando, a partir da supressão dessa mesma cláusula abusiva, decorra ônus excessivo a qualquer das partes.

Assim sendo, verifica-se que, do princípio da não-abusividade decorre outro princípio, a saber, o da conservação dos contratos, segundo o qual os contratos devem preferencialmente prevalecer, devendo ser feito, pelas partes, necessário esforço de integração das cláusulas contratuais, mas desde que disso não decorra onerosidade excessiva a nenhum dos contratantes.

Dessa assertiva, pode-se verificar que outro princípio geral do CDC é o da revisão das cláusulas contrárias que, por sua vez, prevê a possibilidade de modificação ou de revisão das cláusulas de um contrato consumerista na pendência da ocorrência de fatos supervenientes que acarretem onerosidade excessiva às partes, ou desproporção entre as prestações convencionadas.

### 3.2.3.2 Princípio da Vulnerabilidade e Princípio da Hipossuficiência

A vulnerabilidade é geral e alcança a todos os consumidores. A hipossuficiência, por sua vez, abraça tão somente alguns consumidores em situações específicas.

Ainda, tem-se que nem todo consumidor vulnerável é hipossuficiente, mas todo consumidor hipossuficiente é vulnerável.

Dessas afirmações, se conclui que “hipossuficiente” é termo afeto ao direito processual, enquanto que “vulnerabilidade” é conceito concernente ao direito material do consumidor.

Na visão de Paulo Lôbo:

A relação contratual de consumo caracteriza-se pela ostensiva e necessária tutela do consumidor, qualificado como juridicamente vulnerável, para delimitação e contenção do poder negocial dominante do fornecedor. Essa tutela é indisponível e se dá apesar da inércia ou manifestação de vontade em contrário do próprio consumidor, porque ela decorre de uma presunção legal absoluta de vulnerabilidade, por força do que dispõem o art. 170, V, da Constituição e o art. 4º, I, do CDC. Também é absoluta a presunção legal do poder negocial dominante do fornecedor, ainda quando se depare com consumidor economicamente mais forte. Não se protege ou se tutela o consumidor determinado, mas sim o conjunto dos consumidores (tipo médio) que sejam destinatários de determinados produtos ou serviços lançados no mercado de consumo (LÔBO, 2011, p. 31).

Quanto aos riscos apresentados pelos produtos e serviços esclarece, a respeito, Marcelo Junqueira Calixto:

Somente a informação precisa dos riscos apresentados pelo produto, de resto imposta legalmente ao fornecedor (CDC, artigo 8º), pode atenuar esta forma de vulnerabilidade. Pense-se na aquisição de remédios pelo consumidor. A vulnerabilidade jurídica ou contábil apresenta-se como a ignorância do valor e do alcance dos termos jurídicos empregados em um contrato ou como a impossibilidade de realização de uma perícia contábil pelo consumidor. (CALIXTO, 2004, p. 15).

Quanto à vulnerabilidade fática, tem-se que: “[...] revela-se no desconhecimento, pelo consumidor, das qualidades intrínsecas do produto, dos meios empregados em sua produção ou dos riscos que o mesmo possa apresentar” (CALIXTO, 2004, p. 14).

Já Vivian Priscila Vidal Pacheco, em seu artigo denominado “Telefonia Móvel: Prática Abusiva de Promoções”, assim se manifesta quanto à vulnerabilidade jurídica e informacional do consumidor:

A vulnerabilidade jurídica é presumida quanto ao consumidor pessoa física, na medida em que este não possui conhecimentos especializados capazes de avaliar a adequação legal do contrato que está firmando.

Tem-se tal presunção como fonte irradiadora do dever do fornecedor de informar, em razão da complexidade da relação contratual conexa, seus múltiplos vínculos cativos e a falta de clareza, principalmente das cláusulas constantes de contratos de adesão, utilizados em massa na atualidade.

Sob essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que “[...] nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga”. (REsp nº 311.509-SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 25.06.01).

[...]

Já a vulnerabilidade informacional é intrínseca à sociedade de consumo, onde a informação é abundante, mas, por vezes, manipulada pelo fornecedor com o intuito de confundir o consumidor (PACHECO, 2010, p. 40-42).

Relativamente à hipossuficiência, o Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 6º, inciso VIII, que a defesa do consumidor hipossuficiente será facilitada, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor em detrimento do fornecedor que figurar como parte contrária no processo civil.

De qualquer forma, ambos os princípios, a saber, da vulnerabilidade e da hipossuficiência, procuram atenuar as vantagens atreladas à própria figura do fornecedor de produtos e serviços, sendo certo que o mesmo encontra-se em posição superior na relação de consumo relativamente ao consumidor, principalmente porque, na grande maioria dos casos, é o fornecedor quem detém a supremacia fática, jurídica, técnica e até mesmo econômica em relação ao consumidor.

### 3.2.3.3 Princípio de ordem pública e interesse social

A defesa do consumidor é princípio de ordem pública e interesse social sendo, portanto, indispensável. Desse modo, não pode ser renunciada ou mesmo objeto de transação, sobretudo por ser garantia fundamental constitucionalmente prevista.

Pode-se afirmar que a defesa do consumidor, além de expressamente prevista pela Constituição Federal de 1988, advém do próprio princípio da igualdade, consagrado no caput do artigo 5º da mesma Carta Magna.

Nos dizeres de Rosilene Gomes da Silva Giacomini, apostados em sua dissertação de defesa de Mestrado em Direito Empresarial:

O artigo 5º da Constituição da República proclama que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Vale ressaltar que a igualdade perante a lei, além de ser uma exigência do Estado Democrático de Direito, é pressuposto do exercício da cidadania. E, para que isso possa funcionar, é necessário que os cidadãos sejam respeitados em suas diferenças, ou seja, os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais. A consagração desse princípio na Carta Magna significou a quebra de diversas barreiras preconceituosas (GIACOMINI, 2011, p.68).

Ora, tal não poderia ser diferente no âmbito consumerista, ou melhor, na relação estabelecida entre consumidores e fornecedores. É nessa medida que a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos só terão validade caso as normas do contrato de consumo estejam em consonância com o Código de Defesa do Consumidor.

Também, é justamente da relevância social da tutela das relações consumeristas que advém o fato de que o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado de ofício pelo julgador, sendo certo que, nesta mesma linha, o magistrado pode, ainda, revisar contratos justamente fundando-se para tal, na ordem pública e interesse social.

#### 3.2.3.4 Princípio do risco da atividade econômica

Este princípio encontra-se implícito no texto constitucional quando foi consagrado o sistema capitalista e a economia de mercado nacional.

Significa que o risco da atividade econômica pertence ao fornecedor.

Por certo, é lícito que o fornecedor venha a empreender tentativas na diminuição do risco de sua atividade econômica. Contudo, ao mesmo é vedado transferir tal risco ao consumidor.

Não obstante, imperioso ressaltar que também aos fornecedores organizados sob a perspectiva de pessoas jurídicas, são estendidos os direitos da personalidade e os princípios

fundamentais, à semelhança das pessoas físicas, na medida em que pessoas físicas e pessoas jurídicas são entes sujeitos de direitos e deveres na ordem jurídica.

Nesse sentido, leciona o Prof. Vinícius José Marques Gontijo:

[...] o art. 52 do Código Civil prescreveu coerentemente com a acepção técnica da expressão *pessoa*, a extensão dos direitos da personalidade às pessoas “jurídicas”, a partir daqui usada na sua acepção escrita, querendo dizer os entes públicos (tais como a União, os Estados e o Distrito Federal – art. 41, CC) e os privados (tais como as sociedades, fundações e partidos políticos – art. 44, CC), evidentemente naquilo em que couber, até porque, por exemplo, não tendo a pessoa “jurídica” um corpo humano, dele não poderia mesmo dispor (art. 13, CC). [...]

[...] se a entidade tem direito subjetivo assegurado pela ordem jurídica à personificação, que se dá por constituição e registro (art. 45, CC), deve mesmo lhe ser assegurado os direitos da personalidade que possam ter suporte fático nos elementos que ela possa satisfazer.

Se há autores refratários à extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, restringindo-os às pessoas humanas – mormente os direitos fundamentais, constatamos que isso não tem suporte na legislação brasileira (cf. art. 52 do CC), sendo que tal discriminação não se conjuga nem mesmo com a Constituição da República, que assegura a todos o Princípio da Igualdade (cf. *caput* do art. 5º da CR/1988), aqui compreendido, evidentemente, no sentido material, ou seja, pelo suporte fático-jurídico que autorize sua implementação.

Da mesma maneira, a doutrina e a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, vêm revelando a possibilidade de se estender às pessoas jurídicas os direitos da personalidade, inclusive alguns que até recentemente se questionava se eram exclusivos da pessoa “humana”, como, por exemplo, a honra objetiva. Para tanto, aquela Corte editou a Súmula n. 227, que reconhece a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais, exatamente por violação à sua honra: *objetiva*.

[...]

Diante do exposto, pode-se afirmar em conclusão a aplicabilidade dos direitos da personalidade e mesmo dos direitos fundamentais a todas as pessoas, inclusive às jurídicas, segundo a sua natureza e seu suporte fático-jurídico (GONTIJO, 2011, p. 355-358).

De igual forma, também o princípio da dignidade deve ser estendido às pessoas jurídicas, senão veja-se o exposto pelo mesmo professor:

Com efeito, o inciso III do art. 1º da Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, cuida assegurar a dignidade da pessoa *humana*. Por outro lado, o *caput* do art. 170 da mesma Lei Fundamental assegura a “*todos*” existência digna.

[...]

Naturalmente, não há palavras inúteis na lei (e, muito menos, na Constituição de um país – que se presume técnica). Portanto, se o inciso III do art. 1º da Constituição da República tratou da dignidade da pessoa humana, o *caput* do art. 170 (inserido no Título da Ordem Econômica e Financeira) do mesmo Diploma somente pode se tratar da outra modalidade de pessoa, qual seja: a jurídica, quando dispõe sobre a dignidade assegurada.



Some-se a isso o fato de que o inciso IX do art. 170 da Carta de 1988 se refere ao tratamento favorecido que deve ser assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte; por óbvio, sem distinção entre pessoas naturais ou jurídicas. Com isso, o legislador constitucional brasileiro externou de maneira expressa qual é a lógica sistêmica do dispositivo, uma vez que o inciso deve ser interpretado segundo o vetor definido no *caput*. O artigo deve ser interpretado como um todo completo e harmônico, assim, se o *caput* prescreveu a existência digna de todos, deve-se interpretar como assegurada à pessoa jurídica tal preceito fundamental. Logo, há um Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e também da Jurídica que, se não for observado, implicará negativa de vigência ao preceito constitucional definido no *caput* do art. 170 da Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, até porque a pessoa jurídica tem os elementos fático-jurídicos de sua natureza que permitem o direito subjetivo a uma existência digna. (GONTIJO, 2011, p. 360-361).

Imperioso, pois, constatar que os princípios gerais do Direito do Consumidor devem ser aplicados em consonância com os princípios constitucionais pertinentes à empresa e ao empresário. Assim sendo, o princípio segundo o qual o risco da atividade econômica pertence ao fornecedor; pessoa natural ou pessoa jurídica, deve ser interpretado em conformidade com o princípio da preservação da empresa que, por sua vez, pode ser identificado como corolário fundamental para a consecução de vários outros princípios consagrados pelo regime capitalista, dentre os quais encontra-se a própria defesa do consumidor.

### 3.2.3.5 Princípio da confiança e princípio da equivalência

Tais princípios decorrem da publicidade da oferta, bem como da própria conduta do fornecedor ao criar no consumidor um desejo legítimo de ver a expectativa nele inculcada, através da oferta publicitária, devidamente concretizada.

Veja-se a afirmação de Marx Amaro Motta em artigo intitulado “Proteção do Consumidor e Livre-Iniciativa”:

[...] não se pode deixar de assinalar os avanços havidos nas práticas comerciais consumeristas, como a melhoria na educação e no grau de conscientização do cidadão decorrentes da divulgação de informações pelos fornecedores de produtos e serviços, inclusive através dos meios de comunicação, não só visando cumprir a lei, mas também satisfazer o consumidor, o que, aliás, reverte-se em favor daquele que assim procede (MOTTA, 2010, p. 61).

Nesse sentido, quanto mais os princípios da confiança e da equivalência são colocados em prática na consecução do negócio jurídico, mais beneficiadas estarão as partes contraentes, neste caso, consumidores e fornecedores.

Assim sendo, o fornecedor deve informar o consumidor positivamente quanto ao produto ou serviço objeto da relação consumerista, sendo certo que tal informação abrange a divulgação e “educação” do consumidor para o consumo adequado e consciente do produto ou serviço ofertado. É nesse sentido que se pode verificar que equivalência e confiança são princípios que andam juntos.

### 3.2.3.6 Princípio da boa-fé objetiva e princípio da equidade

São os princípios segundo os quais deve ser feita interpretação contratual apta a atingir equilíbrio entre as partes contratantes.

Desse modo, importante ressaltar que:

A relação de consumo deve ser harmônica e justa, a fim de que o vínculo entre o fornecedor e o consumidor seja constituído de maneira tal que se estabeleça o equilíbrio econômico da equação financeira e das obrigações jurídicas pactuadas ou contraídas pelos interessados (LISBOA, 2001, p. 108).

Tais princípios podem ser concretizados, na prática, através da criação de deveres entre os contraentes ou através da limitação de direitos, a fim de que se alcance verdadeira harmonia nas relações entre fornecedores e consumidores.

A respeito do princípio da boa-fé, ensina a Profa. Miriam de Abreu Machado e Campos:

Entre os princípios do Direito europeu o que tem maior força e amplitude é, sem dúvida, o da Boa-Fé, que criado pelos pretos peregrinos, no Direito Romano, surge agora com mais força ainda nos tempos atuais, unindo as fragmentações jurídicas, o pluralismo das fontes encontradas, semeando conexões éticas entre as partes, desde o contrato social até o contrato concluído, e, mesmo depois, até a relação obrigacional terminar, em obediência ao dever de cooperação entre as partes, dever esse vinculado à boa-fé. (MACHADO E CAMPOS, 2011, p. 200).

Acerca da adoção do princípio da boa-fé objetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, a mesma autora também preleciona que:

O Brasil recepcionou o Princípio da Boa-Fé (*bonna fides*) em um sentido objetivo, e, mesmo assim, somente no Código de Defesa do Consumidor, na década de 90 e, posteriormente, o princípio foi acolhido pelo Código Civil brasileiro de 2002 [...] <sup>18</sup> (MACHADO E CAMPOS, 2011, p. 161).

Ainda relativamente ao princípio da boa-fé nas relações contratuais, dispõe Luiz Felipe Ribeiro Rodrigues em sua dissertação para defesa de Mestrado em Direito Empresarial:

Não restam dúvidas que o princípio da boa-fé objetiva refere-se mais à interpretação do contrato do que à sua conformação.

A ideia, surgida, há mais de um século no Código Civil alemão buscou uma forma de interpretação dos negócios jurídicos de forma compatível a anseios éticos ligados ao meio social em que o contrato foi celebrado.

Distinta da noção desenhada pela denominada boa-fé subjetiva que se refere ao estado subjetivo ou psicológico do indivíduo em determinada relação jurídica, refere-se o princípio aqui estudado a regras de conduta, a modelos de comportamento social, algo, portanto, externo em relação ao sujeito.

[...]

Tem, assim, a boa-fé objetiva, a função interpretativa, conforme previsão no artigo 113 do CC, no sentido de determinação da intenção ou sentido atribuído pelas partes à declaração contratual.

Não raro, a declaração contratual apresenta deficiências representadas por lacunas, ambigüidades ou obscuridades insanáveis mediante a busca da intenção dos contratantes.

Deverá, então, o intérprete saná-las buscando alcançar a hipotética vontade das partes, analisada, segundo padrões retirados do meio social em que se celebrou o pacto.

Entra em jogo, então a segunda função do princípio, denominada de integradora, que busca eliminar as falhas da declaração negocial. Para tanto, adota-se um modelo de pessoa natural, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência.

[...]

Aponta-se, então, a função supletiva, na medida em que a boa-fé atua criando para os contratantes, deveres anexos, também chamados de laterais, secundários ou instrumentais. Além dos deveres principais que constituem o núcleo da relação contratual, há deveres não expressos cuja finalidade é assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato. Dentre eles destacam-se deveres de informação, sigilo, custódia, colaboração, e proteção à pessoa e ao patrimônio da contraparte.

Pode-se afirmar que a boa-fé, enquanto fonte geradora de deveres encontra-se presente no artigo 422 do CC, ressaltando-se que, embora o dispositivo mencione apenas a conclusão e a execução do contrato, é certo que a boa-fé cria deveres anexos, também, na fase pré e pós contratual.

Por fim, entende-se que a aplicação do princípio tem uma função corretiva na medida em que ocorrer um controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas.

O Código Civil de 2002 traz a boa-fé em função corretiva no art. 187, ao erigi-la em critério de determinação de abuso de um direito quando seu titular, ao exercê-lo, excede, manifestamente, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé e pelos bons costumes (RODRIGUES, 2011, p. 16-18).

<sup>18</sup> O Código Civil Brasileiro recepcionou o princípio da boa-fé objetiva em seu artigo 422.

Dessa forma, o princípio da boa-fé objetiva é aquele segundo o qual a conduta das partes contratantes deve ser pautada na mais absoluta correção e honestidade, de modo a confiarem reciprocamente uma na outra, e de modo a gerar uma interpretação do negócio jurídico que busque atingir efetivamente a consecução do fim almejado quando da declaração contratual, qual seja, o objeto do contrato.

Sobre o princípio da equidade, leciona Paulo Lôbo:

Nas relações contratuais de consumo, o princípio do equilíbrio dos poderes negociais [...] realiza-se mediante o favorecimento do contratante consumidor médio, considerada a conduta abstrata, até o limite do efetivo equilíbrio contratual. A interpretação favorável ao consumidor não pode inverter o desequilíbrio, em desfavorecimento excessivo do contratante fornecedor. A aplicação da regra de interpretação favorável tem alcance idêntico em qualquer modalidade de contratos de consumo, tanto para os negociados quanto para os de adesão a condições gerais. O direito brasileiro, diferentemente de alguns sistemas jurídicos estrangeiros, não limita a regra apenas aos segundos. No contrato de consumo negociado, o sentido atribuído à declaração comum é condicionado ao favorecimento do consumidor contratante, quando houver dúvida de interpretação (LÔBO, 2011, p. 190).

Assim sendo, o princípio da equidade é aquele segundo o qual a interpretação dos contratos deve ser feita de maneira a equilibrar as contraprestações de ambas as partes contratantes, a fim de se buscar harmonia entre as mesmas, evitando-se sobrecarregar ou mesmo privilegiar qualquer dessas partes em detrimento da outra.

Inegável, pois, que o objetivo maior desses princípios é que o objeto contratual seja atingido de forma satisfatória para ambas as partes – fornecedor e consumidor.

### 3.2.3.7 Princípio da informação transparente e verdadeira

Este princípio abrange não somente o dever do fornecedor de informar o consumidor quanto aos produtos e serviços ofertados, mas também relativamente à transparência e veracidade dessas informações.

“O dever de informar é imputado ao fornecedor, que deve observar os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. Os requisitos devem estar interligados. A ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar” (LÔBO, 2011, p. 90).

A adequação se relaciona ao conteúdo da informação, que, por sua vez, deve ser claro, completo e totalmente compreensível por parte do consumidor. A suficiência diz

respeito ao fato de que as informações veiculadas aos consumidores não poderão conter lacunas, inclusive acerca dos possíveis danos que poderão advir do consumo do produto ou serviço ofertado. Finalmente, relativamente à veracidade tem-se que a informação deve ser correta e corresponder à realidade quanto aos produtos e serviços, a saber, quanto ao conteúdo, composição, riscos, garantias, não se esquecendo do prazo de validade.

O dever de informar é, pois, garantia dada ao consumidor de que o mesmo terá ciência de forma clara, precisa, e correta de todas as nuances e peculiaridades relativas ao produto ou serviço oferecido pelo fornecedor.

#### 3.2.3.8 Princípio do consentimento esclarecido

Decorre do princípio da informação transparente e verdadeira, no sentido de que é dever do fornecedor informar ao consumidor para que este, por sua vez, só consolide o contrato consumerista, quando de posse de um consentimento livre, pleno, ou seja, totalmente esclarecido acerca do produto ou do serviço ofertado.

Nesse sentido, leciona Paulo Lôbo:

A cognoscibilidade, não como ato, mas como potência, abrange a virtualidade do conhecimento (poder conhecer) e da compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com consentir ou aceitar. A cognoscibilidade tem caráter objetivo: reporta-se a conduta abstrata. A situação concreta do consumidor individual ou sua declaração expressa de ter conhecido ou compreendido o que se obrigou é irrelevante e secundária. O que importa é ter podido conhecer e ter podido compreender, a saber, se houve efetiva possibilidade e os meios para tal foram postos a sua disposição pelo fornecedor; não só a ele, mas a qualquer consumidor destinatário do respectivo produto ou serviço (LÔBO, 2011, p. 93).

Desse modo, verifica-se que o consentimento esclarecido por parte do consumidor só é possível quando o princípio da informação transparente e verdadeira for cumprido de modo inequívoco pelo fornecedor.

#### 3.2.3.9 Princípio da vinculação

É o princípio segundo o qual, a informação oral ou escrita do produto ou serviço ofertado vincula necessariamente o fornecedor.

Nesse sentido, ressalta Paulo Lôbo:

O Código de Defesa do Consumidor considera oferta toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos oferecidos ou apresentados (art. 30), ainda que o fornecedor não queira ou não tenha pretendido vincular-se.  
[...] Assim, a informação pré-contratual dispensa o próprio contrato (LÔBO, 2011, p. 90).

Necessário, pois, asseverar que a informação e a própria publicidade enquanto meio hábil de propagação de informações torna a conclusão da mensagem, da forma como foi veiculada, uma tarefa obrigatória aos fornecedores.

#### 3.2.3.10 Princípio da segurança

A comercialização de produtos e serviços pelo fornecedor deve ser realizada de modo responsável e seguro, apta a não prejudicar o consumidor em sua saúde e integridade física.

Nesse sentido, tem-se que:

A obrigação de segurança, utilizada no final do século XIX como um meio de equiparação à teoria da responsabilidade objetiva, rechaçada pela tradicional secular da culpa como pressuposto necessário da responsabilidade, É de fundamental importância no microsistema de defesa do consumidor. A responsabilidade pelo fato do produto e serviço é embasada no dever de segurança que o fornecedor tem de exercer a sua atividade se acarretar danos à vida, saúde ou outros direitos extrapatrimoniais do consumidor, sob pena de responder pela reparação do prejuízo oriundo de um acidente de consumo. [...]

Analisando o caso concreto, o julgador poderá apreender noção do dever de segurança, observando-se o princípio da razoabilidade. Não se pode exigir uma segurança absoluta, mas sim a minimização mais ampla possível dos riscos à vida ou à saúde do consumidor.

[...]

Obviamente, o parâmetro a ser adotado pelo aplicador da norma será diferente, conforme a defesa judicial do consumidor se der a título individual ou coletivo. Naquela, identifica-se a expectativa de segurança do consumidor médio. No caso de defesa coletiva, o julgador deverá considerar o perigo ou o risco social, inclusive diante da circulação do produto no mercado. (LISBOA, 2001, p. 73-74).

Assim, busca o princípio da segurança garantir o consumidor não só no que diz respeito ao seu patrimônio, bem como em seus direitos extrapatrimoniais como sua vida, saúde e integridade.

### 3.2.3.II Princípio da solidariedade

É aquele segundo o qual, relativamente à ofensa, caso existam mais de um autor, todos responderão de forma solidária quanto à reparação de possíveis danos advindos da violação às normas consumeristas.

A respeito da solidariedade entre fornecedores, assevera Paulo Lôbo:

Pelo princípio da responsabilidade solidária dos fornecedores vinculados à oferta do produto, a publicidade veiculada por um obriga os demais. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (REsp 363.939) que, diante da falência da concessionária de montadora de automóveis, a responsabilidade pela informação divulgada recai integralmente sobre a montadora (LÔBO, 2011, p. 93).

O princípio da solidariedade é essencial para a efetiva responsabilização prática dos fornecedores, e por consequência, primordial na defesa dos interesses dos consumidores que, por sua vez, não se verão desamparados quando perceberem frustrados alguns dos aspectos envolvidos na concretização das relações de consumo.

Por derradeiro, importante salientar que, da análise pormenorizada dos princípios acima elencados, conclui-se que os mesmos buscam promover justiça social nos estreitos limites da economia capitalista atual, não representando, pois, nenhum desestímulo à livre-concorrência e à livre-iniciativa no mercado consumerista, mas ao contrário, significando verdadeiro suporte nas relações comerciais globalizadas que se tornaram predominantes nos tempos atuais.

Ainda, é também através do exame dos princípios fundantes do Código de Defesa do Consumidor que se pode constatar a magnitude desse diploma legal e a notável importância do mesmo para todo o universo que abrange o fornecimento e o consumo de bens e serviços no Brasil, seja do ponto de vista jurídico, econômico, ou, até mesmo social.

## 4 *MARKETING* E PUBLICIDADE

### 4.1 Conceitos fundamentais

Conceitua-se *marketing* como “a interface entre a oferta e a demanda” (WENTZ e EYRICH, 1970, p. 2 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 265). Também, “entende-se por *marketing* todas as medidas que se destinam a promover a comercialização de produtos, serviços e outras coisas de valor” (BERNITZ e DRAPER, s.d., p. 123 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 265). Ainda, em igual sentido, de acordo com Marcelo Kokke Gomes, *marketing* é “o conjunto de métodos que buscam influenciar a conduta do consumidor no mercado de consumo [...]” (GOMES, 2001, p. 141). Ainda, *marketing* pode ser conceituado como “[...] execução por uma empresa, de todas as atividades necessárias para criar, promover e distribuir produtos que estejam de acordo com a demanda atual e potencial, com a sua capacidade de produção e suas expectativas de lucratividade” (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 24).

Pode-se dizer, pois, que o *marketing* abrange as atividades relativas à movimentação de bens e serviços, desde sua produção até seu consumo final, sendo certo que se traduz no estudo das tendências de mercado, necessidades e desejos do consumidor, paralelamente ao conhecimento do processo de produção e distribuição de mercadorias e serviços, com o fim maior de influir no ciclo econômico, orientando o consumo.

Nesse sentido, lecionam os autores da obra “Propaganda: teoria, técnica e prática”:

Marketing é algo que vem antes da mercadoria, compreende também a mercadoria e vai além dela:

1 Antes – na pesquisa de mercado, de gosto, de opinião, de motivação que antecede a criação de mercadorias segundo os desejos, necessidades e até mesmo caprichos do consumidor.

2 Também – por compreender a mercadoria em sua essência, como o objeto ou o instrumento de satisfação para o consumidor.

3 Além – porque marketing compreende também as atividades de transporte, financiamento, manuseio, armazenagem e outras funções que se exercem em razão da mercadoria, mas não necessariamente na mercadoria..



[...] A administração do marketing deve estudar o mercado (suas tendências), o consumidor (suas preferências), informá-los (pela propaganda e todos os processos de comunicação), promover o produto e organizar sua distribuição. O marketing deve estar integrado com as outras funções administrativas da empresa (SANT' ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 23).

Os referidos autores ainda atentam para a necessidade de elaboração do chamado “plano de marketing”, senão veja-se:

O plano de marketing é a programação das várias atividades destinadas a estudar, compreender e atender um mercado e precisa ser preparado com criatividade e sistematicamente. O plano deve conter uma pesquisa de mercado, a análise do produto, seu preço, política de propaganda e de promoção de vendas e os meios de distribuição, seleção de vendedores, sistemas de vendas e controle das atividades. O plano deve possuir um orçamento criterioso, elaborado nas proporções que o tornem mais efetivo e rigorosamente obedecido (SANT' ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 23).

Pelo acima exposto, pode-se constatar a importância do *marketing* para a empresa, sendo o mesmo fundamental inclusive para a organização e destinação de sua produção mercadológica.

Na prática, os termos “*marketing*” e “publicidade” são comumente usados como tendo o mesmo significado. No entanto, o que se verifica é que tais termos não são sinônimos. Ao revés, o *marketing* abrange não somente a publicidade, mas também outras formas promocionais, ou seja, a publicidade é a forma mais típica de manifestação do *marketing*, não sendo, entretanto, a única. Nesse sentido:

O *marketing* [...] compreende uma grande quantidade de mecanismos de incentivo às vendas, valendo citar, em lista assistemática, as loterias, as ofertas combinadas [...], os cupons, os selos, as vendas por correspondência e em domicílio, os prêmios, as liquidações e promoções, o envio de mercadorias não solicitadas, os produtos ou serviços “grátis”, os descontos, os concursos, as marcas, as embalagens, a facilidade e preço do crédito (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 265).

Pode-se afirmar que dentre o rol estabelecido como conteúdo do *marketing*, a publicidade e as promoções de venda são as que apresentam maior relevância no que diz respeito ao consumidor. Quanto às promoções de venda, abrangem todas as faces do *marketing* com exceção da publicidade e das vendas pessoais.

Assim sendo, as promoções de venda podem ser conceituadas como: “[...] atividades de vendas que suplementam a venda pessoal e a publicidade, coordenando-as e ajudando-as a se tornarem mais eficientes. Entre essas atividades incluem-se exposições, demonstrações e outros esforços de vendas não periódicos [...]” (MALANGA, 1976, p. 13).

Nesse diapasão, afirma-se que o *marketing* é composto pela publicidade, pelas vendas pessoais e pelas promoções de venda.

Quanto às práticas comerciais, tem-se que são todos os meios aptos a implementar a circulação da produção, sendo que o *marketing* é um de seus componentes.

Inclui, a um só tempo, o *marketing*, as garantias, os serviços pós-venda, os arquivos de consumo e as cobranças de dívidas. [...]  
[...] poderíamos dizer que são estas os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizadas pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 261).

Em suma, a publicidade é um dos componentes do *marketing*. Este por sua vez, é espécie do gênero prática comercial.

Relativamente à publicidade, importante ressaltar que:

Antes do advento do rádio, o conceito era de que “publicidade é a arte de vender pela letra impressa”. O rádio invalidou-o e a evolução do conceito de vendas deu lugar a novos conceitos sobre a publicidade (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 60).

Na atualidade, pode, pois, ser assim conceituada: “[...] técnica de comunicação de massa, paga, com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender produtos ou serviços” (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 60).

Segundo o jurista português Carlos Ferreira Almeida, a publicidade pode ser conceituada como “toda a informação dirigida ao público com o objectivo de promover, directa ou indirectamente, uma atividade económica” (ALMEIDA, 1985, p. 133 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 322).

Ainda, segundo Dorothy Cohen, publicidade pode ser definida como:

Conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa (COHEN, 1986, p. 110 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 323).

O autor Marcelo Kokke Gomes ainda observa:

A publicidade precede o ato de consumo, sendo seu objetivo estimulá-lo, fazer com que o consumidor adquira ou utilize determinado produto ou serviço. [...]

A publicidade destina-se à coletividade, não a um indivíduo determinado. Não vende ela somente um produto, vende uma imagem, um símbolo de consumo. [...] Esta finalidade social da publicidade se encontra em sintonia com a função social da empresa no Estado Democrático de Direito, qual será a de contribuir para o desenvolvimento e crescimento econômico. A publicidade não é um fim em si mesma, é um meio para se dinamizar as relações de consumo (GOMES, 2001, p. 142-143).

Nos dizeres de Cláudia Lima Marques:

Publicidade é toda a informação ou comunicação 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 o meio de comunicação utilizado (MARQUES, 2004, p. 801).

De acordo com Comparato: “As técnicas de propaganda religiosa ou política, tal como as de publicidade comercial, agem sobre a consciência coletiva para reforçar antigas convicções, ou inculcar novas” (COMPARATO, 2006, p. 25).

Por derradeiro, o referido autor continua a lecionar:

Nas sociedades contemporâneas, esse amplo trabalho de propaganda axiológica faz-se, primacialmente, por intermédio dos grandes veículos de comunicação coletiva: a imprensa, o rádio, a televisão, o cinema, a internet, todos eles, hoje, ligados tecnicamente em um sistema global (*multimedia*) (COMPARATO, 2006, p. 28).

Neste turno, tem-se que *marketing* e publicidade, da mesma forma que os veículos de comunicação coletiva que se prestam à sua divulgação, estão em constante e necessária evolução, de modo a procurarem acompanhar a sociedade capitalista na qual estão inseridos, ou melhor, de maneira a continuarem se mostrando eficazes na tarefa de conduzir essa mesma sociedade nos rumos do consumo de bens e serviços, afinal é mesmo essa massa consumerista a própria razão de ser de tais técnicas de fomento do consumo.

#### **4.2 Marketing – retrospectiva histórica**

Acerca de uma retrospectiva histórica do *marketing*, ensinam os autores da obra “Marketing Interativo”:

*Marketing* está relacionado ao processo de comercialização e, como tal, sua origem provém dos tempos antigos em que o comércio era praticado de forma muito rudimentar. [...]

O *marketing* como tópico de estudo começou nos Estados Unidos na primeira metade do século XX em cursos de Distribuição. Apesar de ter sido originado nas teorias da economia, o ensino de *marketing* procurou completar as lacunas deixadas pelos conceitos econômicos quanto à oferta e procura. [...]

No entanto, o termo *marketing* alcançou um acelerado desenvolvimento a partir dos anos 1950 quando a Associação Americana de Marketing propôs uma orientação da comercialização com foco no consumidor, uma vez que as orientações anteriores refletiam períodos econômicos ultrapassados. [...] A mudança de foco deveu-se ao desenvolvimento dos processos produtivos no período anterior, ocasião em que a oferta passou a superar a demanda, resultando em acúmulos de produtos nos estoques das indústrias. A necessidade de vender o que era produzido exigiu vendas agressivas para a desova dos estoques [...].

Com a prática de vendas agressivas, os clientes compravam apenas uma vez, mas dificilmente comprariam novamente da mesma empresa, devido às incômodas pressões frequentemente exercidas. O que se percebeu era que o comércio continuava sem atender à satisfação dos clientes e, conseqüentemente, não gerava vendas a longo prazo. A partir desta constatação, passou-se a enfatizar o conceito de *marketing*: orientação filosófica da satisfação dos desejos e necessidades dos consumidores. O *marketing* passou a ser enfatizado nas relações comerciais apesar de muitas empresas encontrarem certas dificuldades em praticá-lo.

Satisfazer desejos e necessidades dos consumidores não é um objetivo fácil e, por isso, muitas empresas continuaram a ofender, enganar e desconsiderar os clientes. Algumas delas, que foram consideradas as melhores empresas no tocante à obtenção da satisfação dos clientes, com o passar do tempo, perderam-se e voltaram a gerar clientes insatisfeitos com suas práticas comerciais, alegando dificuldades na aplicação prática do conceito. [...]

Muitas empresas procuraram ter uma visão mais ampla, orientando-se para o mercado. Nesse caso, os administradores procuram integrar não apenas a orientação para os clientes, mas também aos concorrentes e mercados. [...]

A partir de 1990, os autores divergem da nova orientação, seguindo propostas como *marketing* de responsabilidade social [...]. Acredita-se que a proposta de orientação para o mercado é a mais adequada [...].

As decisões são tomadas a partir de uma análise do ambiente mercadológico formado por variáveis externas [...] tais como: culturais, demográficas, política, legislação, ambiente físico, tecnologia, economia, consumidor, concorrência, sociais; [...] conforme os movimentos e as tendências ajustam-se às controláveis para a escolha do caminho para melhor atingir os objetivos.

[...]

Devido a essas constatações, adicionadas à necessidade de praticar o *marketing* de serviços com foco no relacionamento, o estudo do *marketing* com banco de dados objetivando manter uma clientela estável passou a se desenvolver a partir de 1997. Essa tendência deu origem ao *marketing* de relacionamento e à criação de valor que representam os alicerces da teoria moderna de *marketing*.

[...] Os conceitos de relacionamentos permanentes e de criação de valor foram incorporados na definição de *marketing* da Associação Americana de Marketing (AMA, 2004) como:

*“O marketing é uma função organizacional e um conjunto de processos que envolvem a criação, a comunicação e a entrega de valor para o cliente, bem como a administração do relacionamento com eles, de modo que beneficie a organização e seu público interessado.”*

No entanto, na comercialização moderna, a sociedade continua passando por profundas alterações. Não obstante, a prática dos conceitos básicos de *marketing* ainda esteja sendo aplicada por um número expressivo de empresas, muitas delas procuram adaptar-se aos novos tempos, surgidos em decorrência do acelerado desenvolvimento dos computadores e telecomunicações.

No início, essas tecnologias foram desenvolvidas pelos setores públicos, mais notadamente pelos países da Guerra Fria devido ao objetivo de rapidez em ataque e contra-ataque e constante vigilância dos movimentos dos inimigos. Posteriormente, aos poucos a tecnologia foi sendo transferida para o setor comercial, que, depois de assimilada as suas bases, a desenvolveu numa rapidez incrível, deixando a sociedade até mesmo um pouco perdida quanto às novas formas de agir ou conduzir os negócios.

[...] Hoje em dia, os clientes não sabem o que existe no mercado e muitas vezes não sabem o que querem. Por isso, a internet ocupou um importante espaço nessa quebra de paradigmas: proporciona informação, comunica e ainda pode ser usada para a transação comercial.

[...] Essa instabilidade passa a afetar o comportamento do consumidor que se comporta de forma diferenciada e exige novos desafios dos administradores de *marketing*. [...]

Diante de tantas possibilidades, as empresas devem se posicionar e encontrar os caminhos mais adequados para o desenvolvimento (LAS CASAS e OLIVEIRA, 2010, p. 15-22).

Sem sombra de dúvidas, a internet pode ser considerada um marco histórico em termos de revolução do *marketing*, tendo mesmo inaugurado um novo modo de consumir, no qual as estratégias mercadológicas precisam ser repensadas pelos profissionais da área de modo a poderem lidar com a nova sociedade capitalista contemporânea, que, interligada mundialmente, se mostra, a cada dia, mais e mais globalizada social, econômica e culturalmente, tendo em vista a tendência hodierna de se homogeneizar as práticas de vida em escala mundial.

#### **4.3 Publicidade – retrospectiva histórica**

A publicidade comercial teve origem com a Revolução Industrial. Até então, as relações comerciais baseavam-se na confiança e no contato direto entre as partes – comprador e vendedor. “Pode-se afirmar que, com a conquista primeiro do jornal como importante canal de difusão, teve origem, realmente, a propaganda moderna aplicada ao mundo dos negócios” (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 5-6).

No Brasil, o primeiro anúncio que se tem notícia foi publicado na *Gazeta do Rio de Janeiro* no dia 17 de setembro de 1808:

[...] O primeiro anúncio existente no Brasil ocorreu em 1808, quando apareceram na página de classificados do jornal *Gazeta do Rio de Janeiro* os seguintes dizeres: “Quem quiser comprar uma morada de casas de sobrado, com frente para Santa Rita, fale com Ana Joaquina da Silva, que mora nas mesmas casas, ou com o Capitão Francisco Pereira de Mesquita, que tem ordem para as vender” (CAMPOS, 1996, p. 203 apud GUIMARÃES, 2007, p. 95).

Com o crescimento populacional, bem como, com o alargamento das cidades, o contato direto entre comprador e vendedor restou-se prejudicado. Paralelamente, com o surgimento de pessoas que figuravam como intermediárias entre o vendedor e o comprador, verificou-se que a publicidade assumiu lugar de maior destaque, sobretudo porque através dela eram veiculadas informações sobre o mercado, seus produtos e serviços.

Contudo, foi a partir do aparecimento da sociedade de massa, que a publicidade tornou-se fundamental para o desenvolvimento das relações comerciais, na medida em que era a responsável pelo “convencimento” dos consumidores quanto à necessidade de adquirir determinado bem ou serviço. Assim, a publicidade passou a ser responsável tanto pela informação quanto pelo estímulo ao consumo.

Segundo Diego Rispoli, três fatores efetivamente contribuíram para o avanço da publicidade após a depressão de 1929, senão veja-se:

a) a constituição, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, de agências de publicidade que por um lado ofereciam serviços de criatividade para atingir o público e do outro eram o veículo obrigatório para a venda de espaço publicitário nos jornais; b) o interesse sempre crescente pela publicidade nos estudos de psicologia; c) a intervenção da autoridade governamental para coordenar e controlar a atividade publicitária (RISPOLI, 1997, p. 3-4 apud GUIMARÃES, 2007, p.95).

De acordo com Paulo Jorge Scartezini Guimarães, a publicidade torna-se rotineira “após a década de 20, com o surgimento dos rádios a baixo custo passando a fazer parte do uso doméstico, e principalmente da década de 40, com o surgimento da televisão [...]” (GUIMARÃES, 2007, p. 100-101).

A partir de então, acerca da publicidade comercial, veja-se:

Torna-se parte integrante do processo de desenvolvimento econômico de um país. Sustenta o crescimento com a procura incessante de novos consumidores para produtos cada vez mais sofisticados. Dissemina a ideia de *status* conferida pela aquisição de objetos ligados ao conforto e lazer.

[...] pela evolução de suas técnicas, adquiriu nova dimensão, sendo capaz de influenciar e modificar hábitos de uma população em seu conjunto (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 7).

Desde então, a publicidade e suas técnicas vêm se desenvolvendo e aprimorando paralelamente ao avanço tecnológico. Tal fenômeno pode ser observado inclusive nos dias atuais, sobretudo com a inauguração da chamada “era da internet”, na qual as práticas de consumo são exponencialmente mais velozes do que outrora, devendo, assim, ser

acompanhadas na mesma proporção em rapidez e qualidade pelos profissionais da publicidade.

#### 4.4 Publicidade e propaganda – distinção necessária

Cotidianamente, os termos publicidade e propaganda são utilizados como sinônimos. Mas, ao contrário, tais termos não devem ser confundidos. Enquanto a publicidade objetiva um fim comercial, difusão de mercadorias; a propaganda, por sua vez, tem fim diverso, mais ligado à propagação de ideias, sejam elas políticas, religiosas, econômicas ou sociais. Em igual sentido, tem-se que:

Embora usados como sinônimos, os vocábulos publicidade e propaganda não significam rigorosamente a mesma coisa. Publicidade deriva de público (do latim *publicus*) e designa a qualidade do que é público. Significa o ato de vulgarizar, de tornar público um fato, uma ideia, enquanto propaganda é definida como a propagação de princípios e teorias.

A palavra propaganda foi traduzida pelo papa Clemente VII, em 1597 – quando fundou a Congregação da Propaganda, com o fito de propagar fé católica pelo mundo – como derivação do latim *propagare*, que significa reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, enterrar, mergulhar, plantar. Seria, então, a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido (SANT' ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 59).

Além disso, observam Herman e Benjamin (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 324), que a publicidade é paga, sendo seu patrocinador perfeitamente identificável. Na propaganda, em contrapartida, isso nem sempre acontece.

Assevera, ainda, o autor Paulo Jorge Scartezini Guimarães, segundo o qual:

Em vários países essa distinção também é feita. Assim, nos Estados Unidos são usadas duas palavras distintas; *propaganda e advertising*; na França, *propagande e publicité*, na Espanha, *propaganda e publicidade*; na Itália, *propaganda e pubblicità* (GUIMARÃES, 2007, p. 97).

Assim, segundo Eugênio Malanga, publicidade pode ser definida como “[...] conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes” (MALANGA, 1976, p. 11). Em contrapartida, o mesmo autor define a propaganda como: “[...] conjunto de técnicas

de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)” (MALANGA, 1976, p. 11).

Contudo, na área publicitária, os termos propaganda e publicidade são sim utilizados, corriqueiramente, como expressões sinônimas. Nesse sentido, veja-se:

Comercialmente falando, anunciar visa promover vendas, e para vender é necessário, na maior parte dos casos, convencer, promover uma ideia sobre um determinado produto. Em virtude da origem eclesial da palavra, muitos preferem usar publicidade em vez de propaganda; contudo, hoje em dia, ambos os termos são usados indistintamente, particularmente no Brasil (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 59).

No âmbito do Direito, como visto acima, as nomenclaturas publicidade e propaganda apresentam usos diversos, ao menos para a grande maioria doutrinária. Opinião diversa é a de Rizzatto Nunes segundo o qual os dois vocábulos poderiam ser usados como sinônimos, senão veja-se:

Tomado pela etiologia, vê-se que o termo “propaganda” tem origem no latim [...] de ‘propagare’ [...]. Donde afirmar-se que a palavra comporta o sentido de propagação de princípios, ideias, conhecimentos ou teorias. O vocábulo “publicidade”, por sua vez, aponta para a qualidade daquilo que é público ou do que é feito em público<sup>19</sup>. Ambos os termos, portanto, seriam bastante adequados para expressar o sentido desejado pelo anunciante de produto ou serviço. Porém, o mais importante é o fato de que a própria Constituição Federal não faz a distinção. Assim, por exemplo, ela fala em “propaganda” (art. 220, § 3º, II), “propaganda comercial” (art. 22, XXXIX, e § 4º do art. 220), “publicidade dos atos processuais” (art. 5º, LX), “publicidade” (art. 37, *caput*, e § 1º) (NUNES, 2010, p. 484-485).

Não obstante, a posição de Rizzatto Nunes, e mesmo a nomenclatura utilizada pelo Constituinte de 1988, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor regulamenta tão somente a publicidade, nada dispondo acerca da propaganda, restando claro, portanto, que o termo propaganda não deve ser utilizado na matéria em questão ao menos no âmbito do Direito.

#### 4.5 Tipos de publicidade

<sup>19</sup> De acordo com o Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa.



A diferença, segundo Herman e Benjamin (2011, p. 325), se dá conforme o objetivo da publicidade. Desse modo, poderá ser institucional ou promocional. A primeira, também chamada de corporativa, anuncia a própria empresa e não os produtos dessa empresa, sendo que seus objetivos são alcançados em prazo mais longo.

Veja-se:

Institucional, a rigor, é aquela campanha que se destina a institucionalizar a marca. Aqui não existe a preocupação com a venda do produto em si, não há preocupação de levar o mercado a comprar tantas unidades do produto. A preocupação é com a marca e não com o modelo.

São difíceis, hoje, os exemplos de divisões puras nas diferentes formas de propaganda. É clássica a campanha da Ford, nos Estados Unidos, durante a Segunda Guerra Mundial. Como a empresa não estava fabricando automóveis, pois sua produção voltara-se para o esforço de uma guerra prolongada, a marca estava correndo o risco de ser esquecida pelo futuro consumidor. Lançou-se, então, uma campanha rigorosamente institucional sob o título e tema de “Há um Ford em seu futuro”. É um exemplo clássico de institucional pura, porque sequer havia o produto para vender. Ninguém poderia comprar um automóvel Ford, que não estava no mercado (CABRAL, 1977, p. 89).

Já a publicidade promocional é a publicidade do produto ou do serviço, com resultados esperados para curto espaço de tempo. Poderá ser *publicidade para a demanda primária* e *publicidade para demanda seletiva*.

A primeira, também conhecida por “pioneira”, de acordo com Herman e Benjamin (2011, p. 325), é mais útil quando da introdução de um novo produto no mercado<sup>20</sup>.

A segunda, também chamada de competitiva, anuncia determinado produto ou serviço em detrimento de outros já existentes no mercado.

Relativamente à publicidade chamada de “publicidade para demanda seletiva” ou publicidade competitiva, tem-se que o público alvo de determinada mensagem publicitária é denominado de “target primário”. Consumidores com perfis diferentes daquele eleito como destinatário primevo da comunicação também podem vir a adquirir o produto ou serviço objeto do anúncio. Nesse caso, os mesmos são chamados de “demanda marginal”.

Quando o número de consumidores “marginais” cresce a ponto de concorrer com o target primário, é necessário rever a estratégia, pois ou houve erro de foco na comunicação, ou o produto possui características para atender a mais de um perfil de consumidores, exigindo da empresa uma mudança de postura para que não venha a perder nenhum dos dois públicos (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 60).

---

<sup>20</sup> “Assim aconteceu nos primórdios da televisão em que os anunciantes, antes de divulgarem sua própria marca, precisavam firmar aquele tipo de produto no mercado. São exemplos campanhas do tipo “Beba mais leite” ou “Coma chocolate – chocolate é alimento” (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 325).

Ainda, Sant' Anna, Rocha Júnior e Garcia identificam três outros tipos de campanhas publicitárias, a saber: a campanha de relançamento, a de sustentação e a de vendas ou varejo. Em suas palavras:

[...] *Campanha de relançamento*

Campanha ou anúncio que tenta reativar o interesse do público-alvo pelo produto ou serviço, ou então pelas novas características que foram introduzidas. [...] Trata-se não só de informar, mas, acima de tudo, de reconquistar a fidelidade da marca. [...]

*Campanha de sustentação*

Campanha ou anúncio destinado a manter presente nos veículos de mídia a propaganda de um produto ou serviço já existente no mercado. [...] Trata-se então de manter a imagem viva e presente, garantindo o canal aberto entre o anunciante e o consumidor. Só será novamente enfatizado se surgir qualquer alteração no produto ou mudança de comportamento do mercado.

*Campanha de vendas (ou campanha de varejo)*

Campanha ou anúncio que visa à venda imediata e, por isso mesmo, usa o apelo econômico como ponto principal. Usualmente, faz uso de ofertas, liquidações, descontos, crediários e condições de pagamento como mola propulsora para a compra. Quando a campanha de varejo tem tema, normalmente vai buscar no calendário promocional o argumento, como Dia dos Pais, Dia das Mães, Natal etc., ou as estações do ano (verão, primavera, inverno e outono), como recurso para acelerar a venda de produtos relativos a essa sazonalidade. Caracteriza-se por anúncio de apelo popular, veiculado por lojas comerciais (SANT' ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 142-143).

Portanto, apesar de a publicidade ser considerada uma forma de comunicação destinada às massas, o profissional da publicidade deverá estar atento ao grupo de consumidores a quem se destina determinada mensagem publicitária, bem como à modalidade de campanha ou anúncio pertinente ao caso concreto, a fim de que tal mensagem não venha a ser frustrada por erro de foco quanto ao público alvo ou erro de tática relativamente ao emprego errôneo do tipo de publicidade.

## **4.6 A criação publicitária**

### *4.6.1 O briefing*

Trata-se de resumo no qual o fornecedor informa o anunciante acerca das principais características, nuances, peculiaridades de seu produto ou serviço, bem como da

expectativa que possui acerca da publicidade a ser elaborada, ou seja, o que deseja e o que pretende com a mesma.

Segundo Herman e Benjamin:

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 (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 327).

Em igual sentido:

*Briefing* é uma palavra derivada do verbo *to brief* (resumir, sintetizar). É fundamental pensar que um bom briefing é a soma das melhores respostas às principais perguntas para se compreender realmente um negócio e um contexto, onde está sendo apontada uma demanda a que, aparentemente, a comunicação pode atender.

O briefing é a base de aculturação de um profissional, que, após sua análise e a complementação de informações, deverá ter condições de propor decisões realmente eficientes para a empresa como um todo e para o problema ali apontado (SANT' ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 110).

Ainda, o *briefing*, no dizeres de Véronique de Chantérac e Régis Fabre:

Serve para permitir que a agência compreenda perfeitamente seu futuro cliente, perceba a integralidade de sua problemática, [...] de maneira a lhe dar condições para atender às suas necessidades de modo adequado (CHANTÉRAC e FABRE, 1986, p. 7 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 327).

Desse modo, pode-se afirmar que é a partir do *briefing* que poderá ser elaborado o planejamento publicitário da empresa, uma vez que o levantamento de informações preliminares acerca dessa mesma empresa, dos produtos ou serviços que coloca ou pretende colocar no mercado, dos consumidores a que os mesmos se destinam preferencialmente, bem como, do objetivo que se pretende com a publicidade são fundamentais para pertinência e sucesso das estratégias publicitárias.

#### 4.6.2 A criação publicitária propriamente dita e a criatividade

“O momento da criação é o que dá os contornos finais à publicidade. Aqui se exerce, em todo o seu potencial, a criatividade publicitária” (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 328).

De maneira técnica, Sant’ Anna, Rocha Júnior e Garcia estabelecem os chamados “Métodos de Criatividade”, ou seja, etapas a serem seguidas pelo profissional da publicidade a fim de facilitar o processo criativo. Em suas próprias palavras:

A criatividade é um processo ordenado que tem lugar dentro da mente e tende a obedecer à seguinte metodologia:

a) **Conhecimento** – deve haver total familiaridade com os fatos, com a situação, e compreensão das mais recentes informações sobre o assunto. [...] devem vir das pesquisas, dos clientes, dos vendedores, dos revendedores, do mercado, dos veículos e de outras fontes possíveis.

b) **Definição** – é preciso determinar os objetivos a serem alcançados. Fixar as metas a serem atingidas. [...]

c) **Criatividade** – [...] Um determinado estímulo produz uma ideia; um outro, ou uma combinação de estímulos, pode produzir outras ideias, e assim sucessivamente. O processo criativo busca estabelecer, essencialmente, essa associação de duas ou mais impressões antigas para produzir uma ideia nova. O processo de associação de ideias compõe-se basicamente de imaginação e memória. [...]

d) **Brainstorm** – [...] Todas as ideias que surgirem serão anotadas, quaisquer que sejam elas, mas nunca julgadas na mesma hora. [...]

e) **Seleção** – relacione as ideias. Defina-as. E depois, considere cada uma delas. Vá selecionando aquelas que se enquadrem melhor nos objetivos, que tenham mais imaginação, mais originalidade, enfim, as que sejam realmente criativas. [...] A ideia escolhida deve concentrar os argumentos de venda:

1. proporcionar maior satisfação ao consumidor;
2. os competidores não devem ter uma igual, ou tê-lo em menor grau;
3. não pode ter sido explorada em anúncios anteriores;
4. deve ser ligada a uma necessidade ou um desejo do consumidor-alvo.

f) **Interpretação** – agora chegou o momento de procurar a melhor forma de comunicar a ideia. [...] Elabore a ideia. Refine-a. Aprimore-a.

g) **Comprovação** – teste a validade de sua ideia. Comprove-a. É preciso comprovar que a ideia adotada representa, de fato, a solução. [...] Sua ideia diz para que serve o produto? Mostra as vantagens que ele oferece? O seu preço? Comprova por que ele é melhor? Os detalhes analisados são os mais convenientes? [...] (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 146-148).

É, pois, o momento de florescerem as ideias e de se colocar a criatividade em prática. Inegável que a obediência aos passos acima enumerados deve, por certo, facilitar o processo criativo do profissional da área publicitária. Contudo, é preciso destacar que o mesmo não deve se ater unicamente a esses enunciados, vez que a criatividade não surge de fórmulas exatas, previamente elaboradas. Veja-se o que diz Luís Márcio Ribeiro Vianna em sua dissertação para defesa de Mestrado em Direito Empresarial, a respeito da criatividade:

Criatividade é algo personalíssimo. Pessoas são essenciais à criatividade; só elas são criativas, máquinas não criam. E são as pessoas que imprimem suas digitais em suas criações.

A característica seguinte da criatividade é a de ser capaz de produzir algo que seja original, singular, distinto.

Dar forma a partir do nada foi, durante muito tempo, o conceito de criatividade. Porém, as pessoas criativas trabalham ideias já existentes e as renovam de maneira inovativa e interessante. E este é o seu significado mais usual, hoje em dia.

Inovação é a qualidade de ser primeiro e significa que a coisa criada é diferente de tudo que existiu anteriormente. A autoria exige obrigatoriamente a inovação. Já o patenteamento exige a singularidade.

Enfim, é criativo aquilo que possui significado – o que tem identidade e característica própria – e que possa assim ser percebido como útil e ser contestado.

A criatividade constitui, em primeiro lugar, o elemento básico da vida. Para viver é preciso criar. Sem criatividade não há imaginação, descoberta ou invenção. Não existiria o fogo, a linguagem, as artes e as ciências.

[...]

Na verdade a criatividade não se regula, ela é sempre surpreendente.

O pensamento criativo e a sua execução dependem, em primeiro lugar, da curiosidade, da capacidade de promover conexões entre os achados e as coisas e de estar preparado para fazer uma boa avaliação de tudo isso.

Para que as ideias possam ter uma correta ordenação é preciso que passem por uma etapa de incubação e crítica.

[...] Rigor crítico severo, administração competente e controle cuidadoso podem nos levar a excelentes resultados.

Uma primeira conclusão: a criatividade, em si própria, não tem valor econômico, salvo quando incorporada em produto comercializável, colocado em mercados com vendedores e compradores ativos, regulado juridicamente por leis e contratos. E com razoabilidade negocial convencionada (VIANNA, 2010, p.18-20).

Importante também ponderar que os profissionais da comunicação comercial devem, cada vez mais, empregar seus esforços no sentido de realizar campanhas publicitárias de relevância para o público, isto é, que façam diferença na rotina do consumidor, sendo certo que é a criatividade requisito fundamental nesta empreitada. Desse modo, parece ser um desafio hodierno, o fato de que o *marketing* e a publicidade devam estar imbuídos de criatividade sem, contudo, deixarem de lado seu conteúdo crível.

Nesse sentido, veja-se o teor da reportagem trazida pela ABAP – Associação Brasileira de Agências de Publicidade:

O mundo mudou, as empresas se reestruturaram e a propaganda não pode continuar repetindo velhas fórmulas, acredita Alexandre Gama, presidente e diretor de criação e planejamento da Neogama/BBH<sup>21</sup> [...]

“Existe a criatividade original e a criatividade eficaz. A propaganda brasileira que utiliza a criatividade original vai muito bem. Não é essa que precisamos fortalecer. [...]

O processo de criação utilizado com método voltado para a obtenção de resultados tem se tornado cada vez mais uma busca da indústria da publicidade. Com orçamentos em queda, os clientes estão menos dispostos a abrir a carteira e investir em campanhas onerosas que gerem buzz, mas não retorno palpável. “A criatividade eficaz sabe se apoiar no planejamento e utilizá-lo no processo. [...]

Festivais, como o Cannes Lions, já premiam a efetividade das ações, e não apenas a grande ideia. A área Creative Effectiveness, criada no ano passado, é um exemplo: homenageia campanhas que apresentem resultados mensuráveis [...].

<sup>21</sup> Agência de Publicidade fundada em 1999 por Alexandre Gama.

Em 2011, o Grand Prix da categoria foi para a campanha “Sandwich” criado pela Abbot Mead Vickers BBDO<sup>22</sup>, de Londres, para as batatas Walkers, da PepsiCo. O objetivo do trabalho era aumentar o consumo do produto, pouco consumido com sanduíches, uma harmonização comum em fast food. A campanha usou a cidade de Sandwich, no condado de Kent, no Sudeste da Inglaterra, para transformá-la em um badalado point e plataforma para divulgar o consumo dos dois produtos. Entre os resultados, está o acréscimo de 26% nas receitas da PepsiCo com a venda do snake. Nenhum case brasileiro teve destaque nessa área do festival.

Mas os prêmios não são um fim em si mesmo, acredita Gama, que critica o acúmulo de troféus como um parâmetro para o sucesso. Segundo ele, essa perseguição ofusca o objetivo real das agências, que é solucionar problemas racionalmente. [...]

Essa “segunda onda”, voltada para a criatividade eficaz, é focada no sucesso empresarial [...]. Gama diz que falta às agências brasileiras despertarem para essa necessidade. “Elas não tem consciência desse processo. É uma mentalidade mais antiga de ainda se basear na criatividade original”, analisa. “Estamos precisando de uma cabeça mais empreendedora, do criativo que deseja construir algo estrategicamente, e não aquele que se adéqua ao calendário de prêmios para performar em benefício próprio”.<sup>23</sup>. Grifo nosso.

Por certo que da criatividade nascem várias ideias acerca da mensagem publicitária. No entanto, tal parece não mais ser suficiente nos dias atuais. Mais do que ideias, a criatividade, hoje, necessita andar junto com o empreendedorismo, de modo a trazer resultados práticos para as empresas-anunciantes.

Passa-se, pois, à próxima fase da criação da publicidade, a saber, a reflexão estratégica.

#### 4.6.3 A reflexão estratégica

É quando, na agência publicitária, surgem muitas ideias por parte dos profissionais envolvidos. “De todas as muitas ideias que surgem, faz-se uma primeira triagem, buscando – agora com critério mais apurado – selecionar aquela(s) que parece(m) responder às principais questões levantadas” (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 138).

Portanto, após análises críticas, ponderações, exames, algumas dessas ideias permanecerão e outras serão descartadas, sendo certo que “O anúncio de maior efeito tende a ser aquele que contém a ideia mais forte e a expressa da maneira mais simples, concisa e clara” (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 134).

<sup>22</sup> Agência de Publicidade de âmbito mundial, com sede em Nova York, formada pela fusão da BDO (Barton, Durstine & Osborn) e Batten Co.

<sup>23</sup> Disponível em <<http://www.abapnacional.com.br/imprensa/clipping/PropMark%2023%2004%2012.pdf>>. Acesso em 29 de abril de 2012.

As ideias remanescentes são apresentadas ao cliente e este escolherá a que melhor lhe aprouver. “Com a ideia básica definida, [...] chega-se a um tema, em torno do qual se desenvolve uma campanha ou um anúncio” (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 138).

As boas ideias são fundamentais para a publicidade, no entanto, representam apenas o começo, sendo que a partir da definição do tema publicitário, passa-se efetivamente à concretização dessas ideias, mediante a sua transformação em ação.

#### 4.6.4 A produção publicitária

Feita a reflexão estratégica e eleita a ideia publicitária por parte do anunciante passa-se, então, à fase de produção da publicidade.

Assim lecionam Herman e Benjamin:

Terminada a fase da criação, tem início a da produção.  
A produção da criação publicitária depende do tipo de comunicação a ser utilizado, ora um filme, ora uma publicação em uma revista ou jornal.  
[...]  
Após a produção, o anúncio já se apresenta como corpo e espírito. A partir daí tem início, uma vez dado o sinal verde do anunciante, a execução da campanha (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 329).

Por certo, para que a produção da publicidade seja iniciada, além da anuência do anunciante relativamente à modalidade de publicidade, bem como, do veículo a que a mesma se destina para divulgação, deve estar também acertado o conteúdo da mensagem publicitária de modo a possibilitar, assim, a sua execução prática.

Desse modo, apenas depois da criação e respectiva produção, a mensagem publicitária poderá ser executada.

### 4.7 A técnica publicitária

#### 4.7.1 “Mix de marketing”

É sabido que o *marketing* e a publicidade representam mecanismos essenciais à sobrevivência das empresas contemporâneas, não só através do fomento das vendas de produtos e serviços, mas na própria definição dos nichos de atuação do mercado e identificação do respectivo público alvo. Assim sendo, para se atingir os fins a que o *marketing* e a publicidade se prestam, os profissionais responsáveis pela sua elaboração fazem uso de algumas técnicas. Nesse sentido, veja-se:

Com base em consistentes estudos sobre o consumidor, valores podem ser gerados a partir de um conjunto de ferramentas de marketing que são organizadas em quatro grupos, os quais formam o que é conhecido como **mix de marketing**. Com o seu entendimento e utilização adaptados às necessidades identificadas junto ao target, é possível desenvolver a oferta e a imagem da empresa para ocupar um lugar destacado na mente do consumidor (SANT' ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 73).

A respeito dos quatro grupos de ferramentas que formam o “mix de marketing”, os mesmos autores continuam a lecionar:

**Produto:** [...] Não inclui apenas o produto em si, aquilo que realmente é consumido, mas também envolve atributos como *design*, embalagem, qualidade da matéria-prima e marca, bem como qualquer serviço adicionado a ele. [...]

**Preço:** como ferramenta de *marketing*, envolve todos os cálculos de precificação de produtos, descontos, adequação aos diferentes canais e aos diferentes mercados, regulação de demanda, competitividade em relação à concorrência... Mas, como ferramenta de planejamento de comunicação, deve-se entender o preço como algo que lida também com o fator psicológico do consumidor, e a maior preocupação deve ser adequar o preço ao valor percebido do produto. Isso significa que o consumidor enxerga o preço sobre as suas características de qualidade, ou seja, a qualidade percebida. Por isso, um produto caro ou barato não é aquele que exige um gasto maior de dinheiro para ser adquirido, mas sim aquele cujo esforço financeiro para ser adquirido não condiz com os benefícios que proporciona. Ou seja, uma lata de refrigerante a R\$ 2,00 pode ser considerada cara, da mesma forma que um carro a R\$ 50.000,00 pode ser considerado barato, porque precificar corretamente também é colocar na balança a qualidade percebida do produto pelo consumidor.

**Praça:** [...] Ao utilizar a praça como parte de um planejamento de comunicação, não se deve apenas pensar que o produto deve estar disponível para todos – algumas vezes, ser seletivo pode significar muito para a imagem percebida do produto, já que as características e os valores do lugar podem ser transferidos para o próprio produto. O mel que está na gôndola do supermercado tem um valor percebido diferente daquele comprado no próprio apiário, ainda que o produto seja igual. Mesmo dentro do próprio ponto-de-venda, o local onde está na prateleira e a forma como está disponibilizado podem significar muito para o consumidor. [...]

**Promoção:** aqui o sentido da palavra é de promover um produto, torná-lo conhecido, e por isso envolve todas as atividades de comunicação. É nesse campo que o publicitário se sente à vontade para agir, utilizando os diversos formatos e métodos, por exemplo:

- promoção de vendas – envolve todo tipo de concursos, jogos, sorteios, cuponagem e premiações, organização e participação em feiras e exposições, distribuição de amostras e demonstrações, além de descontos temporários;



- relações públicas – desenvolvimento de kits para a imprensa ou para outros líderes de opinião, organização de palestras, seminários e cursos, publicação de comunicação interna da empresa em jornais, folhetos ou e-mails e participação em patrocínios, doações e relacionamento com comunidades;
- vendas pessoais – estruturação, organização e desenvolvimento de reuniões ou outros processos de comunicação com o time de vendas [...]
- *marketing* direto – desenvolvimento de catálogos, malas diretas e serviços de telemarketing, bem como construção e acompanhamento de sites de vendas on-line;
- propaganda – desenvolvimento de anúncios impressos ou eletrônicos, de embalagens, manuais, cartazes, folhetos, cupons, *outdoors*, painéis [...] de qualquer material de ponto-de-venda como *displays*, [...] e adesivos, de material audiovisual como filmes, *spots* de rádio, fitas de vídeo, CDs e DVDs, além do desenvolvimento de marcas, símbolos e logotipos [...] (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 74-75).

Segundo Sant’ Anna, Rocha Júnior e Garcia (2009), tais ferramentas de *marketing* se apresentam em “*mix*”, ou melhor, misturadas e assim agem em conjunto, de modo que restará impossível “mexer” em alguma delas, sem influenciar as outras. Ainda, ensinam que para se destacar na mente do consumidor, mais do que criatividade ou veículos de destaque, é necessário escolher, dentre as ferramentas de *marketing* disponíveis, aquelas que são mais adequadas para se atingir o público alvo no caso concreto.

#### 4.7.2 Níveis de comunicação

A técnica publicitária reconhece os chamados “níveis de comunicação”, a saber:

- Desconhecimento: [...] Nele estão as pessoas que jamais ouviram falar da empresa e do produto.
- Conhecimento: como base mínima, temos que nos esforçar para conseguir a identificação do produto por parte do consumidor.
- Compreensão: nesse estado o consumidor não só tem conhecimento do produto ou serviço, mas também conhece a marca e reconhece a embalagem, bem como possui certo conhecimento do que é o produto e para que serve.
- Convicção: além dos fatores racionais do produto, a preferência do consumidor se dá, também, por motivos emocionais.
- Ação: o último nível é aquele em que o consumidor realizou algum movimento premeditado para realizar a compra do produto (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 64-65).

De acordo com Sant’ Anna, Rocha Júnior e Garcia (2009), a publicidade é mais efetiva quanto mais consiga levar o consumidor através de um ou mais níveis de comunicação. Para tanto, será necessário, primeiramente, identificar o estágio no qual o consumidor se encontra antes da publicidade ser veiculada. Tal esforço é feito através da

“pesquisa de *marketing*”, que irá identificar o chamado “momento atual” de cada grupo de consumidores. A partir de então, será possível criar mensagens específicas para cada público-alvo.

#### 4.7.3 Fenômenos publicitários

A fim de buscar com o máximo de exatidão o perfil dos consumidores na qual a mensagem publicitária deve se focar, os profissionais da publicidade têm feito uso de pesquisas para a correspondente observação comportamental do ser humano, conjuntamente ao estudo desse mesmo comportamento à luz da psicologia social e sociologia. Os resultados obtidos são então aplicados aos chamados “fenômenos da publicidade” com o fim maior de se elaborar a publicidade mediante as previsibilidades de comportamento encontradas em determinados grupos.

Os fenômenos publicitários poderão ser de diferentes naturezas, a saber, física, fisiológica e até mesmo psicológica.

No fenômeno físico temos, por exemplo, que, se o vermelho é uma cor mais dinâmica que o azul, é porque, talvez, o vermelho possui um comprimento de onda superior à do azul.

No fenômeno de ordem fisiológica, observa-se que os motivos musicais lentos em tom menor, exercem efeitos deprimentes sobre a atividade cardíaca e que, ao contrário, o *Trovador de Carmem* ou a *Marselhesa* produzem efeitos tônicos.

Dentre os fenômenos de ordem psicológica, observamos que, entre as numerosas tendências básicas das ações humanas, a publicidade trata de pôr em jogo aquela que – em cada caso particular – determina mais adequadamente o resultado que se espera obter.

É comum observar que propagandas de cerveja fazem uso do amarelo, uma cor quente, a cor do verão, do sol, da alegria. Seguindo o mesmo raciocínio, campanhas de balas que propõem trazer frescor e a percepção de algo “geladinho” fazem uso do azul, ou cinza, cores consideradas mais frias. O mesmo vale para os ritmos dos jingles, que, quando mais lentos, levam o consumidor a uma maior reflexão; já quando o ritmo é mais acelerado, promove nos indivíduos a sensação e o estímulo para uma ação. (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 65-66).

Assim sendo, o setor publicitário procura investigar tais fenômenos e aplicá-los conjuntamente de modo a colaborarem na elaboração de campanhas publicitárias específicas para a satisfação de necessidades ou desejos determinados de grupos de consumidores definidos.

#### 4.7.4 A psicologia aplicada à publicidade

O emprego da Psicologia nas mensagens publicitárias é de suma importância uma vez que é provocando sentimentos que a publicidade impulsiona desejos latentes ou faz surgir novos desejos na mente do indivíduo.

Ora, em primeira instância, busca a publicidade alcançar vendas em escalas maiores e, para tanto, faz uso da Psicologia para melhor inculcar ideias na mente dos indivíduos a fim de transformá-los em consumidores imbuídos da vontade de realizar o ato da compra.

A atividade humana tem, pois, como força remota, as necessidades, e como motivo atual, imediato, os desejos. Assim, para o anúncio provocar uma reação, ou seja, para levar o leitor ou ouvinte a comprar o produto anunciado, é preciso que faça apelo a uma necessidade (despertando com isso um desejo) ou excite um desejo já manifesto no consciente.

Desse modo, para vender um batom, pode-se apelar para a necessidade de atração sexual, por meio do desejo de ser bela ou, mais diretamente, do desejo de atrair seu companheiro. Ou pode-se apelar para um padrão estético diferenciado entre as mulheres, muito mais relacionado ao *status* do que à sexualidade.

[...]

Uma vez despertada a necessidade e conhecido o objeto que pode satisfazê-la, lembra dentro do indivíduo o desejo por tal objeto. Esse desejo pode, contudo, não surgir com suficiente vigor para levá-lo a decidir-se à compra. Motivos de ordem moral, econômica ou outros desejos podem refreá-lo ou levar o indivíduo a adiar a compra. Para que essa se concretize é preciso, então, que o desejo tenha força ou, por outras palavras: é preciso que a satisfação ou vantagem que o indivíduo espera do objeto supere quaisquer outros desejos que porventura sinta. Por fim, é preciso que o indivíduo se decida por um determinado produto ou marca que, a seu ver, lhe dará maior vantagem ou satisfação em troca de seu dinheiro (SANT' ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 81-83).

Assim sendo, a publicidade deve conscientizar o grupo de consumidores acerca de necessidades quando estas não são manifestas, e deve despertar o desejo desses consumidores, ou reafirmá-lo, demonstrando que o objeto ou serviço anunciado pode satisfazer tal desejo, ou melhor, é capaz de satisfazê-lo de modo que a satisfação seja superior à sua contraprestação (dinheiro gasto).

Para tanto, Sant' Anna, Rocha Júnior e Garcia (2009) prevêm alguns modelos de processos aptos a levar a pessoa ao ato da compra:

**Estados de consciência (AIDA)**

Baseia-se no processo de que, para convencer alguém a comprar, é preciso colocá-lo a consciência, sucessivamente, em quatro estados, a saber: atenção, interesse, desejo e ação.

A publicidade (ou o vendedor), conseguindo levar o consumidor a esses estados mentais, terá, como consequência, a concretização da venda.

### **Estímulo e resposta**

O comportamento humano é resultado das reações (respostas) do indivíduo às situações (estímulos) com que ele depara. O conceito leva em conta dois fatores: um interno (as necessidades ou os impulsos instintivos), e a disposição de ânimo no momento de receber o estímulo; outro externo, que é o próprio estímulo.

O estímulo, o excitante adequado, desde que apresentado com habilidade e oportunamente, pode, com efeito, provocar respostas favoráveis. Excitando as necessidades fundamentais, ou os desejos mais comuns dos consumidores, é que a publicidade, na maioria dos casos, faz agir.

### **Necessidade e solução**

[...] Não é a imposição pura e simples do estímulo que o fará agir, mas a capacidade do objeto em satisfazer – isto é, dar solução – a uma necessidade que ele tenha.

Concluindo: para fazer a massa reagir, ou seja, para fazê-la comprar, é preciso que o anúncio apele para uma das necessidades básicas dos indivíduos ou para um desejo que se presume exista na maioria deles – necessidade ou desejo que a mercadoria a vender satisfaça plenamente.

O tema ou ideia da campanha deve constituir, pois, implícita ou explicitamente, um excitante, um estímulo que fira o ponto sensível do grupo consumidor em relação ao produto.

### **Fatores de Influência**

Para influir na mente dos consumidores, utilizamos um dos três fatores de influência, ou então uma combinação deles.

#### **Sugestão**

[...] É a faculdade de aceitarmos uma ideia exterior sem exame, sem a submeter a uma crítica, sem termos um fundamento racional. Ela atua pelo sentido afetivo da mente, não pelo conteúdo racional.

[...]

- Ela atua pela repetição. Tanto ouvimos um conceito que acabamos por acreditar em sua veracidade. Repetir é provar;
- Atua pela convicção – quem fala com convicção, quem tem confiança naquilo que diz, tem mais probabilidade de suggestionar. O redator deve usar de entusiasmo para escrever;
- Atua pela atmosfera – a atmosfera que circunda um objetivo ou que emana do anúncio é um veículo sutil de sugestão, desde que adequada ao produto anunciado.

A sugestão pode ser direta quando se caracteriza por uma ordem, ou convite: compre, faça, experimente, beba... Ela é indireta se não tenta impor uma conduta, não dá uma ordem. Limita-se a depositar na mente a ideia e a deixa fermentar. Ela dá ao indivíduo a sensação de que está comprando, e não de que alguém está lhe querendo vender. Nos últimos tempos, essa tem sido a grande tendência da propaganda mundial: buscar sair de um sentido imperativo para um sentido propositivo.

#### **Imitação**

[...] Nossas crenças, nossos hábitos, nossas atitudes são, em grande parte, ditados pelo o que os outros fazem. Imitar é uma tendência inata do ser humano [...]

A moda é a expressão máxima da imitação. Há certas modas que dominam uma cidade, um país e até o mundo inteiro, em determinada época, para depois decrescerem de intensidade e cederem lugar a... outra moda. [...] O homem no seio da coletividade sente-se irresistivelmente atraído a imitar as atitudes dos demais membros do grupo.

**Empatia**

É o aspecto coletivo ou sentimental da sugestão-imitação. É a capacidade de nos identificarmos espiritualmente com outras pessoas, experimentar os mesmos sentimentos que elas experimentam ou viver mentalmente situações que desejaríamos experimentar.

[...]

Empatia significa mais “sentir o que se passa no íntimo”, “sentir dentro” da pessoa ou coisa, sentir com o indivíduo ou coisa. Pode ser que a pessoa não esteja expressando sentimento algum, mas se encontre em situação que despertaria em nós certos sentimentos se nos achássemos nessa situação. E, imaginando-nos em seu lugar, chegamos ao sentimento apropriado à situação. Identificamo-nos com a pessoa. [...] (SANT’ ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 83-86).

Todos esses processos ou mecanismos estudados na psicologia poderão ser aplicados e utilizados pela publicidade de modo a impulsionar o comércio de bens e serviços anunciados, uma vez que, a resposta para a publicidade eficaz não está nos bens e serviços em si mesmos, mas na criação ou intensificação da motivação para a compra, a partir do sentimento de satisfação que pode ser obtido com a mesma.

## **4.8 Princípios publicitários frente ao consumidor**

### *4.8.1 O princípio da identificação da publicidade*

Encontra-se inserido no art. 36, *caput* do Código de Defesa do Consumidor. Significa que a publicidade não poderá ser clandestina, devendo, portanto, poder ser identificada, de imediato, pelo consumidor, seja qual for o veículo em que a mesma estiver sendo divulgada. De igual maneira, a publicidade não poderá ter efeitos subliminares, sendo certo que o consumidor deve poder perceber facilmente que a mensagem tem caráter publicitário.

#### *4.8.1.1 O merchandising*

Ensinam os autores da obra “Propaganda: teoria, técnica e prática” que no setor publicitário, o *merchandising* pode ser conceituado a partir de prismas diferentes:

[..] O *merchandising na indústria* aponta para um processo de gestão do processo produtivo, levando a que o produto esteja no ponto-de-venda no momento certo e com todas as características exigidas pelo consumidor.

Já o *merchandising promocional* está ligado às ações que se realizam no ponto-de-venda com o intuito de ampliar a venda por meio da melhor exposição do produto. É preparar a mercadoria para que seja apresentada ao consumidor da melhor maneira possível para que ela esteja adequada às necessidades do consumidor.

No Brasil, há um fenômeno também chamado simplesmente de *merchandising*, que é a utilização simulada de produtos ou serviços por atores, principalmente em filmes ou novelas. Nesse setor, liderado pela Rede Globo, as emissoras de televisão constituíram departamentos de *merchandising* que vendem espaços em suas novelas e outros programas para empresas que queiram veicular seus produtos como parte dos hábitos e costumes dos personagens ou apresentadores (SANT' ANNA, ROCHA JÚNIOR e GARCIA, 2009, p. 27-28). Grifo nosso.

É dessa última modalidade de *merchandising* que se ocupa o Direito, notadamente o Direito do Consumidor. Nesse sentido trata-se de técnica publicitária na qual, de maneira camuflada, subliminar, determinado produto ou serviço é destacado (em impressos, vídeos, etc.) sem declaração da marca, ou seja, de forma casual, como se não estivesse, àquele momento, sendo propagada a mensagem publicitária.

O Código não proíbe o *merchandising* de forma expressa, mas é nítido que o mesmo é incompatível com o princípio da identificação da publicidade. Desta feita, recomenda-se que sejam adotadas medidas específicas por parte dos veículos de comunicação para que venham a facilitar a apreensão, pelo consumidor, do conteúdo publicitário do *merchandising*.

Algumas soluções têm sido elaboradas pela doutrina. Dentre elas, encontra-se a de que deveria ser veiculada informação antecipada, comunicando que, naquele momento, naquele determinado canal publicitário, haverá *merchandising*, mencionando-se os produtos e serviços objeto do mesmo. Assim, o espectador poderá facilmente identificar a existência de mensagem publicitária.

#### 4.8.1.2 O teaser

Trata-se de mensagem publicitária com o fim de preparar o mercado para outra mensagem publicitária mais importante, principal.

Nas palavras de Plínio Cabral:

O *teaser* tem como objetivo preparar o mercado para o lançamento da campanha de propaganda. É um anúncio do anúncio. Mas produzido de forma a provocar um certo suspense, a criar uma atmosfera de interrogação, convidando o leitor ou telespectador para, num dia determinado, a uma hora determinada, numa página também determinada, ler, ver e ouvir algo que lhe vai ser comunicado. Procura-se com isto dar maior impacto ao anúncio, ou seja: assegurar um elevado índice de audiência para a campanha de propaganda. Como o primeiro objetivo do anúncio é ser visto e lembrado, o *teaser* procura anunciar o anúncio (CABRAL, 1977, p. 110-111).

Da mesma forma que o *merchandising*, o *teaser* não permite uma identificação pronta da mensagem como publicitária, bem como, de seu patrocinador. No entanto, por ser um fragmento da publicidade, não a compromete, vez que, ao final da mesma, a identificação restará completa e perfeita. Nesse sentido, leciona Rizzatto Nunes, segundo o qual: “o *teaser* é [...] técnica aceita de apresentação publicitária de produto e serviço sem identificação imediata do anunciante” (NUNES, 2010, p.528).

#### 4.8.2 O princípio da veracidade e da transparência publicitária

O princípio da veracidade publicitária é aquele que se refere à disposição contida no art. 37, § 1º do Código de Defesa do Consumidor que define o que é publicidade enganosa, bem como, proíbe expressamente sua veiculação.

Desse modo, a publicidade deve fazer uma apresentação verdadeira do produto ou do serviço que pretende divulgar. Se a mesma contiver dados objetivos, ou mesmo dados técnicos acerca do produto ou do serviço veiculado, esses deverão ser claros, até para o consumidor leigo; deverão ser genuínos, bem como poderem ser comprovados pelo consumidor. Incumbe, pois, aos anunciantes e às agências publicitárias manterem tais comprovações em seu poder para possível verificação caso lhes seja solicitado.

As pesquisas e estatísticas a que a publicidade eventualmente faça alusão também deverão ser verdadeiras e advir de fontes idôneas. Ainda, seus resultados não poderão ser divulgados parcialmente, de modo que deles se possam tirar conclusões diversas daquelas a que se chegaria se houvesse um exame completo dos mesmos.

Também, quando a publicidade fizer uso de depoimentos personalizados, a saber, utilizando profissionais da área do produto ou serviço veiculado, bem como, utilizando

testemunhos de pessoas conhecidas publicamente, estes deverão ser verdadeiros e advir da experiência da pessoa que testemunha a seu favor.

O princípio da veracidade está intimamente ligado ao princípio da transparência da fundamentação publicitária, disposto no art. 36, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Esse último se refere especificamente ao dever expresso de que o fornecedor anuncie seus produtos ou serviços de acordo com elementos fáticos, técnicos e científicos que comprovem o conteúdo da mensagem veiculada, e cujos dados, ao mesmo tempo, sejam acessíveis aos consumidores interessados.

A respeito veja-se a opinião de Joaquim de Sousa Ribeiro<sup>24</sup>:

Transparência é o contrário de opacidade. Exigir transparência nas relações de mercado e nos contratos que as canalizam é exigir que o conhecimento do objecto e das condições da oferta seja facilmente acessível aos interessados. Aos sujeitos que procuram bens ou serviços deve ser garantida a possibilidade de compreensão cabal das características da prestação a que ganharão direito, do montante exacto das contrapartidas a seu cargo e dos termos de execução do contrato, sem que para isso tenham que desenvolver especiais esforços ou recorrer a apoio técnico especializado. Tal implica, em primeiro lugar, a proibição da criação artificial de barreiras de informação, em busca de efeitos de ocultação de desvantagens para a contraparte ou de enganosa valorização das vantagens que o contrato lhe proporcionará. Este dever negativo actua já numa fase anterior ao estabelecimento de qualquer contacto negocial específico, através da proibição da publicidade enganosa [...]. Mas também se projecta, como é evidente, na fase negocial, através da proibição de qualquer forma de informação enganadora quanto aos elementos do contrato [...]. A indução em erro através da divergência entre o conteúdo de mensagens publicitárias e a efectiva configuração do produto oferecido e das condições de transação pode ser eficazmente combatida através da atribuição de carácter vinculativo, em princípio, àquelas comunicações [...] (RIBEIRO, p. 135-136) Grifo nosso.

Felizmente, no Brasil, a determinação de vinculação da oferta publicitária, expressamente prevista pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 30), traz ao anunciante o dever de efetivo cumprimento do contrato nos termos em que fez veicular na publicidade.

#### 4.8.3 O Princípio da não-abusividade e da lealdade publicitária

---

<sup>24</sup> Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.



O princípio da não-abusividade advém da previsão contida no art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. Busca definir o que vem a ser publicidade abusiva, bem como, reprimir a sua veiculação nos meios publicitários.

Segundo tal princípio o anúncio deverá ser respeitoso e não contrariar o interesse social. Assim sendo, não serão admitidas publicidades que importem em propagação da violência, que estimulem a prática de comportamentos perigosos, que representem ofensas de quaisquer espécies, que venham a incitar a discriminação racial, religiosa, social ou política, que estimulem o descaso com o meio-ambiente, bem como aquelas que venham a exaltar ou mesmo estimular a prática de condutas criminosas e ilícitas.

O princípio da lealdade da publicidade, por sua vez, se dá quando da aplicação do art. 4º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor à matéria relativa à publicidade. Tal comando determina a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida [...] das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”. Esse dispositivo legal é um dos princípios gerais do Código e, por extensão, perfeitamente aplicável no âmbito da publicidade, sobretudo no que se refira ao *marketing*, à concorrência, e à publicidade comparativa entre empresas.

Cediço, pois, que os princípios acima enumerados são de grande relevância e deverão balizar a conduta dos profissionais da comunicação comercial, e, por conseguinte, a própria mensagem publicitária. Contudo, o desafio maior desses profissionais é coadunar a aplicação prática de tais princípios, sem permitir que a mensagem publicitária seja apartada de sua beleza, criatividade, de seu conteúdo emotivo, lúdico, e, ao mesmo tempo crível, na medida em que a mesma é, conjuntamente, técnica propulsora de sentimentos no ser humano individualizado, mensagem objetiva destinada às massas, e fenômeno fundamental ao desenvolvimento e manutenção da economia capitalista atual.

## 5 A PUBLICIDADE ENGANOSA

### 5.1 A regulamentação do *marketing* e da publicidade

Não obstante a inexistência de legislação específica que trate do *marketing* e da publicidade, bem como o fato de que a Constituição Federal de 1988 não possui capítulo próprio sobre a matéria, ambos, a saber, *marketing* e publicidade, encontram-se limitados por outros dispositivos constitucionais e por leis infraconstitucionais, não sendo, pois, sua veiculação totalmente livre. Senão veja-se:

Art. 22.  
Compete privativamente à União legislar sobre:  
XXIX – propaganda comercial.

Art. 220, § 3.  
Compete à lei federal:  
II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221<sup>25</sup>, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Art. 220, § 4º.  
A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso<sup>26</sup>.

Ainda, nos dizeres de Paulo Jorge Scartezini Guimarães, é relevante observar que:

A publicidade está diretamente ligada à atividade empresarial e comercial e, em consequência, à concorrência do mercado, motivo pelo qual sua regulamentação nasce na proteção a esse fenômeno mercadológico (GUIMARÃES, 2007, p. 89).

---

<sup>25</sup> O art. 221 da CF estabelece os princípios que devem reger a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão.

<sup>26</sup> A esse respeito, Lei n.º 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre restrições ao uso e à publicidade de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas (NUNES, 2010, p. 487).

Assim sendo, na falta de legislação própria, algumas das normas inseridas no Código de Defesa do Consumidor vão disciplinar diretamente a publicidade.

Veja-se, pois, o artigo 36 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

**Art. 36.**

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

**Parágrafo Único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. (Grifo nosso).**

Dessa forma, ainda relativamente ao Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que o legislador não regrou somente as relações contratuais entre fornecedores e consumidores, mas também o momento anterior ao contrato, quando não existe sequer o consumo efetivo. A publicidade é uma das técnicas utilizadas nesse momento pré-contratual, e por isso devidamente regulamentada pelo CDC.

Da mesma maneira, o Código, em seu capítulo “Dos Direitos Básicos do Consumidor”, prevê que entre estes direitos básicos se inclui “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva” (art. 6º, IV).

Nesse sentido, escreve Marcelo Kokke Gomes:

A fim de que a publicidade não se desvirtue, desequilibrando as relações de consumo e retirando-lhes a transparência devida, a lei determina que esta deve se ater à veracidade das características de produtos e serviços, não se constituindo abusiva ou enganosa, as quais são proibidas (GOMES, 2001, p. 143).

Desse modo, no Brasil, a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, notadamente através de seu artigo 37 e parágrafos, restou-se expressamente proibida a veiculação de publicidade enganosa ou de publicidade abusiva.

## **5.2 O Controle da publicidade enganosa**

A prática de publicidade enganosa é crime tipificado no artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor. Senão veja-se:

Art. 67.

Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:  
Pena – Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

Ainda, na esfera penal, a indução do consumidor a erro também é tipificada como crime a teor da previsão contida no artigo 7º, inciso VII, da Lei n.º 8.137/90 – Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo.

Administrativamente, a publicidade enganosa é controlada pelo CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, bem como, pelos órgãos públicos encarregados de garantir a defesa do consumidor.

No âmbito cível, o Judiciário, quando acionado, além da fixação de indenização em virtude da responsabilidade objetiva existente, poderá determinar a interrupção da veiculação, transmissão ou publicação do anúncio, ou mesmo, da campanha publicitária total ou parcialmente.

O Judiciário poderá ainda condenar o fornecedor a fazer veicular a chamada “contrapropaganda”. Esta constitui penalidade expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 56, inciso XII.

Rizzatto Nunes leciona a respeito da contrapropaganda:

Para cumprir sua função, o conteúdo da contrapropaganda deve ser tal que possa desfazer o resultado da comunicação anteriormente realizada.

[...]

Logo, a contrapropaganda deve ter um conteúdo (mensagem) que possa anular ou ao menos desmentir o conteúdo (mensagem) enganoso anteriormente produzido (NUNES, 2010, p. 546).

A contrapropaganda deve ser veiculada às expensas do infrator, nos mesmos moldes da publicidade enganosa, a saber, mesmos horários, veículos, locais e espaços, a fim de que tal tentativa de minimizar os efeitos maléficos da enganabilidade seja verdadeiramente útil, nos moldes do que prevê o artigo 60 e seu § 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Também, o magistrado ao impor a contrapropaganda, deverá fixar multa diária pelo descumprimento da obrigação. A multa deverá ser bem fixada, vez que servirá como forma de persuadir o fornecedor-anunciante a cumprir com sua obrigação – a veiculação da contrapropaganda.

Desse modo, o que se observa é que, seja no âmbito penal, cível ou mesmo administrativo, sempre se buscará combater a publicidade enganosa nos anúncios empresariais contemporâneos.

Quanto ao conceito de publicidade enganosa, verifica-se que o mesmo advém dos próprios dizeres do parágrafo 1º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que o parágrafo 3º do referido artigo define o que vem a ser publicidade enganosa por omissão:

**Art. 37.**

**§ 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.**

[...]

**§ 3º. Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (Grifo nosso).**

Desta feita, a publicidade enganosa é aquela que procura fazer com que o consumidor venha a crer em algo não correspondente à realidade relativamente ao produto ou ao serviço por ela apresentado, ou relativamente às condições de pagamento, valor, ou mesmo quanto à garantia desse mesmo produto ou serviço.

No entanto, não se deve confundir publicidade enganosa com publicidade falsa. A publicidade falsa não passa de um tipo, uma modalidade de publicidade enganosa. A respeito veja-se:

[...] uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo. É, em síntese, o conceito de enganosidade, e não de falsidade, que é essencial aqui (BERNITZ e DRAPER, s.d., p. 134 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 344).

De igual maneira, deverá ser considerado enganoso o anúncio publicitário que, não obstante não violar o Código de Defesa do Consumidor, descumpra determinações instituídas pelo próprio setor publicitário em seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que, por sua vez, constitui previsão normativa suplementar àquele.

Importa, pois, salientar que foi criado, pelos próprios publicitários, um Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), editado em 05 de maio de 1980.

Segundo Paulo Jorge Scartezini Guimarães:

Esse conjunto de regras tinha e tem por objetivo manter uma sadia competição entre os anunciantes, proteger os consumidores das publicidades ilícitas e ainda evitar que o Estado, que nem sempre tem conhecimentos técnicos sobre o assunto, tenha um controle absoluto sobre o tema (GUIMARÃES, 2007, p. 93).

Nesse sentido, estabelece o artigo 16 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

Art. 16.

[...] concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais, como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio.

Pode-se afirmar que, na atualidade, é o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária importante e eficaz instrumento na aferição da enganosidade nos casos concretos no meio publicitário. O mencionado Código ainda prevê as seguintes penalidades administrativas no caso de haver infração aos seus dispositivos:

Art. 50.

Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades:

- a. advertência;
- b. recomendação de alteração ou correção do Anúncio;
- c. recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio;
- d. divulgação da posição do CONAR<sup>27</sup> com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não-acatamento das medidas e providências preconizadas.

§ 1º - Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular.

§ 2º - Compete privativamente ao Conselho Superior do CONAR alterar as disposições deste Código, bem como alterar, suprimir e acrescentar-lhe Anexos<sup>28</sup>.

Acerca da matéria, lecionam Herman e Benjamin:

A precisão e o caráter técnico do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, assim como a boa vontade e esforço dos seus implementadores, não foram (como não são) suficientes para impedir, isoladamente, toda sorte de abusos praticados contra os interesses dos consumidores. Daí ter o Código de Defesa do Consumidor buscado um sistema misto de controle, conjugando autorregulamentação e participação da administração e do Poder Judiciário. A Constituição Federal estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV). Logo, nenhum ato ou atividade que provoque ou seja capaz de provocar danos a alguém – nem mesmo a publicidade – pode ser excluído de apreciação judicial (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 329).

<sup>27</sup> CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

<sup>28</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20%20anexos\\_cap5.htm](http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20%20anexos_cap5.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

Assim sendo, necessário salientar que havendo conflito entre as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e as regras previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, esse último diploma legal prevalecerá em face da própria hierarquia das leis.

### 5.3 O CONAR

Diante da possibilidade do governo federal, ao final dos anos 70, sancionar uma lei que viria a regular diretamente a publicidade no Brasil, temeroso de que a censura pudesse recair diretamente sobre a publicidade, o setor publicitário promoveu sua autorregulamentação através da elaboração de um código que tinha como missão o zelo pela liberdade de expressão comercial, bem como, a defesa dos interesses de todas as partes envolvidas no mercado da publicidade, a saber, anunciantes, agências, veículos e o próprio consumidor.

Nascia, pois, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, inspirado a partir do modelo inglês, apresentado durante o III Congresso Brasileiro de Propaganda realizado no ano de 1978.

“Logo em seguida, era fundado o Conar, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, uma ONG encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária”.<sup>29</sup>

O CONAR é responsável pela fiscalização da ética publicitária a nível nacional, encarregado da decisão de processos administrativos publicitários e promoção de conciliações entre seus associados quando em conflito. Senão veja-se:

O Conar atende a denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados ou ainda formuladas pela própria diretoria. Feita a denúncia, o Conselho de Ética do Conar – o órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do disposto no Código – se reúne e a julga, garantindo amplo direito de defesa ao acusado. Se a denúncia tiver procedência, o Conar recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda. Pode ainda advertir anunciante e agência.

---

<sup>29</sup> Disponível em <<http://www.conar.org.br/html/quem/historia.htm?Documento=629>>, acesso em 17 de abril de 2012.

O Conselho de Ética está dividido em sete Câmaras, sediadas em São Paulo, Rio, Brasília e Porto Alegre e é formado por 180 conselheiros, entre efetivos e suplentes, recrutados entre profissionais de publicidade de todas as áreas e representantes da sociedade civil. [...] <sup>30</sup>

Ainda, o próprio CONAR estabelece qual é a sua missão, veja-se:

Impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas. [...] visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. [...] Quando comprovada a procedência de uma denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou suspender a veiculação do anúncio. O CONAR não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. [...] <sup>31</sup>

O CONAR é uma organização não-governamental extremamente comprometida com os fins a que se dedica, possuindo um alto conceito não somente frente aos profissionais da publicidade, como também junto à sociedade. O que se observa é que, em detrimento do Poder Judiciário, seja por seu sério engajamento na questão, seja pela maior celeridade na solução de pendências, o mesmo tem sido mais comumente procurado não só pelos profissionais envolvidos na publicidade, como também por parcelas da população para que conflitos sejam dirimidos e denúncias sejam apuradas no universo publicitário.

#### **5.4 Publicidade enganosa e publicidade abusiva - diferenciação**

Necessário distinguir-se publicidade enganosa e publicidade abusiva.

Na publicidade enganosa, o engano refere-se justamente ao produto ou serviço cuja venda se procura incentivar, ou a característica diretamente ligada ao mesmo, a saber, valor, condições de pagamento ou garantia. Em contrapartida, na publicidade abusiva, o abuso ou abusividade advém dos efeitos causados pela publicidade, ou seja, do próprio anúncio em si, e não relativamente ao produto ou ao serviço que está sendo propagado.

A publicidade abusiva se traduz em mensagens que possam induzir o consumidor a agir em detrimento de sua própria segurança ou saúde; anúncios que possam incentivar condutas violentas, discriminatórias, ou atentatórias ao meio-ambiente por parte do

---

<sup>30</sup> Disponível em <<http://www.conar.org.br/html/quem/historia.htm?Documento=629>>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>31</sup> Disponível em <<http://www.conar.org.br/html/quem/missao.htm?Documento=232>>, acesso em 17 de abril de 2012.



consumidor; bem como aqueles anúncios que exploram as “fraquezas do consumidor”, assim exemplificadas pelo medo, superstição ou deficiência de julgamento.

Veja-se o que leciona Marcelo Kokke Gomes:

A publicidade enganosa é aquela envolvida em falsidade, através de um exercício comissivo ou omissivo, leva o consumidor a erro sobre as reais características do produto ou do serviço, sendo tratada no artigo 37, § 1.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A publicidade abusiva atenta contra os valores socioculturais, podendo instigar a violência, a discriminação, a conduta antiecológica, a condutas prejudiciais à saúde ou à segurança, ou mesmo viciar o julgamento de valor do consumidor, explorando seu medo ou deficiência natural ou eventual. Encontra-se conceituada no § 2.º do artigo 37 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (GOMES, 2001, p. 143).

Dessa diferenciação, conclui-se que determinado anúncio publicitário poderá ser, ao mesmo tempo, enganoso e abusivo, bastando que o produto ou serviço objeto da publicidade não corresponda verdadeiramente ao que está sendo veiculado, e que, ao mesmo tempo, o anúncio publicitário em si contenha características que retratem a existência de abusividade nos moldes acima expostos.

A título de exemplo, veja-se anúncio publicitário que pode ser classificado como enganoso, e cuja alteração foi recomendada pelo CONAR para que continuasse sendo veiculado na mídia:

“JAC Motors - Inesperado”

[...]

Consumidores de Porto Alegre (RS), Brasília, São Paulo (SP) e Fortaleza (CE) protestaram contra o fato de filme em TV dos automóveis JAC apresentar o *lettering* “6 anos de garantia – fábrica no Brasil”, dando a impressão de o carro já ser produzido no país. Para os consumidores, há flagrante enganabilidade no filme.

Anunciante e agência negam tal interpretação. Consideram que os consumidores estão perfeitamente informados sobre a procedência dos veículos e que o *lettering* dá conta apenas de uma intenção, divulgada amplamente pela imprensa.

Para o relator, a impressão que fica é de que a menção pode, de fato, levar o consumidor a erro, lembrando que todos os *letterings* apresentados ao longo do filme destacam aspectos positivos do carro. “Convenhamos, para uma marca de automóvel absolutamente nova e desconhecida do consumidor brasileiro, a informação de que existe uma fábrica no Brasil serve para diminuir o preconceito que nossa população tem contra os produtos de origem chinesa”, escreveu o relator em seu voto, pela alteração, acolhido por unanimidade pelo Conselho de Ética<sup>32</sup>.

A decisão do CONAR pela alteração da publicidade acima exposta parece ter sido acertada, na medida em que, se a mesma continuasse a ser veiculada nos moldes anteriores, com toda certeza, faria com que muitos consumidores fossem induzidos a erro, levando-os a

<sup>32</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

crer que estavam adquirindo produto nacional e não importado, o que, conseqüentemente, aumentaria o número de vendas, inclusive pela facilidade na aquisição de peças avulsas, em se tratando de veículo hipoteticamente produzido no Brasil.

Noutro turno, a título de exemplo de publicidades que podem ser classificadas como abusivas estão as abaixo identificadas, nas quais houve decisão do CONAR pela alteração do anúncio questionado ou até mesmo pela sustação de sua veiculação:

“Fnac Kids”

[...]

Consumidores de Porto Alegre (RS) e São Paulo (SP) protestam contra catálogo da Fnac ilustrado por fotos de um bebê que pintou o próprio rosto, inclusive a boca, com canetas hidrográficas, e outro que aparece mordendo um pincel ainda sujo de tinta. Para os consumidores, configura-se situação inadequada e que implica risco para os modelos. O catálogo divulga produtos e ofertas para o Dia das Crianças.

Segundo a defesa enviada pelo anunciante, a campanha visa mostrar a espontaneidade das crianças. Alega ainda que o anúncio é dirigido a adultos.

A relatora propôs a alteração, voto aceito por unanimidade de forma que o anunciante use material fotográfico que não possa pôr em risco a segurança das crianças<sup>33</sup>.

Em igual sentido, veja-se:

“Cerveja Proibida”

[...]

Peças de mídia exterior no Recife opõem a frase que preconiza moderação no consumo, segundo os termos do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, à afirmação “Viva sem moderação”. Para a Primo Schincariol, autora da denúncia, a campanha da Cerveja Proibida faz “piadinha com algo sério”. Houve medida liminar de sustação contra a campanha.

A Cia. Brasileira de Bebidas Premium não enviou defesa ao Conar. Por unanimidade, o Conselho de Ética deliberou por manter a sustação, seguindo voto do relator<sup>34</sup>.

Ainda relativamente à publicidade abusiva:

“For Her Lingerie – Presenteie sua secretária...”

[...]

Consumidora de São Bernardo do Campo (SP) protesta contra *e-mail marketing* da For Her Lingerie, com o título “Presenteie sua secretária por toda sua dedicação, competência e profissionalismo”, ilustrado com foto de modelo trajando sutiã e saia. Para a consumidora, o anúncio é desrespeitoso com a condição feminina e com a profissão das secretárias.

Em sua defesa, a For Her Lingerie nega tal interpretação e informa que deixou de distribuir a peça publicitária tão logo tomou conhecimento da denúncia. Em seguida, enviou *e-mail marketing* com o propósito de se desculpar por eventuais ofensas.

<sup>33</sup> Disponíveis em <[http://www.conar.org.br/html/decisoese\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoese_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>34</sup> Disponíveis em <[http://www.conar.org.br/html/decisoese\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoese_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

A relatora propôs a sustação da campanha, voto aceito por unanimidade<sup>35</sup>.

Assim sendo, como demonstrado alhures, não será permitida a veiculação de publicidades que signifiquem atentados a valores socioculturais ou que impliquem a instigação de condutas contrárias à saúde e à segurança da população, bem como, nenhuma outra modalidade de publicidade abusiva nos moldes acima expostos.

### 5.5 Aferição da enganabilidade

Na aferição de enganabilidade, não é necessário que o consumidor seja real ou ainda que exista dano efetivo, concretamente considerado, em face do consumidor. Para tanto, basta que o anúncio tenha sido veiculado a consumidores em abstrato (potenciais consumidores).

Nesse sentido ensina Rizzatto Nunes:

O anúncio é enganoso antes mesmo de atingir qualquer consumidor em concreto; basta ter sido veiculado.

Da mesma maneira, é possível detectar um anúncio enganoso sem nem sequer verificar o produto ou o serviço concretamente. É suficiente que do próprio texto, da imagem, do som do anúncio etc. se extraia a enganabilidade.

Por exemplo, é conhecida a enganabilidade do anúncio que diz: “Curso grátis, exceto material didático”. Ora, o curso não é grátis. O que ocorre é que seu preço é cobrado embutido no chamado “material didático” (NUNES, 2010, p. 532-533).

Também, Herman e Benjamin lecionam:

Trata-se, como se percebe, de juízo *in abstracto* e não *in concreto*. [...] Por isso mesmo, não é imprescindível o depoimento de consumidores no sentido de que foram, efetivamente, enganados.

O erro potencial – consequência da enganabilidade – pode estar relacionado com qualquer dado dos produtos ou serviços: sua natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem ou preço. Mesmo um dado acessório pode, via publicidade, ser ressaltado, ganhando, então, capacidade para induzir o consumidor em erro (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 346).

Ainda, acrescenta Robert Pitofsky:

---

<sup>35</sup> Disponíveis em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

[...] na caracterização da enganabilidade, não tem qualquer importância a consumação do dano material. O consumidor não precisa chegar às últimas consequências e adquirir, de fato, o produto ou serviço com base no anúncio. Basta que este tenha a mera capacidade de induzi-lo em erro para evidenciar-se a publicidade enganosa. O que importa não são os *efeitos reais* da publicidade, mas, ao contrário, sua *capacidade de afetar* decisões de compra (PITOFSKY, 1977, p. 677 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 347).

Em síntese, conclui Rizzatto Nunes:

[...] não importa se a enganabilidade advém de parte do anúncio ou de sua projeção global sobre o público. Não interessa também saber se o teor da ilusão está só no aspecto visual ou apenas no oral ou escrito. O que vale é o resultado do impacto sobre o consumidor (aliás, o resultado potencial; nem precisa ser real). Se por qualquer dos aspectos considerados isoladamente (visual, oral, verbal, etc.) ou se pelo contexto global insinuar-se a enganabilidade, o anúncio já estará caracterizado como enganoso (NUNES, 2010, p. 534).

Por derradeiro, incumbe lembrar que uma publicidade será enganosa ainda quando tenha capacidade de induzir a erro apenas alguma fatia da população, e mesmo que tal fatia não seja composta por consumidores mais vulneráveis ou desinformados como idosos, crianças ou doentes, etc.

## 5.6 Modalidades de publicidade enganosa

Nos dizeres de Rizzatto Nunes, “as formas de enganar variam muito, uma vez que nessa área os fornecedores e seus publicitários são muito criativos. Usa-se de impacto visual para iludir, de frases de efeito para esconder [...]” (NUNES, 2010, p. 531).

Desta maneira, são várias as modalidades de publicidade enganosa. Logo abaixo, encontram-se algumas dessas muitas modalidades de publicidades ilícitas.

### 5.6.1 Publicidade enganosa por comissão ou publicidade enganosa por omissão

Pode-se afirmar que há dois tipos básicos de publicidade enganosa, a saber: a publicidade enganosa por comissão e a publicidade enganosa por omissão.

Veja-se o que ensinam Antônio Herman e Vasconcellos Benjamin:

[...] Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 345).

Assim, a publicidade enganosa por comissão atribui dado inverídico ao produto ou ao serviço que está sendo anunciado, objetivando a sua aquisição por parte do consumidor que, por sua vez, adquire a mercadoria levando em consideração a informação falsa veiculada.

Ao contrário, na publicidade enganosa por omissão, o anúncio silencia quanto a dado importante relativo ao produto ou ao serviço que está sendo anunciado. Se de outra maneira fosse, ou seja, se o objeto da publicidade houvesse sido devidamente anunciado, provavelmente o consumidor não o teria adquirido.

Acerca da publicidade enganosa por omissão, o Código de Defesa do Consumidor dispõe: “Art. 37. [...] § 3º Para efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

Relativamente ao vocábulo “essencial”, tem-se que não se trata do que seja imprescindível ao produto ou serviço, mas já é do conhecimento do consumidor. Trata-se, ao contrário, de tudo que é imprescindível ao produto ou serviço objeto da publicidade e que não seja conhecido do consumidor, seja porque consiste em uma novidade, seja porque contraria o que usualmente ocorre.

Ainda, é considerado “essencial” tudo o que a lei determinar como tal, ou seja, como conteúdo obrigatório do anúncio publicitário, bem como, determinada característica que pode vir a influenciar diretamente a vontade do consumidor em adquirir ou não o produto ou o serviço objeto da publicidade.

Veja-se o exemplo:

[...] não é omissão deixar de informar que um automóvel tem direção; que os pneus são de borracha, [...] pois são dados que, apesar de inerentes ao produto e essenciais pra sua utilização, são por demais conhecidos pelo mercado e pelo consumidor, [...] não afetando a publicidade só porque não são apresentados.

Mas seria omissão não informar que um apartamento vendido com preço diferenciado, bem abaixo do mercado, em região nobre e novo (isto é, que acaba de ser construído), não tem vaga de garagem. O pressuposto é que apartamentos novos em regiões nobres sempre tenham vaga de garagem. Se aquele não tem, é um dado essencial que precisa ser veiculado (NUNES, 2010, p. 542).

Nesse sentido, manifestam-se Herman e Benjamin:

[...] De fato, não seria admissível que, em 15 segundos de um anúncio televisivo, o fornecedor fosse obrigado a informar o consumidor sobre todas as características e riscos de seus produtos ou serviços. Assim, nos termos da lei e nos passos do Direito Comparado, só aquelas informações essenciais são obrigatórias. Por essenciais entendam-se as informações que têm o condão de levar o consumidor a adquirir o produto ou serviço.

[...]

A enganosidade por omissão varia conforme o caso, já que não se exige, conforme mencionado anteriormente, que o anúncio informe o consumidor sobre todas as qualidades e características do produto ou serviço. O fundamental aqui é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 351-352).

Ainda, importante ressaltar que também é omissivo o anúncio que não informa ao consumidor que o “teste” demonstrado na televisão acerca de um determinado produto ou serviço trata-se tão somente de uma demonstração simulada, ou mesmo de uma imitação, não sendo, pois, verdadeiro teste feito pelo fornecedor.

A título de ilustração para tais diferenças apontadas quanto à modalidade de publicidade enganosa comissiva ou omissiva, veja-se, na prática, dois anúncios publicitários que foram objeto de aplicação de penalidades por parte do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária:

“Full HD com a tecnologia Asus Vídeo Magic”

[...]

Adesivo em notebook informa que o produto seria capaz de reproduzir imagens em Full HD, mas tal promessa não se verifica, como o consumidor denuncia ao Conar. Defesa enviada pela empresa representante da Asus no Brasil, a ACBZ, informa que o notebook tem função “HD” e não “Full HD”, o que só é possível se o aparelho for conectado a um televisor ou monitor Full HD. Informa ainda que o produto já foi descontinuado e que a etiqueta objeto da representação não mais será afixada a outros produtos.

Por maioria de votos, o Conselho de Ética deliberou por sustar a ação publicitária<sup>36</sup>.

A publicidade em comento apresenta-se enganosa por comissão, vez que o anunciante atribui ao produto objeto do anúncio publicitário, determinada capacidade que, na verdade, o mesmo não possui, levando a erro aqueles consumidores que pensaram estar adquirindo mercadoria com características diferentes das que julgavam que o referido bem possuísse.

Como exemplo de publicidade enganosa por omissão, tem-se:

<sup>36</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

“Aproveite! Levando a 1ª unidade...”

[...]

Consumidores do Rio (RJ), João Pessoa (PB) e Manaus (AM) consideram haver enganabilidade na campanha em TV e ponto de venda do Carrefour, que promove concessão de desconto de 50% na compra de uma segunda unidade do mesmo produto. Os consumidores protestam contra o fato de a oferta não ser generalizada, mas apenas para determinados produtos, o que não seria claramente informado na campanha.

Em sua defesa, o Carrefour afirma considerar que a limitação de extensão da oferta estava convenientemente informada na campanha.

Por maioria, o Conselho de Ética votou por recomendar a alteração da campanha, de forma a tornar mais explícitas as limitações da promoção<sup>37</sup>.

Desta forma, percebe-se que o anunciante deixa de trazer informação essencial ao anúncio publicitário, o que por certo induzirá inúmeros consumidores a erro. Bem aplicada a pena de alteração da campanha publicitária para informar devidamente o consumidor de que a oferta em questão não é generalizada, mas, ao contrário, refere-se tão somente a alguns produtos.

### 5.6.2 Publicidade totalmente enganosa ou publicidade parcialmente enganosa

A publicidade também pode ser classificada quanto à extensão da enganabilidade: a saber, totalmente enganosa ou parcialmente enganosa.

[...] a publicidade enganosa pode, quanto à extensão da enganabilidade, ser total ou parcialmente falsa. Naquele caso, as informações, em seu conjunto, são realmente falsas. Neste, ao revés, convivem, a um só tempo, informações falsas e outras verdadeiras. A existência de informações parcialmente corretas não faz com que a publicidade deixe de ser enganosa (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 345).

Assim sendo, a existência de informação publicitária enganosa, ainda que parcial, torna ilícita aquela publicidade.

Para a melhor diferenciação da publicidade quanto à extensão da enganabilidade (total ou parcialmente enganosa), imperioso analisar os seguintes anúncios publicitários que também sofreram a aplicação da penalidade de alteração por parte do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária:

<sup>37</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

“Novo Hyundai Azera”

[...]

Consumidor carioca queixa-se que a garantia de modelo da Hyundai divulgada em anúncio em jornal (“5 anos de garantia sem limite de quilometragem”) não corresponde à realidade. Há itens que não gozam de nenhuma garantia, caso de lâmpadas, por exemplo, e que várias partes do carro teriam garantia de um ano ou 20 mil quilômetros.

Defesa enviada pelo anunciante e sua agência afirma considerar que os limites de garantia expressos no manual do proprietário não invalidam a afirmação contida no anúncio.

Estes e outros argumentos da Hyundai e Z+ não convenceram o relator. Para ele, é indispensável no anúncio menção à existência de exceções à garantia propagada. Seu voto, pela alteração, foi aceito por unanimidade<sup>38</sup>

Desse modo, está-se diante de publicidade parcialmente enganosa, na qual coexistem informações corretas acerca do produto anunciado, bem como informações enganosas, posto que omissas, a saber, itens que estariam descobertos pela garantia anunciada, bem como outros assegurados por garantia diferente daquela prometida.

Há também publicidades eivadas de enganiosidade em toda a sua extensão, senão veja-se:

“Calcitran B12”

[...]

A Wyeth Indústria Farmacêutica acusa o que considera ser inverdade em ações de *merchandising* em rádio e TV de Calcitran B12, nas quais se divulga que ele é “a cura para osteoporose”. Na bula do medicamento, porém, não há indicação terapêutica para a grave moléstia. Também não há registro de estudos científicos apresentados pela anunciante junto à ANVISA que comprovem tal afirmação. As ações de *merchandising* são desenvolvidas em vários programas da Rede TV e Band.

Haveria enganiosidade, ainda segundo a denúncia, em informação da campanha, de que Calcitran B12 contém em sua fórmula a vitamina D3 quando tem, na verdade, a vitamina D2. A Wyeth queixa-se, por fim, que há comparação indevida de preços entre Calcitran B12 e outros produtos do segmento. A denunciante fabrica o suplemento vitamínico-mineral Caltrate, para prevenção e tratamento auxiliar da osteoporose.

Em reunião de conciliação entre as partes, realizada sob mediação do CONAR, na sede da entidade, a anunciante comprometeu-se a suspender a campanha. Semanas mais tarde, a Wyeth informou que o acordo não estaria sendo cumprido, o que foi negado pela Vidfarma, fabricante do Calcitran B12, considerando que o material de campanha fora alterado. Diante da polêmica, o relator do processo propôs que ele fosse levado a julgamento pelo Conselho de Ética.

Neste, propôs a alteração das ações de *merchandising*, de forma a corrigir as alegações da denúncia, devendo ser conformadas aos estritos limites do que consta na bula do medicamento. Seu voto foi aceito por unanimidade<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>39</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.



Pôde-se verificar, conforme o exposto, que a publicidade do medicamento “Calcitran B12” é enganosa em toda a sua extensão, não havendo, pois, veiculação de nenhuma informação verídica no tocante ao produto, mas, ao contrário, a atribuição ao mesmo de características e faculdades totalmente inexistentes.

### 5.6.3 O “chamariz”

Trata-se de uma forma de enganar o consumidor atraindo-o para o estabelecimento comercial, ou levando-o a contatar o fornecedor por telefone, para que, desse modo, o mesmo venha a ser envolvido pelo fornecedor e acabe por concretizar a compra.

Rizzato Nunes traz alguns exemplos dessa modalidade de enganosidade:

[...] ouve-se no rádio o seguinte anúncio: “Os primeiros dez ouvintes que ligarem terão desconto de 50% na compra de tal produto; ou farão o curso gratuitamente etc.”. Quando o consumidor liga, ainda que seja logo em seguida, recebe a resposta de que é o décimo primeiro a ligar. E em seguida recebe o “malho” de venda.

[...]

Outro exemplo dessa “técnica” é o “chamariz” da liquidação. Anuncia-se a liquidação, com grandes descontos, e, quando o consumidor chega à loja, a liquidação é restrita a uma única prateleira ou estante (NUNES, 2010, p. 531).

Essa modalidade de publicidade enganosa encontra-se sendo veiculada normalmente na mídia nacional, sobretudo em programas televisivos. Os telespectadores são confrontados a ligar “sem compromisso” para o fornecedor para que tenham melhores condições na aquisição do produto. Não raras vezes, são até mesmo feitas promessas de “brindes” e “presentes” para os consumidores que entrarem em contato, ainda naquele instante ou logo após o anúncio, para que assim sejam atraídos e acabem por efetivar a compra da mercadoria anunciada.

Igualmente, esse tipo de publicidade enganosa tem ocorrido corriqueiramente na internet, sendo solicitado ao consumidor que acesse o site da empresa anunciante. Eis um exemplo concreto no qual houve intervenção do CONAR para a sustação do anúncio e encaminhamento de advertência ao fornecedor dos produtos:

“2for U”

[...]

Perto de cem consumidores enviaram queixa ao Conar denunciando o site Brandsclub pertencente à Flandres Comércio Global de Varejo. Segundo os consumidores, o site divulgou promoção por 48 horas, intitulada “2forU”, oferecendo roupas, acessórios de moda, relógios, móveis de cozinha etc. a preços a partir de dois reais. No entanto, nenhum deles conseguiu acesso ao site ou, quando o fizeram, não conseguiram concluir a compra.

Em sua defesa, a Flandres informa que seu site é o maior clube de compras brasileiro, com produtos vendidos com até 90% de desconto. Para a promoção alvo das denúncias, com um estoque total de 14 mil itens, a empresa reforçou seu sistema de atendimento, tornando-o capaz de receber até 250 mil acessos simultâneos. No entanto, o volume de acessos foi tão grande que levou o sistema a seguidos colapsos. Tal foi a rapidez dos consumidores, sempre de acordo com a defesa, que houve estoque de produtos que se esgotou em dois minutos.

Tais argumentos não convenceram o relator. “Como denominar esse acontecimento? Irresponsabilidade? Inexperiência? Seja lá o nome que mereça o episódio, o fato é que a empresa não cumpriu com aquilo que foi anunciado e prometido”, escreveu ele em seu voto, apontando incongruências entre as informações trazidas pela defesa e as divulgadas pelo site, depois de encerrada a promoção. Ele propôs a sustação, agravada por advertência à Flandres Comércio Global de Varejo, voto aceito por unanimidade<sup>40</sup>.

Ainda, eis outro exemplo de chamariz na publicidade brasileira, tendo sido determinada sua alteração pelo CONAR:

“Clube do Ricardo – Gol 2012...”

[...]

Consumidor de Ribeirão Preto (SP) considera que peça publicitária na internet de responsabilidade de um clube de compras da Ricardo Eletro não apresenta com clareza os exatos contornos da oferta de um automóvel Gol com até 90% de desconto. Na medida em que vai navegando pelo site, o consumidor entende que tal preço está vinculado a cadastramento e indicação de outros consumidores para o clube de compras, entre outras exigências.

O relator propôs a alteração do anúncio. Para ele, desde o primeiro momento, o site deve explicar que se trata de um concurso. Seu voto foi aprovado por maioria. Não houve defesa por parte da Ricardo Eletro<sup>41</sup>.

Ambas as decisões do CONAR acima elencadas foram bem fixadas, sendo certo que a publicidade enganosa, quando passível de modificação, deve ser alterada de modo a não mais produzir efeitos maléficis ao consumidor. Quando o teor da publicidade enganosa não puder ser modificado a bem do consumidor, recomendável a sustação do anúncio como de fato ocorreu no caso concreto.

<sup>40</sup> Disponíveis em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>41</sup> Disponíveis em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

#### 5.6.4 Informação “distorcida”

Ocorre quando em comparação com o produto ou serviço real, certifica-se que o anúncio deu informações distorcidas ou falsas sobre o produto ou serviço objeto da publicidade. Ainda, ocorrerá enganabilidade se o declarado na publicidade não vier a se verificar.

Nesse sentido, explica Rizzatto Nunes:

Se o fornecedor diz que o produto dura dois meses e em um ele está estragado, a publicidade é enganosa. Se apresenta o serviço com alta eficiência, mas o consumidor só recebe um mínimo de eficácia, o anúncio é, também, enganoso etc. Enfim, será enganoso sempre que afirmar algo que não corresponda à realidade do produto ou serviço dentro de todas as suas características (NUNES, 2010, p. 532).

Nessa hipótese de publicidade, não se configura um mero exagero ou destaque das características ou potencialidades do produto ou serviço anunciado, mas a veiculação de informações objetivas sobre a mercadoria de caráter inverídico, com o fim de promover a intensificação das vendas.

Veja-se o seguinte Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. VEÍCULO NOVO COM RETOQUE. PROPAGANDA ENGANOSA POR OMISSÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR À RESOLUÇÃO E RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. APELAÇÃO ADESIVA. INDENIZAÇÃO. MERO ABORRECIMENTO.

O dever de informar, ônus que é imposto ao fornecedor como pressuposto do exercício de atividade econômica lícita, encontra sua base no tradicional princípio da boa fé objetiva, e sua inobservância enseja a caracterização da propaganda enganosa por omissão, definida pelo artigo 37 do CDC.

Incumbe ao fornecedor o dever da informação de que o bem sofreu reparos, ainda que este reparo não tenha tornado o bem impróprio para o consumo, pois tais dados podem levar o consumidor a não realizar o negócio de compra e venda daquele bem em específico, e é isto o que interessa para a configuração da propaganda enganosa e a consequente aplicação do disposto no art. 35 do CDC.

Cabe ao consumidor a livre escolha entre a rescisão do contrato, com direito à restituição, aceitar outro produto equivalente ou exigir o cumprimento forçado da obrigação nos termos da proposta. [...] <sup>42</sup>

<sup>42</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 499.595-5 – 22.06.2005. Relatora: Des.(a) Albergaria Costa. Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=...](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=...)> Acesso em 05 de março de 2012.

No caso em tela não se verifica a presença de mero exagero ou enaltecimento de características do produto comercializado, não constituindo hipótese de *dolus bonus* (que será objeto de análise do próximo capítulo), mas sim verdadeira forma de publicidade enganosa, na qual informação essencial e preponderante acerca do produto deixou de ser passada ao consumidor. Eis aí nítido exemplo de “Informação Distorcida”, ainda que por omissão.

Também em inúmeras ocasiões, o CONAR se manifestou a respeito da publicidade distorcida. Vejam-se alguns desses exemplos:

“Claro – Promoção Fala Mais Brasil por chamada”

[...]

A Tim protesta contra ação de merchandising da sua concorrente Claro, exibida na Rede Record, com a participação do apresentador Rodrigo Faro. Na ação, ele enfatiza a possibilidade de, graças à promoção Fala Mais Brasil, falar ao celular “sem parar” com outros assinantes da operadora por R\$ 0,25, entre outros benefícios.

Para a Tim, há enganosidade na oferta, pois há limites à promoção, que não são adequadamente mostrados na ação. Foi recomendada sustação liminar pelo relator, enquanto aguardava pela defesa.

Nesta, a Claro informa que, voluntariamente, providenciou a alteração de forma a tornar mais visível o *lettering* que informa sobre limites da oferta.

O relator recomendou a alteração. Sob seu ponto de vista, a informação de limite do tempo de chamadas é relevante e deveria estar clara para o consumidor. Seu voto foi aceito por unanimidade<sup>43</sup>.

Ainda, em igual sentido:

“Claro Mais DDD”

[...]

Para consumidor de Limeira (SP), anúncio em TV da Claro promovendo serviços de DDD não traz apresentação verdadeira da oferta. Apesar de afirmar que é possível “falar ilimitado” com outros assinantes da operadora, há limites para a utilização do serviço e exige-se uma assinatura específica do plano. O anúncio é apresentado pelo humorista Marco Luque.

Em sua defesa, a Claro considerou que o comercial traz todas as informações relevantes para a decisão do consumidor.

O relator propôs a alteração, no sentido de informar objetivamente que o plano anunciado é adicional ao de quem já possui um aparelho da Claro e que se o consumidor ainda não é cliente, terá de adquiri-lo para usufruir dos benefícios anunciados. Segundo ele, a inexperiência dos consumidores precisa ser considerada na criação publicitária. “Leva-se algum tempo até incorporarmos as mudanças e transformações da vida, principalmente quando elas acontecem uma atrás das outras, todas muito rapidamente”, escreveu ele em seu voto<sup>44</sup>.

Veja-se também o seguinte anúncio publicitário:

<sup>43</sup> Disponíveis em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>44</sup> Disponíveis em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

“Ricardo Eletro Vale Tudo”

[...]

O CONAR recebeu ofício do Juizado Especial Cível, Unidade de Relações de Consumo, de Belo Horizonte, que julgou procedente ação de indenização por danos morais movida por consumidor daquele estado contra a Ricardo Eletro por esta ter veiculado publicidade em TV considerada enganosa. Na decisão judicial, foi determinado o encaminhamento do ofício ao CONAR, para que o órgão tomasse as providências que considerasse cabíveis.

No anúncio, a Ricardo Eletro assume o compromisso de cobrir qualquer oferta da concorrência, sem restrições ou recomendação de consulta ao regulamento. Uma das frases do filme: “Leve anúncio da concorrência, cartãozinho de vendedor, folheto, vale tudo. O Ricardo cobre tudo”. Contudo, a Ricardo Eletro informou o consumidor que se queixou ao Juizado Especial que só cobriria ofertas de lojas físicas, não levando em conta preços de lojas virtuais.

Informada da abertura do processo pelo CONAR, a Ricardo Eletro não enviou defesa. O relator propôs a alteração do filme. Para ele, há clara divergência entre o que é informado ao consumidor e aquilo que consta no regulamento da promoção. Seu voto foi aprovado por unanimidade<sup>45</sup>.

Também, ainda se tratando de publicidade distorcida, veja-se:

“LG Líbero Inverter V”

[...]

A Whirlpool considera inverídica afirmação em publicidade na internet da sua concorrente LG Electronics, de que aparelho de ar condicionado “não faz barulho”. Segundo a denúncia, no próprio site há menção ao nível de ruído do aparelho, de 19 decibéis.

A LG defende-se, alegando que tal nível é tão pequeno que não pode ser considerado como barulho.

Em primeira instância, por maioria de votos, recomendou-se a alteração das afirmações. O relator propôs que o anunciante seja mais preciso nas suas informações ao consumidor.

A LG recorreu da decisão, frisando que o nível de ruído do aparelho é informado no anúncio, entre outras alegações. Mas elas não convenceram o relator do recurso, que propôs manter a decisão inicial, voto acolhido por unanimidade<sup>46</sup>.

Dessa forma, fica claro que inverdades ou qualquer tipo de informação distorcida não serão tolerados na publicidade nacional, configurando, por certo, modalidade de publicidade ilícita por enganosidade.

### 5.6.5 A ambiguidade

<sup>45</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>46</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

Se o anúncio publicitário faz uso de ambiguidade para confundir o consumidor, será enganoso quando não puder ser compreendido num dos possíveis sentidos. “Ou seja, se a mensagem é ambígua, há enganabilidade se um dos seus sentidos é falso e o outro absolutamente verdadeiro” (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 351).

Nesse sentido, veja-se:

Se, ao ler o texto, assistir à imagem, ouvir a mensagem falada, restar possível mais de uma interpretação e uma delas levar à enganabilidade, o anúncio já será enganoso. Veja-se um exemplo real de ambiguidade usada propositalmente para iludir e que foi examinada numa ação judicial promovida por consumidor que se sentiu lesado.

Uma loja que vende produtos eletroeletrônicos na capital de São Paulo fez veicular anúncio nos jornais no qual inseriu foto de um aparelho de som, marca Gradiente, de certo padrão e dando destaque ao preço e condições de pagamento (melhores que os da concorrência). Junto do preço apareciam as siglas do aparelho. Estava anunciado ao pé das fotografias: “Conj. Esotech com PII, HAI, TII, por Cz\$ 39.620, à vista ou 5X Cz\$ 10.997”.

Acontece que a foto usada no anúncio era de um aparelho de som de melhor qualidade (e, portanto, mais caro).

O anúncio era ambigualmente enganoso, já que mostrava a foto de um produto e indicava abaixo siglas do outro, com o preço desse outro (mais barato).

A 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, de forma acertada, deu ganho de causa ao consumidor e mandou a loja indenizá-lo ou vender o aparelho melhor pelo preço anunciado do outro, de pior qualidade (NUNES, 2010, p. 534).

Fonte de dúvidas e incertezas legítimas por parte do consumidor deverá, a publicidade ambígua, ser combatida ao máximo pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor.

O CONAR também manifestou-se a respeito:

“A chance é agora”

[...]

Cartaz em sala de cinema da Cinemark em São José dos Campos (SP) divulga promoção de pipoca mais refrigerante com preço menor que o efetivamente cobrado. A denúncia foi enviada ao CONAR por consumidor da cidade.

Em sua defesa, o anunciante afirma considerar que o cartaz deixa claro que o preço divulgado diz respeito apenas à pipoca, sem o refrigerante. O relator não concordou com esse ponto de vista e recomendou a alteração do cartaz, voto aceito por unanimidade<sup>47</sup>.

Assim sendo, havendo ambiguidade na publicidade, a mensagem será passível de dúvida, e, portanto, não poderá prevalecer na mídia do consumo.

<sup>47</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

### 5.6.6 A Publicidade comparativa

Ocorre quando o anúncio mostra o produto ou serviço objeto da publicidade, comparando-o com o produto ou serviço do concorrente.

A publicidade comparativa pode ser utilizada desde que siga os limites impostos pelo Código de Defesa do Consumidor quanto a não se tornar publicidade enganosa ou abusiva, bem como, deverá respeitar as regras estabelecidas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Veja-se o que prevê, expressamente, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária acerca da matéria:

Art. 32.

Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial -, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

- 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<sup>48</sup>.

Ainda, acerca da publicidade comparativa, leciona Rizzatto Nunes:

Para apresentá-lo o anunciante tem de cumprir as seguintes regras:

- a) o fim da comparação deve ser o esclarecimento e/ou a defesa do consumidor;
- b) a comparação deve ser feita de forma objetiva, evitando o uso de alusões de caráter subjetivo, e deve ser passível de ser comprovada;

<sup>48</sup> Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <[http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos\\_principios%20gerais\\_secao7.htm](http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_principios%20gerais_secao7.htm)>. Acesso em 15 de abril de 2012.

- c) os modelos a serem comparados devem ter a mesma idade, tendo sido produzidos no mesmo ano. A comparação entre modelos de épocas diferentes só é possível se se pretender demonstrar evolução, que deve ficar claramente caracterizada;
- d) não se pode estabelecer confusão entre produtos, serviços e marcas concorrentes;
- e) não se pode caracterizar concorrência desleal nem denegrir a imagem do produto, serviço ou marca concorrente;
- f) não se pode utilizar injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- g) se se tratar de comparação entre produto ou serviço cujo preço seja de desigual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada (NUNES, 2010, p.537-538).

#### Herman e Benjamin acrescentam:

[...] Em primeiro lugar, o seu conteúdo deve ser objetivo, não se admitindo a comparação que seja excessivamente geral. A comparação deve ser feita entre elementos essenciais e verificáveis. Em segundo lugar, a comparação deve ser exata [...] (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 361).

A respeito da publicidade comparativa ilícita, também o CONAR se manifestou por diversas vezes. Vejam-se algumas ocasiões:

#### “Desafio Olay”

[...]

Segundo a denúncia, a campanha é dirigida exclusivamente a clientes de produtos concorrentes, fabricados pela Hypermarchas e Mantecorp, por meio da distribuição gratuita de 35 mil embalagens de Olay, num valor estimado de mais de R\$ 2,4 milhões, mediante troca por embalagens cheias ou vazias de produtos concorrentes. Afirma ainda a denúncia que há propaganda comparativa injustificada, expressa na frase “mude para melhor”, e inverdade na afirmação “mude grátis para Olay”, dada a mecânica da promoção.

Em sua defesa, a P&G diz considerar indiscutivelmente benéfica para o consumidor a sua promoção, na medida em que amplia a sua liberdade de escolha. Nega propaganda comparativa irregular e dá informações sobre o lançamento da linha Olay [...]. Tentativa de conciliação entre as partes resultou infrutífera.

A relatora propôs a alteração da campanha, ainda que não tenha concordado com as acusações de concorrência desleal e propaganda enganosa. Para ela, merece alteração a frase “mude para melhor”, associada à troca de produtos, por haver propaganda comparativa irregular, ao não demonstrar por que Olay seria melhor do que os produtos concorrentes. Seu voto foi aceito por maioria de votos<sup>49</sup>.

#### Em igual sentido, veja-se:

#### “Vem logo GVT”

[...]

Campanha com o título acima, produzida pela Cidade Propaganda & Marketing, atraiu reclamação formulada pela Oi, que considera haver propaganda comparativa irregular e denegrimto de imagem nas peças.

<sup>49</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_dezembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_dezembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.



Veiculada em jornais, *outdoor* e redes sociais em Feira de Santana (BA), a campanha mostra dois pais de santo; um deles consegue receber a entidade, o outro não, porque seu acesso a internet é lento. A assinatura da campanha é: “Feira é veloz, a internet não. Vem logo GVT”. A empresa de telecomunicação anunciou que, em breve, passará a atuar no mercado de Feira de Santana. Para a Oi, o denegrimento é reforçado pelo fato de seu serviço de acesso à internet ser denominado Velox. Houve recomendação de sustação liminar da campanha até seu julgamento.

Informada de abertura de processo pelo CONAR, a GVT manifestou-se, negando qualquer envolvimento na campanha. Também a agência Cidade manifestou-se, informando que as peças foram criadas e veiculadas sobre a sua exclusiva responsabilidade, expressando um protesto pelo que considera ser os maus serviços de acesso à internet disponíveis no momento em Feira de Santana.

Submetido ao Conselho de Ética, o parecer do relator foi acolhido por maioria dos votos. Ele recomendou a sustação da campanha, dada a inexistência de qualquer comprovação da pretensa má qualidade dos serviços. Os conselheiros acolheram ainda, por maioria, voto complementar, aceitando a exclusão da GVT do processo<sup>50</sup>.

Ainda se tratando da publicidade comparativa irregular:

“Oral-B Pró-Saúde”

[...]

Campanha em TV, *merchandising* e ponto de venda do creme dental Oral-B Pró-Saúde, fabricado pela P&G, atraiu queixa da concorrente Colgate Palmolive, que considera que se trata de propaganda comparativa irregular. Segundo a denúncia, há confronto direto entre Oral-B e Colgate Total 12, líder do segmento, que, ainda que não tenha a sua marca citada, seria representado em diferentes momentos da campanha pelo uso das cores branca e vermelha, as mesmas da sua embalagem. A Colgate menciona que as peças publicitárias destacam apenas dois dos benefícios considerados favoráveis a Oral-B, num total de sete, enquanto Colgate Total 12 oferece doze benefícios. Considera, por fim, que há denegrimento à sua imagem quando uma embalagem de dentifrício branca e vermelha é jogada fora.

A P&G nega a denúncia, considerando as comparações justas, objetivas e comprovadas. Afirma que a definição dos benefícios que quer destacar é de sua livre escolha. Reunião de conciliação entre as partes não chegou a bom termo.

O Conselho de Ética deliberou em primeira instância sobre três aspectos: a) a menção à marca líder, b) a cena em que o produto com embalagem branca e vermelha é jogado fora e c) conclusão de que a marca anunciada é superior. Por maioria de votos, deliberou pelo arquivamento dos itens “a” e “c” e pela alteração do item “b”.

A Colgate Palmolive ingressou com recurso contra a decisão, considerando-a insuficiente e juntando estudo que provaria que seu produto é superior a Oral-B. Em suas contrarrazões, a P&G contesta o estudo apresentado pela concorrente e destaca estudos trazidos por ela própria.

Levado a julgamento na Câmara Especial de Recursos, deliberou-se por maioria de votos pela manutenção da decisão inicial. A Colgate voltou a recorrer da decisão, levando-a à Plenária do Conselho de Ética, os argumentos das partes sendo repisados.

Dessa feita, a decisão inicial foi confirmada por unanimidade de votos, sendo acrescida a recomendação de alteração de anúncio em mídia impressa e *pack* promocional, de forma a não transmitir ao consumidor a impressão de superioridade generalizada de Oral-B<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_dezembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_dezembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>51</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_dezembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_dezembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

De igual maneira está a decisão abaixo identificada:

“Omo Superconcentrado”

[...]

Vanish, conforme documentos enviados pela Reckitt Benckiser, é líder destacado de mercado, [...] e a sua embalagem, na cor rosa, seria facilmente identificada pelos consumidores. Para a denunciante, há denegrimiento à imagem do seu produto no comercial. Reunião de conciliação entre as partes, conduzida pelo relator, resultou infrutífera.

Para a defesa, o que há no filme é cena que, por meio de hipérbole, demonstra a superioridade de seu produto na remoção de manchas de graxa. Anexa testes que comprovariam tal condição. Não aceita a tese de que a presença de um pote cor de rosa, sem mais identificações, simboliza o produto concorrente. Anexa também pesquisa que demonstraria tal fato.

Em seu voto, o relator ponderou que Vanish não pode se considerar dono da cor rosa, mas, a partir da leitura das próprias pesquisas apresentadas pela defesa, entende que as consumidoras indiscutivelmente associam a cor e a forma da embalagem que aparece no filme de Omo com o produto concorrente, líder de mercado. “Não se trata do uso da cor rosa, mas sim de uma referência nada sutil ao produto Vanish. Desta forma, não há como negar a presença do produto na cena. Aliás, outra não é a intenção da própria cena: mostrar que Vanish ‘já era’”, escreveu ele em seu voto. Por isso, recomendou a alteração, voto aceito por unanimidade<sup>52</sup>.

Desta feita, como modalidade de publicidade enganosa, a publicidade comparativa irregular não poderá prosperar.

Necessário, ainda, observar que, por força do Decreto Federal n.º 2.181, de 20 de março de 1997, em seu artigo 60, poderão ser utilizados em publicidade comparativa aqueles dados que constam dos cadastros públicos de reclamações contra fornecedores, a saber, número de reclamações, tipo de reclamações, uma vez que tais dados além de relevantes, são considerados verdadeiros, ou melhor, gozam de presunção de veracidade, bem como, são coletados pelo próprio Estado, nos moldes do artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor.

### *5.6.7 Alegações expressas e alegações implícitas*

Uma mensagem publicitária pode ser enganosa quando a informação passada é distinta da real, mesmo não o expressando claramente, mas o fazendo de modo implícito. Veja-se o exemplo trazido por Richard Craswell:

<sup>52</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_outubro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_outubro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

Se meu anúncio afirma “Sinta o contato de um verdadeiro *mink*. Compre um casaco Von Pelt hoje”, em nenhum momento está afirmando que o casaco é de *mink*. O anúncio simplesmente pede ao consumidor para fazer duas coisas: sentir o contato de um verdadeiro *mink* e comprar um casaco Von Pelt. Nada mais. Não se faz nenhuma conexão *expressa* entre as duas atividades. No entanto, em face do que fica implícito na mensagem, a compreensão final a que chega o consumidor é de que a peça é genuinamente de *mink* (CRASWELL, 1985, p. 669 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 351).

Desse modo, ao consumidor são devidas informações claras a respeito do produto ou serviço objeto do anúncio publicitário, não sendo admitidas quaisquer informações subentendidas que possam induzir o consumidor a erro.

Nesse sentido, veja-se o teor da decisão do CONAR abaixo transcrita:

“Vivo Sempre”

[...]

A TIM considera que filme para TV da Vivo não é claro na apresentação dos preços efetivamente praticados. Faltaria informar de maneira mais explícita a necessidade de pagamento de taxa de adesão e recargas periódicas. Desta maneira, o consumidor teria de pagar R\$ 1,46 por minuto de ligação em vez de R\$ 0,05 anunciados. O relator propôs a sustação liminar do filme enquanto aguardava pela defesa da Vivo. Em sua defesa, a empresa de telefonia lembra que há menção no filme à necessidade de se consultar o regulamento da promoção, disponível no site e nos pontos de venda. Informa também que no telefone disponibilizado para adesão à promoção há mensagem detalhada, com todos os contornos da oferta.

O relator propôs a alteração do filme, por considerar que o anunciante não pode seduzir os consumidores com ofertas tentadoras “para depois obrigá-los a descobrir em sites e regulamentos que vai ter de pagar alguns extras”. Para ele, divulgar o preço de R\$ 0,05 por minuto de ligação tem um poder de sedução muito grande. “Mais do que nunca, é preciso pelo menos mencionar taxa de adesão e o valor de recarga válida por tantos dias, de forma clara e sem subterfúgios”, escreveu ele em seu voto, aceito por unanimidade<sup>53</sup>.

Assim sendo, alegações expressas e implícitas muitas vezes são utilizadas como subterfúgios para induzir o consumidor a erro. Tal, como demonstrado alhures, é forma de publicidade enganosa e não pode merecer guarida na mídia empresarial.

## 5.7 Responsabilidade pela publicidade enganosa

<sup>53</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_dezembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_dezembro.htm)>. Acesso em 17 de abril de 2012.

De acordo com o parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade será solidária na reparação dos danos quando a ofensa tiver mais de um autor.

Assim sendo, o anunciante, a agência publicitária e o veículo transmissor são solidariamente responsáveis pelos danos advindos da publicidade enganosa em face do consumidor.

Contudo, haverá a desresponsabilização da agência produtora da publicidade quando a enganabilidade:

- a) não está objetivamente colocada no anúncio em si; e
- b) depende da ação real, concreta e posterior do fornecedor-anunciante, de maneira que a agência tenha participado como mera produtora de uma informação encomendada (NUNES, 2010, p. 544).

Veja-se o exemplo:

O fornecedor-anunciante encomenda para a agência a elaboração de anúncio para inserção em jornais e revistas oferecendo 50% de desconto em seus produtos. A agência elabora o anúncio e manda veiculá-los. No dia seguinte os consumidores vão até o estabelecimento do anunciante e constatam que o desconto é de apenas 20%. É publicidade enganosa típica, mas a agência não pode ser responsabilizada: note-se que a mensagem do anúncio em si não é enganosa; a enganabilidade surgiu depois, no momento real do comparecimento do consumidor à loja. [...] (NUNES, 2010, p. 544).

De igual modo, relativamente ao veículo de propagação da publicidade, há duas exceções que excluem sua responsabilização. São elas: anúncios que não sejam ilegais ou enganosos por si mesmos; e quando, não for possível ao veículo saber que determinado anúncio é enganoso.

No exemplo acima, da mesma forma que a agência não poderá ser responsabilizada pelos danos causados em virtude da enganabilidade do anúncio, o veículo também não poderá ser responsabilizado, lembrando que a mensagem anunciada não é enganosa, mas torna-se assim em um segundo momento, em virtude do comparecimento do consumidor à loja anunciante.

Acerca da matéria, assim dispõe o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 45:

## Art. 45.

A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo:

- a. o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;
- b. a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código;
- c. este Código recomenda aos Veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios.

Poderá o veículo:

- c.1) recusar o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios deste Código, devendo, nesta hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do CONAR que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético;
- c.2) recusar anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação;
- c.3) recusar anúncio sem identificação do patrocinador, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do Artigo 9º (“teaser”);
- c.4) recusar anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça;
- d. o controle na recepção de anúncios, preconizado na letra “c” deste artigo, deverá adotar maiores precauções em relação à peça apresentada sem a intermediação de Agência, que por ignorância ou má-fé do Anunciante, poderá transgredir princípios deste Código;
- e. a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR<sup>54</sup>.

Para Herman e Benjamin (2011) os desvios da publicidade devem ser respondidos objetivamente pelo anunciante ou por quem o anúncio aproveita. Contudo, relativamente à responsabilidade da agência produtora da publicidade e do veículo, tais autores atribuem aos mesmos a chamada *responsabilidade solidária limitada*, senão veja-se:

O anunciante, como já dito, é responsabilizado, no plano cível, objetivamente pela publicidade enganosa e abusiva, assim como pelo cumprimento do princípio da vinculação da mensagem publicitária.

<sup>54</sup> Disponível em < [http://italo.com.br/portal/images/stories/pdf/legislacao2/Codigo\\_CONAR.pdf](http://italo.com.br/portal/images/stories/pdf/legislacao2/Codigo_CONAR.pdf) >. Acesso em 30 de abril de 2012.

Já a agência e o veículo só são corresponsáveis quando agirem dolosa ou culposamente, mesmo em sede civil. É importante, contudo, ressaltar que, no Direito brasileiro, há forte e abalizada corrente – liderada por Nelson Nery Junior, Jorge Paulo Scartezini Guimarães, José Antonio de Almeida e Rizzato Nunes – que prega a responsabilidade civil objetiva também para a agência, o veículo e a celebridade, sob o tentador argumento de que a responsabilização de tais sujeitos deve ser realizada “com base nas normas de defesa do consumidor e assim, se existir responsabilidade, esta é objetiva [...] (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 370). Grifo nosso.

Observa-se que não são raras as ocasiões em que produtos e serviços são anunciados ou promovidos por celebridades. Essas acabam por passar certa credibilidade do produto anunciado ao consumidor, como se de alguma forma atestassem a qualidade e eficácia do que está sendo anunciado. É nesse sentido que Paulo Scartezini Guimarães defende também a responsabilidade objetiva das celebridades que participam da publicidade enganosa.

Inobstante as respostas a essa última questão ainda encontrarem-se divididas na doutrina consumerista, o que parece pacífico é o fato de que a veiculação de publicidade enganosa restou-se completamente proibida no Brasil, sendo, pois, tal assertiva unânime na doutrina e jurisprudência nacionais.

## 6 O *DOLUS BONUS*

### 6.1 Origem do instituto

Assim como grande parte dos institutos jurídicos da atualidade, o dolo tem sua origem no direito romano. Neste sentido, afirma-se que “o direito romano exige três requisitos para a validade dos contratos – o consentimento das partes contratantes, a capacidade para contratar e objeto” (CRETELLA JÚNIOR, 1991, p. 256).

Por consentimento tinha-se o livre acordo entre as partes, devendo o mesmo não apresentar vícios que, por sua vez, invalidariam o contrato e o impediriam de produzir efeitos.

Dentre tais vícios do consentimento eram previstos o erro, a violência e o dolo.

Relativamente ao dolo, os romanos o dividiam em *dolus malus* e *dolus bonus*, ou seja, dolo mau e dolo bom respectivamente. Veja-se o que leciona Cretella Júnior:

*Dolo*, que os romanos dividem em *mau e bom (dolus malus, dolus bonus)* é, no edito do pretor, todo ato ou operação fraudulenta que se destina a induzir alguém a erro, levando-o a contratar. O *dolus* contrapõe-se à *bona fides*.

A *actio doli* é subsidiária, ou seja, só se invoca quando não existe outro meio de proteção; além disso, o dolo só pode ser atacado, quando provém daquele contra quem se age. [...]

O pretor Aquílio Galo, deu ao dolo o caráter de delito e o sancionou por uma ação (“exceptio doli”), bem como por uma *restitutio in integrum* (CRETELLA JÚNIOR, 1991, p. 258-259).

Acerca do *dolus malus*, o referido autor continua a ensinar:

Dolo (*dolus malus* ou *dolus*) é toda maquinação fraudulenta que, ocultando ou falseando a realidade leva alguém a erro ao praticar um ato material ou jurídico. Dolo é, pois, o emprego de artimanhas de má-fé que acarretam dano para a vítima.

Cícero definia o dolo como um ato de embuste: *é o fato de simular uma coisa, quando se faz outra* (“Cum esset aliud simulatum, aliud actum”).

Os juriconsultos da época clássica ampliam a definição ciceroniana, considerando que o dolo pode ocorrer sem simulação. Assim, *Labeão* define o dolo como *toda astúcia, estratagema, maquinação destinada a lograr, enganar ou iludir o próximo* (“Omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita”).

No antigo direito, do mesmo modo que a violência, o dolo não era punido. Segundo o testemunho de *Cícero* as fórmulas do dolo foram introduzidas pelo pretor *Aquílio Galo*, seu colega e amigo, no ano 66 a.C. Criando a *actio de dolo*, o dolo ficou sendo considerado um delito. A vítima deste tem também a *exceptio doli* e, em alguns casos, a *restitutio in integrum ob dolum*.

A *actio de dolo* é, em princípio, uma ação penal: vale por um ano [...]

A *exceptio doli* *Mali* é invocada para contestar a ação intentada pelo autor do dolo, no caso em que um ato tenha sido realizado sob a ação do dolo (*si dolo factum sit*) ou de a própria ação é matizada de dolo (*neque fiat*).

A *restitutio in integrum* é o terceiro modo de repressão do dolo. Não existe sob *Justiniano* a não ser em casos raríssimos (exemplo, dolo que ocorre num processo), porque a ação de dolo, no processo extraordinário, comporta o *jussus restituendi* (CRETELLA JÚNIOR, 1991, p. 315-316).

Assim sendo, entre os romanos, o *dolus bonus* não era tratado como dolo, ou seja, não era suficiente para viciar o consentimento de uma das partes contratantes e, por conseguinte, acarretar a invalidade do contrato. Para tanto, era necessário que o dolo fosse mau.

## 6.2 O dolo no ordenamento jurídico nacional

Pode-se afirmar que dolo “é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 31).

De igual forma, preleciona Adriano Stanley: “O dolo, consciência do sujeito, de que sua atitude trará prejuízo a outrem, concede que o agente, pelo menos, assuma o risco do resultado; tenha consciência da capacidade danosa de seu ato” (STANLEY, 2001, p. 31).

Relativamente à distinção entre dolo e culpa, observa-se:

Tanto no dolo como na culpa [...] a vontade do agente se dirige no sentido da realização da conduta. Só que no dolo a vontade abrange também a realização do efeito nocivo resultante do fato, isto é, o agente quer a conduta e o resultado, ao passo que na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão: o agente só quer o fato, não, porém, o seu efeito; quer a causa, mas não quer a lesão (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 532).

Assim sendo, tem-se que o dolo é a ação ou omissão consciente do agente no intuito ou com o objetivo de provocar dano a outrem, constituindo, pois, uma infração.

Mais especificamente, no tocante aos negócios jurídicos, o dolo é elencado como um dos defeitos capazes de viciá-lo, senão veja-se: “[...] no Direito Civil, quando se trata dos defeitos dos negócios jurídicos, emprega-se a palavra *dolo* [...] para indicar a malícia ou



manobra fraudulenta com que uma das partes do negócio procura induzir a outra a erro” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 31).

Ainda, relativamente ao dolo, nos dizeres de Paulo Nader, tem-se que:

Verifica-se o dolo nos negócios jurídicos, quando o declarante é induzido ao erro, pela má-fé de alguém. É artifício pelo qual se leva o declarante a praticar negócio jurídico, sob uma falsa representação da realidade. [...] Consoante a doutrina, ao apreciar o dolo, deve-se levar em consideração a condição pessoal da vítima, a sua experiência, grau de discernimento (NADER, 1993, p. 366-367).

Por sua vez, o dolo se distingue do erro, vez que nesse último “há uma (espontânea) falsa impressão das circunstâncias do negócio” (FARIAS e ROSENVALD, 2006, p. 438). Em contrapartida, o dolo se trata de meio ou modo empregado por alguém a fim de induzir outrem a celebrar negócio jurídico que de outra forma não celebraria.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves: “[...] há íntima ligação entre o erro e o dolo, porque num e noutro caso a vítima é iludida. Diferem, contudo, pelo fato de que, no erro, ela se engana sozinha, enquanto no dolo, o equívoco é provocado por outrem” (GONÇALVES, 2010, p. 414).

O referido autor continua a lecionar:

A rigor, portanto, o negócio seria anulável por erro e por dolo. Todavia, como o erro é de natureza subjetiva e se torna difícil penetrar no íntimo do autor para descobrir o que se passou em sua mente no momento da declaração de vontade, as ações anulatórias costumam ser fundadas no dolo. Ademais, esta espécie de vício do consentimento pode levar o seu autor a indenizar os prejuízos que porventura tiver causado com seu comportamento astucioso (GONÇALVES, 2010, p. 414).

Importante, ainda, salientar que:

Para que possa servir de causa anulatória do negócio jurídico, o dolo, tal como o erro, deve ser principal (*essencial*), caracterizando-se como aquele que funciona como elemento necessário pra a realização do negócio, ou seja, como sua causa determinante – motivo que conduziu, fundamentalmente, à prática do ato negocial. Vale dizer, sem o dolo, a parte não realizaria o negócio, sendo ele essencial à sua celebração. É preciso que o dolo tenha sido a força propulsora da declaração de vontade viciada.

Se, entretanto, a parte realizaria o negócio, com ou sem o dolo, tem-se, então, o dolo accidental (incidental ou *dolus incidens*), que [...] não serve para a anulação do negócio, apenas obrigando à satisfação das perdas e danos, por conta das condições menos vantajosas estabelecidas no negócio para o declarante (FARIAS e ROSENVALD, 2006, p. 438-439).

Ainda, o dolo também se distingue da simulação e da fraude.

Relativamente à simulação, tem-se que a pessoa lesada não participa da situação ou negócio simulado que, por sua vez, tem o intuito de fraudar a lei ou de prejudicar terceiros. Em contrapartida, no caso de dolo, o ente lesado participa do negócio diretamente, sendo certo que tão somente a outra parte age de má-fé, ou seja, com ciência do embuste.

Quanto à fraude, o dolo dela se distingue porque de igual modo, aquela se consoma sem a ingerência ou participação do prejudicado no negócio fraudado. Ao revés, relativamente ao dolo, como afirmado alhures, o ente lesado, iludido, participa e concorre diretamente para a verificação do negócio viciado.

Gonçalves continua a lecionar: “Tanto a fraude como a simulação são mais graves do que o dolo, a ponto de a última trazer, como consequência, a nulidade do negócio (CC, art. 167), enquanto o dolo acarreta apenas a sua anulabilidade” (GONÇALVES, 2010, p. 414).

Relativamente à coação, segundo o mesmo autor (2010, p. 415), esta possui também maior gravidade do que o dolo, vez que além de empregar ameaça grave, a ação se contrapõe de forma direta à liberdade da vítima, ao passo que no dolo, o que é atingido é a inteligência da vítima e não a sua liberdade.

Desse modo, o dolo enquanto vício da manifestação de vontade é matéria expressamente prevista nos artigos 145 e ss. do Código Civil de 2002:

Art. 145.

São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Art. 146.

O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

Art. 147.

Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

[...]

Desse modo, o dolo constitui um dos denominados “vícios do consentimento” ou “vícios da vontade”, que por macular a manifestação de vontade do agente, torna o negócio jurídico anulável.

Conforme estabelecido no artigo 147 do CC, o dolo poderá assumir o caráter comissivo, também chamado de “positivo”, quanto se revestir de uma ação positiva; ou “omissivo”, também denominado “negativo”, quando retratado pelo silêncio proposital de

uma das partes contratantes sobre característica essencial capaz de macular a manifestação perfeita da vontade.

Ainda, a teor do artigo 148 do CC, o dolo pode advir de conduta de terceiro, sendo certo que o negócio jurídico poderá ser anulado se aquele a quem o mesmo beneficiou ou aproveitou tenha tido conhecimento do vício. Por outro lado, vindo a subsistir, o negócio jurídico, a parte ludibriada poderá exigir perdas e danos do terceiro envolvido.

Da análise do artigo 149 do CC verifica-se que o representante legal da parte ou mesmo o seu representante convencional, escolhido, não são considerados terceiros, vez que atuam nos limites dos poderes a ele conferidos. Portanto, o ato é considerado como se houvesse sido praticado pelo próprio representado. Observa-se que se o dolo foi do representante legal, o representado só responde até o montante de seu proveito. Em contrapartida, se o representante for escolhido, o representado responderá solidariamente com aquele pelas perdas e danos, mas terá direito a ação de regresso em face de seu representante convencional (procurador).

A respeito do prazo para a anulação do negócio jurídico viciado tem-se que: “O prazo para pleitear a anulação do negócio viciado por defeito do negócio jurídico é de quatro anos (art. 178, I e II, CC), contado: [...] da data em que o ato negocial foi celebrado” (FARIAS e ROSENVALD, 2006, p. 434).

Quanto à natureza do prazo em questão, continuam a lecionar os referidos autores: “A natureza do prazo extintivo para a propositura da ação anulatória é decadencial, uma vez que se trata de ação constitutiva negativa (desconstitutiva)” (FARIAS e ROSENVALD, 2006, p. 434).

Ainda, de acordo com o artigo 150 do CC, se ambas as partes houverem agido com dolo, nenhuma das partes poderá alegá-lo como motivação para a anulação do negócio jurídico, devendo ser afastada a alegação.

### **6.3 *Dolus bonus* e *dolus malus* em sede de direito civil**

A separação e conseqüente diferenciação do dolo em dolo bom e dolo mau, herança do direito romano, repercute no direito civil na contemporaneidade.

Desta feita, para parte dos doutrinadores, o dolo abarcado pelo Código Civil, a saber, o dolo tratado como defeito do ato jurídico, capaz de acarretar a anulabilidade daquele

ato enquanto vício do consentimento é o chamado *dolus malus*, sendo que, ao revés, o denominado *dolus bonus* não tem o condão de viciar as relações jurídicas, na medida em que não se trata de meio ardiloso ou artifício capaz de ludibriar, enganar ou induzir quem quer que seja a erro.

Veja-se o que ensinam Gagliano e Pamplona Filho acerca do dolo:

Seria [...] *todo artifício malicioso empregado por uma das partes ou por terceiro com o propósito de prejudicar outrem, quando da celebração do negócio jurídico.*

[...]

Assim, o sujeito que aliena a caneta de cobre, afirmando tratar-se de ouro, atua com dolo, e o negócio poderá ser anulado.

Não se deve confundir esta espécie de dolo com o chamado *dolus bonus*, expressão consagrada desde o Direito Romano. Quando o vendedor elogia exageradamente o seu produto, realçando em demasia suas qualidades, não atua maliciosamente. Para tanto, exige-se do adquirente grau mediano de diligência para que possa perceber as criativas técnicas de *marketing*. Apesar disso, fica claro que a indicação de qualidades inexistentes ou a afirmação de garantias inverídicas extrapolam o limite do razoável, podendo configurar publicidade enganosa, sujeitando o infrator a sanções administrativas, civis e criminais (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 398-399).

Ainda, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

*Dolus malus* é o revestido de gravidade, exercido com o propósito de ludibriar e de prejudicar. É essa modalidade que se divide em dolo principal e acidental. Pode consistir em atos, palavras e até mesmo no silêncio maldoso.

Só o *dolus malus*, isto é, o grave, vicia o consentimento, acarretando a anulabilidade do negócio jurídico ou a obrigação de satisfazer as perdas e danos, conforme a intensidade da gravidade (GONÇALVES, 2010, p. 418).

Nesse mesmo sentido, veja-se:

[...] O *dolus bonus* seria aquele dolo tolerado socialmente, dada a sua habitualidade e a naturalidade com que se expressa no meio social. É, por definição, um dolo de menor intensidade, usualmente utilizado por aquele que deseja realçar as qualidades de seu produto. É a gabança, mesmo que exagerada, que o vendedor faz daquilo que oferece. [...]

O *dolus malus*, por seu turno, possui uma intensidade mais acentuada, marcante, destoante do parâmetro de normalidade em que atua o *dolus bonus*. Destaca-se pela má impressão que causa à argúcia e sensibilidade medianas do corpo social. A reação diante de seu conhecimento corporifica-se num asco, onde o espírito mostra-se lesto em externar a repugnância ao ato.

Assim, somente o *dolus malus* reveste-se de intensidade suficiente para gerar no ordenamento jurídico reação capaz de alijar a eficácia do ato por ele maculado e fazer surgir o dever de indenizar. Somente o *dolus malus* caracteriza-se como vício do consentimento. O *dolus bonus* remanesce como ato sem relevância jurídica, incapaz de alcançar reprovação da ordem legal, já que a mesma o considera inidôneo para causar prejuízo ao homem prudente.

[...] essa distinção decorre da necessidade de se preservar a segurança das relações jurídicas, o que se justifica. De fato, tormentosa e mesmo impensável seria a vida dos negócios se pairasse constantemente sobre os negócios produzidos na órbita do direito a ameaça iminente de alijamento da eficácia. Tal seria a insegurança disseminada no meio negocial, determinada por esse temor de anulação dos atos, que o mesmo padeceria de uma letargia lúgubre. Daí a necessidade de se caracterizar o dolo enquanto vício do consentimento como aquele dotado de gravidade, ou seja, intensidade tal que o torne idôneo a efetivamente causar prejuízo a outra parte, de forma reprovável pelas próprias circunstâncias em que se der.

Em suma síntese, o dolo, enquanto vício do consentimento e, portanto, defeito do ato jurídico capaz de autorizar a sua anulação, necessita ser a causa determinante do ato (ser principal) e possuir gravidade (constituir-se como *dolus malus*). Se assim não for, poderá caracterizar-se somente como mero ato ilícito, cuja consequência é a de gerar obrigação de reparar o prejuízo experimentado<sup>55</sup>. (Grifo nosso).

Noutro turno, há doutrinadores que reconhecem a diferenciação estabelecida entre o *dolus bonus* e o *dolus malus*. Contudo, fazem a ressalva de que, tendo em vista a expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor acerca da publicidade enganosa, quando o exagero publicitário induz o consumidor a erro, não poderá estar-se diante de figura tolerável, ou mesmo de dolo denominado bom.

A respeito veja-se:

A distinção entre *dolus bonus* e *dolus malus* reside no fato de que somente o último macula o negócio jurídico, por nele existir vontade de iludir para viciar o consentimento; já o *dolus bonus* é espécie tolerada juridicamente, especialmente no mundo dos negócios. Exemplo muito comum de “*dolus bonus*” é o exagero cometido pelo vendedor ao valorizar o objeto a ser alienado, sendo admissíveis tais manifestações exageradas, pois um mínimo de diligência pode dissipá-las. Convém salientar, entretanto, que o Código de Defesa do Consumidor veda no seu artigo 37 a propaganda enganosa, proibindo, em sede consumerista, qualquer espécie de exagero que induza o consumidor a erro<sup>56</sup>. (Grifo nosso).

De igual maneira, há doutrinadores que, não obstante reconhecerem a coexistência de dolo bom e dolo mau no direito civil, remetem a verificação em questão à análise do caso concreto, na medida em que o *dolus bonus* não seria escusa suficiente para erros advindos de exageros publicitários ilícitos.

Nesse sentido:

<sup>55</sup> CONTADIN, Éder Augusto. **Caracterização do dolo enquanto vício do consentimento**. Disponível em <<http://www.franca.unesp.br/CARACTERIZACAO%20DOLO.pdf>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

<sup>56</sup> PEREIRA, Rodrigo Luiz. **No campo dos negócios jurídicos o que se entende por “*dolus bonus*” e “*dolus malus*”?** Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/382827/dolo-bonus>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

[...] *Dolus bonus* seria o dolo tolerável, que não teria gravidade suficiente para viciar a manifestação de vontade. É comumente encontrado no comércio em geral, onde comerciantes exageram nas qualidades de suas mercadorias. Isso não torna o negócio jurídico anulável, pois o homem deve ter a diligência de não deixar se envolver por este tipo de dolo.

Vale lembrar que, todavia, o Código de Defesa do Consumidor veta a propaganda enganosa, suscetível de induzir em erro o consumidor. Portanto, o *dolus bonus* não “dá salvo-conduto para o exagero”, só é considerado legal quando não tiver a capacidade de induzir o consumidor em erro.

Já o *dolus malus* é formado pelo emprego de manobras astuciosas com intenção de prejudicar alguém. [...]

[...] cabe ao julgador averiguar provas e o caso concreto, e também analisar as partes do negócio para diferenciar qual espécie de dolo seria existente. (Grifo nosso)<sup>57</sup>.

Posiciona-se da mesma forma o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, segundo o qual, é no caso concreto que será possível se verificar a intensidade do dolo, sendo esta a determinante fundamental na aferição de sua gravidade.

Nos dizeres do próprio autor:

[...] a gravidade do dolo é verificada de acordo com sua intensidade.

Há, na história do Direito, dolo menos intenso, tolerado, que os romanos denominavam *dolus bonus*, opondo-o ao dolo mais grave, o *dolus malus*. O denominado dolo bom é, no exemplo clássico do passado, a atitude do comerciante que elogia exageradamente sua mercadoria, em detrimento dos concorrentes. É, em princípio, o dolo tolerado a gabança, o elogio, quando circunstâncias típicas e costumeiras do negócio. É forma de dolo já esperada pelo declaratório. Assim se colocam, por exemplo, as expressões do vendedor: “o melhor produto”; “o mais eficiente”; “o mais econômico” etc. Em princípio, essa conduta de mera jactância não traz qualquer vício ao negócio, mas há que se ter hodiernamente maior cuidado tendo em vista os princípios do Código de Defesa do Consumidor e as ofertas de massa. Caberá ao caso concreto e ao bom-senso do julgador distinguir o uso tolerável do abuso intolerável e prejudicial no comércio.

A doutrina tradicional defendia que quem incorresse nessa forma inocente de dolo o faria por culpa própria, por não ter a diligência média [...]. Em síntese, nessa situação, em princípio, não há dolo a ser considerado, embora, como vimos, não haja peremp-toriedade nessa afirmação. [...]

O eventual erro em que incorre o destinatário da vontade, no caso, é inescusável. [...] De qualquer forma, há um novo enfoque que deve ser dado a esse denominado dolo bom em face das novas práticas de comércio e dos princípios de defesa do consumidor<sup>58</sup>.

Em contrapartida, há também doutrinadores que a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, não reconhecem mais a possibilidade de existência de *dolus bonus*. Na opinião desses autores, o *dolus bonus* passou a representar modalidade de publicidade

<sup>57</sup> RAMIS, Diogo Dias. **O dolo no direito civil**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6243](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6243)>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

<sup>58</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Dolo no direito civil**. Disponível em: <<http://www.leonildo.com/curso/civil32.htm>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

ilícita, posto que enganosa, não podendo, pois, prosperar nas relações jurídicas contemporâneas.

Entre tais doutrinadores, posiciona-se Paulo Luiz Netto Lôbo, segundo o qual, *in verbis*:

Até o advento e consolidação do direito do consumidor, a publicidade não gerava consequências jurídicas a quem dela se utilizasse ou mesmo abusasse. Entendia-se que era o preço a pagar ou a ser suportado pela sociedade, para o desenvolvimento das atividades econômicas, em favor do irrestrito princípio da livre iniciativa. Afirmava-se que era um *dolus bonus*, tolerado ou desconsiderado pelo direito, pois sua função era apenas a de estimular e atrair ao consumo. Mas, já se disse que “*a evolução contemporânea do direito positivo, caracterizado pela proteção e informação dos consumidores, a regulamentação da publicidade, a força obrigatória dos documentos publicitários e o desenvolvimento da obrigação de informar, parece deixar um lugar muito reduzido ao ‘dolus bonus’*”<sup>59</sup>. Ao meu sentir não há mais lugar algum ao *dolus bonus*.

Para realizar o direito fundamental à informação, o direito do consumidor toma a publicidade sob dois aspectos: no primeiro, a publicidade preenche os requisitos de adequação, suficiência e veracidade, considerando-a lícita; no segundo, a publicidade ultrapassa limites positivos e negativos estabelecidos na lei, para defesa do consumidor, tornando-a ilícita. A publicidade ilícita é enganosa quando divulga o que não corresponde ao produto ou serviço, induzindo em erro; é abusiva quando discrimina pessoas e grupos sociais ou agride outros valores morais. A publicidade ilícita não produz efeitos em face do consumidor, que pode resolver o contrato por esse fundamento<sup>60</sup>.

Assim sendo, a questão se mostra bastante controversa, divergindo grande parte dos autores hodiernos quanto à existência ou não do chamado *dolus bonus* advindo da doutrina tradicional para os tempos atuais, ou melhor, divergindo quanto à “sobrevivência” ou não do *dolus bonus* no ordenamento jurídico nacional como dolo escusável na fase pós-codificação dos direitos consumeristas.

Contudo, o que se observa é que na aferição da enganiosidade de campanhas publicitárias, parece perfeitamente possível distinguir-se quando houve recurso ao *dolus bonus*, ou quando o anunciante e agência publicitária acabam por escolher utilizar o *dolus malus*, essa última sim modalidade de publicidade enganosa.

É nesse sentido que se pode afirmar que a utilização do *dolus bonus* em mensagens publicitárias é perfeitamente lícita, não configura publicidade enganosa e recebe o nome técnico de *puffing* ou *puffery*.

<sup>59</sup> Cf. Jacques Ghestin, *Thaïté de Droit Civil – La Formation Du Contract*. 3ª edição, Paris, LGDJ, 1993, p. 534.

<sup>60</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2216/a-informacao-como-direito-fundamental-do-consumidor/2>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

#### 6.4 O *puffing* ou *puffery*

A técnica de utilização do exagero e enaltecimento do produto ou do serviço objeto da publicidade tornou-se cada vez mais difundida no meio publicitário, sendo certo que nos dias atuais é utilizada em larga escala. Tal técnica foi denominada *puffing* ou *puffery*.

A dúvida doutrinária sobre a qual pairam diferentes opiniões é saber se a técnica do *puffing*, enquanto modalidade de *dolus bonus* continua sendo admissível no ordenamento jurídico brasileiro após a edição do Código de Defesa do Consumidor, ou restou-se renegada a modo ou classificação de publicidade ilícita por enganosidade, tal como é considerada a utilização do *dolus malus*.

De acordo com Paulo Jorge Scartezini Guimarães: “Como em quase tudo que se refere ao direito, a questão também aqui não é pacífica, havendo [...] diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais” (GUIMARÃES, 2007, p. 125).

O doutrinador Rizzato Nunes se manifestou a respeito, posicionando-se em desfavor do *puffing* quando este puder ser medido objetivamente e, ao mesmo tempo, não puder ser regularmente comprovado pelo fornecedor-anunciante ou sua agência de publicidade. Veja-se:

[...] haverá muitos casos em que o *puffing*, ainda que utilizado intencionalmente para atrair o consumidor incauto, acaba não podendo ser capaz de tornar enganoso o anúncio. Isso é muito comum nos casos dos aspectos subjetivos típicos dos produtos ou serviços: quando se diz que é o “mais gostoso”; tenha “o melhor paladar”; “o melhor sabor”; “o lugar mais aconchegante”; “o mais acolhedor”; “a melhor comédia”; “o filme do ano” etc.

Como tais afirmações dependem de uma avaliação crítica (ou não) subjetiva de cada consumidor, fica difícil, senão impossível, atribuir de fato a possibilidade da prova da verdade da afirmação. Afinal, gosto é difícil de discutir. Por isso que a doutrina dá certo desconto para o exagero.

Mas, se o *puffing* puder ser medido objetivamente, e, de fato, não corresponder à verdade, será, então, enganoso.

Assim, por exemplo, se o anúncio diz que aquela é “a pilha que mais dura”, tem de poder provar. Se é o “isqueiro que acende mais vezes”, também. Se é o “carro mais econômico da categoria”, da mesma forma etc. (NUNES, 2010, p. 535).

Contudo, o que se observa é que quando o exagero publicitário necessita de comprovação técnica ou científica e esta se mostra inexistente, falha ou inverídica, não se está a falar de *puffing*, mas sim do emprego de *dolus malus* na comunicação publicitária.



Veja como se manifesta Juliana Zanuzzo dos Santos:

*Puffing* ou *puffery* são palavras sinônimas que significam o exagero praticado em anúncios de publicidade. Estão diretamente ligadas ao *dolus bonus*, técnica utilizada nas relações de consumo para valorizar excessivamente as qualidades do produto ofertado. Trata-se de juízo de valor atribuído de forma exagerada ao produto ou serviço anunciado, mas que por sua forma lúdica, jocosa, é tolerado nas relações de consumo contemporâneas. Desse modo, o *puffing* ou *puffery* não vincula o fornecedor. São técnicas, em regra, lícitas, que o consumidor conhece e percebe sem obstáculos.

São exemplos: “o melhor doce do mundo”, “a tintura mais linda da cidade”, “o carro com o melhor *design* de todos os tempos”. (Grifo nosso)<sup>61</sup>.

Por sua vez, em oposição, os autores Antônio Herman e Benjamin colocam-se em posição totalmente contrária à utilização do *puffing* como técnica publicitária, senão veja-se:

O Código [...] não dá um salvo-conduto para o exagero (*puffing*). [...] O exagero não é empregado “gratuitamente”. O certo é que sempre há um fundamento mercadológico para as técnicas publicitárias. O anunciante só usa o exagero porque o vê como benefício aos seus negócios, e tal só pode ser pela sua convicção de que alguns consumidores acreditarão na mensagem exagerada.

O Código de Defesa do Consumidor só libera o exagero dos efeitos do princípio da vinculação (art. 30) quando lhe faltar a “precisão suficiente”. Exceção como essa não se encontra em referência aos princípios da veracidade [...]. Conclui-se, então, que o exagero, mostrando-se capaz de induzir o consumidor em erro [...] presta-se à caracterização da publicidade enganosa [...] mesmo quando não tiver “precisão suficiente”.

Ao Direito – pelo menos como entendemos – causa repulsa qualquer forma de falsidade ou induzimento em erro, mesmo aquela praticada “inocentemente”, já que é difícil imaginar tanta inocência quando é com base nela que o consumidor é incentivado a adquirir o produto ou serviço (GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 349-350).

Igualmente se manifestam Ulf Bernitz e John Draper:

Afirmações exageradas não mais são permitidas. Alegações gerais como ‘o melhor do mundo’ têm que respeitar o mesmo parâmetro de fundamentação exigível de outras, sendo que a inversão do ônus da prova determina que o anunciante demonstre serem elas literalmente verdadeiras (BERNITZ e DRAPER, s.d., p. 136 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 349).

Ainda, nesse mesmo sentido, está Maurice Healy, senão veja-se:

<sup>61</sup> SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. **O que se entende por *puffing* ou *puffery*?** Disponível em <<http://www.ipclfg.com.br/descomplicando-o-direito/o-que-se-entende-por-puffing-ou-puffery/>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

I believe that the greatest single step that advertisers could take towards overcoming the cynicism about advertising that Governments, Businessmen, the advertising industry and consumer organizations all bemoan would be to abandon the principle of the ‘puff’. This would no mean that advertisers could not be enthusiastic about their product or service; it would just mean that they would have to be right in their enthusiasm. It would not stop ads being funny, dramatic, or beautiful – it would just mean that the jokes, the drama and the beauty would have to be true too. Most important of all, it would mean that when consumers looked ads they could take the information at face value. Accurate information is useful information. If all the million of pounds on commercial advertising were spent on giving useful information, accepted as such by consumers, we should all be a great deal better off (HEALY, 1978, p. 180 apud GUIMARÃES, 2007, p. 126).

De igual maneira, como no Direito Alemão, relativamente ao exagero superlativo, assevera Bulgarelli que: “o anúncio superlativo é encarado [...] mais severamente, não sendo, na maior parte dos casos, visto como um exagero inofensivo, mas, pelo contrário, como uma alegação publicitária que deve ser levada a sério”. (BULGARELLI, 1985, p. 91 apud GRINOVER, BENJAMIN e FINK et al, 2011, p. 350).

Não obstante a dita opinião, no caso concreto, é perfeitamente possível se verificar se há a presença de *dolus malus* ou de *dolus bonus*. Veja-se o seguinte exemplo:

Trata-se de comercial veiculado na Alemanha, em que tratores participavam de um jogo de futebol cuja bola era uma mala de viagem. Segundo consta, os tratores arremessavam a mala de um lado ao outro do campo, e, constantemente, passavam suas esteiras sobre ela, sem que o bem sofresse qualquer dano. Visava assim a publicidade, de forma exagerada, a mostrar a durabilidade daquela mala. Sob julgamento, e segundo consta, o Tribunal alemão teria decidido que a publicidade não era enganosa, já que hilária (GUIMARÃES, 2007, p. 130).

Guimarães, após a narrativa supra, faz a seguinte ponderação:

Apesar de não termos tido a possibilidade de conhecer melhor o caso, acreditamos, com todo o respeito aos membros daquele Tribunal germânico, que a publicidade poderia sim ser considerada enganosa, pois, apesar de mostrar uma situação irreal, dá a entender que aquele produto teria durabilidade superior à normal, já que bastante resistente. Verificada a inexistência dessa superior qualidade, teríamos uma publicidade ilícita (GUIMARÃES, 2007, p.130).

No entanto, tal entendimento não parece razoável, mas ao contrário, radical em sua conclusão, vez que não pode estar eivada de enganosidade a publicidade que traz, criativamente, “tratores jogando futebol com malas”. Ora, o consumidor médio, por certo, saberá discernir a ideia publicitária da realidade, bem como, que a mesma procura aliar o cumprimento de sua tarefa (vender o produto) ao entretenimento do espectador através de situação em todo fantasiosa.

Tendo o direito alemão como foco, observa Paulo Jorge Scartezzini Guimarães que: “na mesma linha de raciocínio temos o direito francês e o holandês, apenas com a atenuante de não considerarem violadoras dos direitos as publicidades com exagerações charlatanescas, como também certas alegações de caráter geral [...]”. (GUIMARÃES, 2007, p. 126-127).

Veja-se o exemplo trazido por Pasqualotto:

O caso Sansonite transformou-se em paradigma. Um filme na televisão mostrava uma partida de futebol jogada entre cães buldogues, no qual a bola era substituída por uma sacola de viagem. Diversas sacolas foram utilizadas durante a produção, mas o filme induzia a crer que a sacola era sempre a mesma, enfatizando a sua resistência. O tribunal não viu capacidade de induzimento a erro, pois que *o consumidor médio é perfeitamente consciente dos aspectos novos dos meios de informação e deve-se levar em conta o grau de discernimento e senso crítico da média dos consumidores, não sendo a lei destinada a proteger os fracos de espírito* (PASQUALOTTO, 1997, p. 123).

Perfeita é a conclusão do Tribunal Francês (Cour d' Appel de Paris), posto que no caso em questão, não está presente o *dolus malus*, capaz de viciar o consentimento esclarecido dos consumidores.

Ademais, o que se verifica é que não obstante a “padronização” dos consumidores como vulneráveis frente aos fornecedores no mercado de consumo, tal não significa que os mesmos devam ser tratados de forma “super protetora” de modo a igualá-los a incapazes inábeis ao discernimento do que se mostra óbvio. Tal seria semelhante a destituí-los da categoria de seres dotados de bom-senso, significaria subestimar a inteligência e o senso crítico de pessoas tão somente pelo fato de as mesmas ocuparem a posição de consumidores.

Veja-se o que leciona o Prof. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior:

Aceitando-se a definição de que o paternalismo jurídico consistiria na regulamentação estatal que, em nome do melhor interesse da pessoa, a ela impõe, ou nega, certas condutas, não há dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor poderia ser considerado um paradigmático modelo de um diploma paternalista.

Essa constatação não permite, por si só, que se atribua uma conotação pejorativa ao mencionado estatuto legal. Antes pelo contrário, porquanto, na linha das mencionadas pesquisas sobre o comportamento econômico das pessoas, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor, em inúmeras oportunidades, impõe ao fornecedor o dever de informar, possibilitando ao consumidor o acesso à informação adequada, clara, suficiente e necessária e, por conseguinte, permite-lhe manifestar o seu consentimento informado. Do mesmo modo, assegura ao consumidor o direito de refletir e se arrepender, quando se tratar de negócios celebrados fora do estabelecimento empresarial. Enfim, também estipula limites à liberdade do consumidor, ao prever prazos relativamente exíguos para que ele possa se arrepender do negócio, ou, então, reclamar de eventual vício do produto ou serviço (e, então, efetivamente reivindicar os seus direitos). Fora da disciplina do Código de Defesa do Consumidor, mas também relacionado ao sistema protetivo do consumidor, observa-se que compete a inúmeras agências reguladoras a análise prévia dos instrumentos contratuais que, futuramente, serão apresentados aos consumidores.

De tudo isto, pode-se concluir que a proteção ao consumidor, no que diz respeito à assimetria de informações, está suficientemente delineada no arcabouço jurídico brasileiro. Ao prezar a transparência e a boa-fé nas relações de consumo, impõe-se ao fornecedor o dever de por termo ao desequilíbrio que caracteriza tais relações, ao menos no que diz respeito à vulnerabilidade técnica do consumidor. Com efeito, oportunizando-se ao consumidor o acesso a todas as informações necessárias à arrepender-se em certas ocasiões, obtém-se a sua real vontade. Todavia, convém lembrar que essa manifestação volitiva deverá vincular o consumidor ao negócio celebrado. A sua responsabilidade é o correspectivo aos deveres impostos ao fornecedor. Há que se afastar o paternalismo pretoriano, e a consequente irresponsabilidade do consumidor que, a despeito de devidamente informado, e protegido, arrepende-se *ex post factum*, quando tal arrependimento já não era mais possível. Somente assim é que se atingirá um mercado de consumo maduro e realmente harmônico (SAMPAIO JÚNIOR, 2007, p. 4833-4834). Grifo nosso.

Por sua vez, o direito italiano mostra-se totalmente diverso do alemão, francês e holandês, senão veja-se nas palavras de Guimarães:

[...] nessa questão, a Itália tem posicionamento mais liberal, isto porque os tribunais entendem que o consumidor tem consciência da enganiosidade da publicidade e por isso não se deixa levar pelas informações divulgadas (GUIMARÃES, 2007, p. 126).

Em defesa do *puffing* encontra-se Maria Elizabete Vilaça Lopes, segundo a qual:

[...] se a informação for de exagero facilmente perceptível, não haverá vinculação. Todavia, se a afirmação exagerada não for facilmente perceptível, terá o anunciante de cumprir o prometido. Assim, se se afirmar que o preço do produto é o menor do mundo, não haverá vinculação; por outro lado, se o dito for no sentido de que o preço é o menor do bairro, estará a esta afirmação vinculado (LOPES, s.d., p. 167-168 apud GUIMARÃES, 2007, p. 128).

Claro, pois, que na primeira hipótese apresentada pela autora supra, há utilização do *dolus bonus* através do emprego de *puffing*. Ao revés, na segunda hipótese, se a declaração feita for inverídica, estar-se-á diante da utilização de *dolus malus*.

Em posição contrária ao *puffing* manifesta-se Ivan Preston, alegando que se tal técnica não fosse verdadeiramente eficaz na publicidade de produtos e serviços, não seria a mesma utilizada tão intensamente como vem sendo feito pelos publicitários. Veja-se em suas palavras: “[...] experts don’t continue using methods that fail. [...] Advertisers do not develop techniques to persuade only a few people; that’s not how mass communication works” (PRESTON, 1996, p. 24 apud GUIMARÃES, 2007, p. 128).

Depois da análise de várias pesquisas a respeito, o referido autor menciona que todas chegaram a iguais conclusões, senão veja-se: “There are no findings that back up the law’s position that such claims are automatically rejected by consumers and have no impact on them” (PRESTON, 1996, p. 184 apud GUIMARÃES, 2007, p. 128).

Contraditoriamente, apesar do mesmo autor, citado por Guimarães, apresentar-se totalmente contrário à utilização do *puffing* como técnica publicitária lícita, traz, paralelamente, exemplo de anúncio publicitário marcado pelo exagero, mas que em sua opinião, não se encontraria eivado de enganosidade frente ao consumidor, senão veja-se:

[...] é o de anúncio no qual um Jeep andava debaixo da neve, sendo possível visualizá-lo apenas pela capota e pelas suas luzes. Ora, para Preston, a falsidade nesse caso é tão clara que não irá induzir o consumidor a erro ao pensar que o veículo possui tal qualidade (PRESTON, 1996, p. 6 apud GUIMARÃES, 2007, p. 130).

Sobre o caso em questão manifesta-se Guimarães, *in verbis*:

Em que pesa a opinião do autor americano, diga-se de passagem totalmente contrário ao *puffing*, entendemos que o consumidor, na verdade não irá acreditar que o veículo pode andar sob a neve, porém irá crer que tal veículo possui um motor muito mais potente do que outros automóveis dessa espécie. Se isso eventualmente não for verdadeiro, haverá publicidade ilícita (GUIMARÃES, 2007, p. 130).

Da mesma forma que nos anúncios publicitários acima mencionados, a criatividade demonstrada na publicidade em questão não pode e não deve ser taxada como ilicitude, classificada como meio ardiloso de indução do consumidor a erro. Notório que o *marketing* apresenta certa carga de “fantasia” até mesmo para que se preste ao fim almejado, para que se torne interessante de ser visto, de modo que a total e radical racionalização do mesmo é incompatível com sua natureza. Se de outro modo fosse, no caso em tela, a própria razão levaria o consumidor destinatário do anúncio publicitário a concluir que o personagem que dirige por debaixo da neve não pode ser um ser humano passível de existência, assim como não o é o automóvel anunciado.

Assim sendo, eis mais um exemplo em que não é utilizado o dolo mau, não configurando, pois, modalidade de publicidade ilícita.

Noutro turno, conclui o autor Paulo Jorge Scartezini Guimarães que:

[...] Levando em consideração os novos princípios constitucionais, e infraconstitucionais trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o *puffery* falso, quando se refira objetivamente ao produto ou serviço veiculado, é totalmente proibido.

Assim, se o anúncio mencionar claramente ou der a entender mesmo de forma exagerada, que seu produto é, por exemplo, o melhor, o mais rápido, o mais próximo, o mais saudável etc., e esses fatos não forem provados, estará caracterizada a publicidade ilícita. [...] o *dolus bonus*, a pequena mentira, é incompatível como o nosso atual sistema jurídico, que tem como pilastra-mestra a “boa-fé”.

[...] afirmações como, por exemplo, “A n.º 1”, “O carro nota 10” – que de forma indireta significam que o bem ou serviço é o melhor -, ou “a cerveja mais consumida do mercado” deverão ser verdadeiras, apoiadas em pesquisas anteriormente feitas com uma parcela considerável da população. Atente-se que tais expressões deixam no consumidor uma ideia de que há certos critérios ou padrões que foram analisados por um grupo de pessoas especializadas, como se tivesse ocorrido um torneio, permitindo aos vitoriosos utilizar-se de tais *slogans* (GUIMARÃES, 2007, p. 129).

Não obstante, o mesmo autor ressalva que se a afirmação em questão for de natureza subjetiva não haverá propaganda enganosa, veja-se:

[...] se ela for subjetiva (a afirmação), ou seja, se a avaliação variar de consumidor para consumidor, não haverá vinculação. Nesses termos, por exemplo, se o personagem do anúncio disser que determinado alimento é o mais gostoso que já comeu, ou que certo carro é para o apresentador o mais lindo a circular pelas ruas da cidade, não haverá ilicitude (GUIMARÃES, 2007, p. 129).

Por certo, de acordo com esta conclusão, a solução variará quando em vez conforme a situação que se apresente na prática, ou seja, será remetida à análise caso a caso, concretamente, tarefa que tem se revelado nada fácil aos operadores do Direito, tendo em vista a diversidade de opiniões acerca do tema.

#### 6.4.1 Modalidades de *puffing*: visual, escrito ou falado

Até aqui, todas as hipóteses levantadas a título de argumentação ou exemplificação tem trazido o *puffing* como modalidade de *dolus bonus* presente em mensagens publicitárias veiculadas através de comerciais televisivos ou mesmo cinematográficos.

Há que se lembrar, contudo, que tal técnica publicitária pode também estar presente em anúncios falados, *slogans* escritos, *letterings*, ou mesmo em fotografias acompanhadas ou não de dizeres. Nesse último caso, há que se ressaltar o *dolus bonus* puramente visual, no qual o exagero publicitário não se encontra descrito em palavras, mas impresso através de imagens.

Veja-se o exemplo pessoal trazido pelo Prof. Marco Evangelista:

#### **O Panetone Bauducco e o *dolus bonus***

8 de novembro de 2011

‘Uma mentirinha não faz mal a ninguém’. Ouvíamos isso em um desenho do Zé Colméia há uns 30 anos. O fato é que isso existe no direito.

Todas as vezes que um fornecedor realça artificialmente uma qualidade de seu produto ou serviço, não tendo vantagem indevida, com a coisa transacionada, temos o caso do ‘*dolus bonus*’.

Domingo passado estive na casa dos meus pais e vi uma caixa de panetone, quando abrimos... o panetone era muito pequenininho em relação à caixa!

Não havida dolo, posto que na caixa constava o exato peso líquido do panetone! Mas o fato é que, olhando a caixa, o consumidor é ‘iludido’ no supermercado, pois pensa que está comprando um panetone grande quando na verdade é só um ‘gitinho’, um micro-panetone.

Até tirei a foto do panetone junto à caixa.

Isso, em direito do consumidor, se chama ‘*dolus bonus*’.

Podemos encontrar o ‘*dolus bonus*’ nas fotos de alimentos no shopping, aqueles pratos retroiluminados os tornaram mais convidativos e suculentos, quando comparamos o prato recebido com o que está no letreiro, já é tarde e já que estamos com fome mesmo; nem reclamamos.

Assim, ‘*dolus bonus*’ é uma técnica de realce do produto ou serviço utilizada pelo fornecedor, que embora não necessariamente verdadeiro, não chega a ser um ilícito (não está no rol de propagandas proibidas); exemplo: ‘Nosso sabão é o que lava mais branco!’, ou algo parecido.

Como expliquei no meu livro ‘Direito do Consumidor – Aprenda de uma vez!’, o ‘*dolus bonus*’ é chamado, no meio publicitário, de ‘*puffing*’.

Enfim, tais mentirinhas são permitidas ou ao menos toleradas, pelo direito<sup>62</sup>.

Como cediço, a publicidade visual procura o quanto possível realçar o produto anunciado. Nos moldes como acima argumentado, tal praxe publicitária não faz tornar ilícito o anúncio por enganosidade. Se assim o fosse, a quase totalidade dos empresários se encontraria praticando publicidade enganosa.

Seja no *shopping*, em *outdoors*, ou mesmo impresso em revistas ou jornais, o *puffing* visual encontra-se, a todo o momento, ao redor do consumidor e por isso mesmo, mostra-se incapaz de prestar-se a ludibriá-lo ou induzi-lo a erro.

A fotografia publicitária é mais um instrumento da arte de extasiar, encantar aquele que a observa, do que propriamente um mecanismo imbuído do nítido propósito de

<sup>62</sup> EVANGELISTA, Marco. **O Panetone Bauducco e o “dolus bonus”**. Disponível em <<http://marcoevangelista.blog.br/?p=1171>>. Acesso em 04 de março de 2012.

ludibriar. Ora, o ser humano busca e prima pela beleza, e por ser assim a sua natureza, não poderia ser diferente seu modo de retratar a realidade através da publicidade.

Por certo, não haverá a presença de vício, e, portanto, de ilicitude publicitária, ainda que o produto em questão não se mostre aparentemente idêntico àquele idealizado na fotografia comercial, desde que devidamente observados a quantidade acordada na transação comercial e a qualidade dos componentes, substâncias ou ingredientes, funções, objetivos e finalidades imanentes do produto ou serviço ofertado, ou ainda quanto à natureza do produto (se natural ou artificial) ou sua procedência (nacional ou estrangeira).

Veja-se o fundamento do voto do Juiz. Rel. Gouvêa Rios do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em Acórdão exarado de Apelação Cível submetida à apreciação daquela Corte:

Pelos vícios ou defeitos aparentes não responde na verdade o vendedor (art. 1499 – art. 1.101, 2ª parte, do nosso Código Civil) devendo o comprador queixar-se de si mesmo, por não os ter visto, abstendo-se de contratar ou fazendo-os valer para efeito da redução do preço; bem como não responde pelos artifícios com que tenha embelezado a mercadoria, quando esta se mostre depois não ser digna deles, visto neste caso haver apenas aquela astúcia (*DOLUS BONUS*) que é consentida em qualquer contrato e sobretudo na compra e venda [...]<sup>63</sup>

Também nesse sentido, há decisões do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR. Senão veja-se:

“Gillete – o melhor para o homem”

[...]

De acordo com queixa de consumidor de São Paulo, a apresentação visual do anúncio é enganosa, uma vez que mostra que com apenas uma raspagem o rosto fica liso, o que, de acordo com o consumidor, não acontece; é preciso passar a lâmina de barbear diversas vezes para obter o resultado anunciado.

A McCann Erickson enviou defesa, onde considera ser de conhecimento geral que as barbas “não seguem um padrão fixo”, exigindo diferentes tipos e quantidades de raspagem. Afirma que o filme “retrata o barbear de um jovem de rosto liso”.

Estes argumentos convenceram os membros da 2ª Câmara, que, por maioria, deliberaram pelo arquivamento da representação<sup>64</sup>.

Ainda, o CONAR manifestou-se sobre o anúncio do iogurte “Corpus Danone”, em consonância de entendimento:

<sup>63</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 337.023-6. Relator: Juiz Gouvêa Rios. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=...](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=...) Acesso em 05 de março de 2012.

<sup>64</sup> Disponíveis em [http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2003\\_mar.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2003_mar.htm), acesso em 17 de abril de 2012.



“Corpus Danone”

[...]

Consumidora de São Paulo considerou que filme para TV de Corpus Danone Morango com Chocolate induz a erro, na medida em que o produto não apresenta sabor ou aparência tal qual sugeridos no filme.

Anunciante e agência enviaram, cada um, as suas defesas. Segundo os argumentos da Young & Rubicam, o filme usa técnicas que mostram a conversão de leite em chocolate, frutas e sucos, iogurtes e bolos. “É evidente que a composição final do produto pode não ter as cores ou aparência dos elementos principais que o compõem, mas ela, com certeza, será sempre agradável ao consumidor”, diz a defesa.

O anunciante, por sua vez, argumentou que o produto, embora classificado como light, tem sabor capaz de satisfazer ao paladar e por isso o morango e o chocolate foram destacados no filme.

O relator deu razão à defesa, considerando o filme enquadrado nas normas ético-publicitárias. Por isso, recomendou arquivamento, voto aceito por unanimidade<sup>65</sup>.

Persiste, portanto, o recurso ao *dolus bonus* para fins publicitários, não constituindo, pois, meio capaz de viciar a manifestação de vontade do consumidor, sobretudo porque, enquanto artifício de embelezamento, enaltecimento, ou por assim dizer, exagero, o mesmo não possui força suficiente para enganar ou ludibriar o destinatário do anúncio veiculado.

Nesse mesmo sentido, veja-se outra decisão do CONAR:

“McDonald’s – CBO”

[...]

O Conselho de Ética recomendou, por unanimidade, o arquivamento de representação contra filme para TV do McDonald’s, motivada por queixa de consumidor de São Paulo. Ele considerou que a apresentação nas peças publicitárias dos ingredientes do lanche não corresponde à realidade

Os conselheiros acolheram os argumentos da defesa, de que os ingredientes estão todos presentes, sendo mostrados “de forma lúdica” ao longo do filme<sup>66</sup>.

Dessa maneira, a oferta vinculará perfeitamente ao consumidor, sabedor que é da existência do uso e costume da aplicação dessa técnica de exagero aos anúncios publicitários, no sentido de buscar realçar as características dos produtos e serviços colocados no mercado.

Relativamente aos slogans e *letterings*, veja-se uma série de exemplos veiculados na mídia nacional na atualidade, nos quais está presente a técnica do *puffing*, ou seja, nos quais há emprego do *dolus bonus*: “Sabão em pó Minuano: Rende tanto que parece mágica”; “Classificados Hoje em Dia. Vende tudo e vende rápido”; “Nova Samsung Smart TV. Todos os seus sonhos cabem aqui”; “Paper Mate: Escreve tão gostoso, que se tornou a caneta mais

<sup>65</sup> Disponíveis em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2003\\_mar.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2003_mar.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>66</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

roubada do mundo”; “Banco do Brasil: bom para todos”; “Sky: você na frente sempre”; “Extra: por uma vida mais família”; “Mais barato, mais barato, Extra”; “Abra a felicidade: Coca-cola”; “Casas Bahia: dedicação total a você”; “Todo dia é dia de passar na Chevrolet. Você vai poder tudo”; “Gol geração 4 – O Gol da sua vida”; “Baygon Mata tudo”; “Listerine – força máxima contra os germes”; “Quero, a mais querida”.

Por certo, nenhum desses anúncios elencados a título de exemplo pode ser tomado com artifício para o convencimento de consumidores incautos, ou mesmo anúncios considerados capazes de induzir o consumidor a erro. Como dito alhures, a prática de utilização do *dolus bonus* na mídia, já se encontra familiarizada entre os consumidores, não mais podendo o princípio da vulnerabilidade do consumidor abarcar situações em que o *puffing* é utilizado como técnica publicitária. Necessário e urgente, ainda, diferenciar o emprego do *dolus bonus* da utilização de *dolus malus*.

A respeito, veja-se o teor de algumas das muitas decisões do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR:

“Kaiser – A melhor cerveja do mundo”

[...]

Consumidores de São Paulo pedem manifestação do CONAR sobre comercial para TV da Kaiser considerado inadequado por estimular o desinteresse dos alunos pela faculdade ao tratar com desdém o ensino superior. O trecho motivador da denúncia é o que declara: “Qual é a melhor cerveja do mundo? A melhor cerveja do mundo é a do boteco da faculdade, com mesinha enferrujada, depois daquela aula importantíssima de... do que era aquela aula mesmo?”

A defesa destacou que a peça apresenta os bons momentos da vida, relacionando cada boa lembrança com a cerveja. Nesse sentido, menciona-se que a melhor lembrança da faculdade é a dos amigos reunidos e a cerveja saboreada após a aula. Evidencia aqui, que a propaganda é alusiva aos bons momentos vividos no passado, o que explica a impossibilidade de se lembrar de uma aula assistida há anos.

O Conselho de Ética concordou com os argumentos da defesa, não vendo na peça qualquer infração ao Código. O arquivamento foi decidido por decisão unânime. Grifo nosso.<sup>67</sup>

No anúncio em comento, o próprio Conselho de Ética do CONAR afirma que não há infração ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, sendo certo que tal publicidade é enquadrada como *puffing*, não havendo a utilização de *dolus malus* em seu corpo.

Em consonância com o acima argumentado está a decisão do CONAR em representação realizada pela *Schincariol* face à AMBEV:

<sup>67</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2005\\_nov.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2005_nov.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

“Boa, só se for Antarctica”

[...]

A expressão “Boa, só se for Antarctica” usada no anúncio em TV gerou protestos da Schincariol, que entendeu tratar-se de uma comparação ilícita atacando a marca e a propaganda do seu produto Nova Schin.

Houve concessão de liminar enquanto se aguardava pela defesa da AmBev.

Nesta, o anunciante afirmou manter há bastante tempo a assinatura “Boa só se for Antarctica” e que o anúncio utiliza-se do recurso do bom humor, sem atacar marca ou reputação da sua concorrente.

O relator reviu sua posição ao conceder a liminar, entendendo que as alegações do anúncio apelam para o auto-elogio, para a jactância, e votou pelo arquivamento da representação, aceito por unanimidade. (Grifo nosso).<sup>68</sup>

Como cediço, o elogio ao próprio produto que não cometa publicidade comparativa, bem como, que não constitua indução do consumidor a erro, não contém *dolus malus*, e, portanto, não deve ser considerada modalidade de publicidade enganosa, merecendo, pois, prosperar.

Ainda, observe-se o anúncio publicitário dos Classificados do Jornal da Tarde:

“Jornal da Tarde – Classificados do JT”

[...]

Consumidora denuncia via e-mail anúncio para TV promovendo os Classificados do Jornal da Tarde onde um homem sofre beliscões, tapas e murros na face, a ponto de cuspir um dente quebrado, tudo para comprovar que não está sonhando, tal a vantagem oferecida pelo jornal para quem nele veicula anúncio classificado.

Para a consumidora, a apresentação de violência gratuita é deseducativa e pode suscitar exemplo socialmente condenável. Ela informou que após ver o filme, o filho pequeno pediu a um coleguinha para socá-lo na face.

A defesa enviada por anunciante e sua agência alude à linguagem assumidamente ficcional, exagerando no absurdo da situação. Lembra que o filme sempre foi exibido em horário onde a audiência é composta predominantemente por adultos e discorda que um comercial isolado possa induzir a comportamento violento.

O relator concordou com os termos da defesa, propondo arquivamento, voto aceito por unanimidade pela 6ª Câmara do Conselho de Ética. (Grifo nosso).<sup>69</sup>

Assim sendo, pode ser verificado que o contexto ficcional e exagerado de um anúncio publicitário não o torna, necessariamente, publicidade ilícita.

Outro exemplo de *puffing*, na qual o produto ofertado é enaltecido por sua própria publicidade, é o abaixo transcrito. Veja-se:

<sup>68</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2005\\_mar.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2005_mar.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>69</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2003\\_mar.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2003_mar.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

“GVT – A escolha feliz”

[...]

A Oi questiona o emprego do claim “A escolha feliz” nos comerciais de TV da GVT, solicitando que a operadora justifique a utilização. Alega a denúncia que, no site da ANATEL, a empresa aparece como a que tem o maior índice de reclamações, o que comprovaria a insatisfação do consumidor, caracterizando “propaganda enganosa”.

Em sua defesa, a GVT argumenta que a expressão usada nas mensagens publicitárias em questão não está relacionada com a satisfação aferível, mas com o desejo de ordem emocional e subjetiva, portanto, incomensurável. O parecer ainda observa que termos como “feliz” e “felicidade” são corriqueiros e extremamente usados na comunicação publicitária.

O relator, que votou pelo arquivamento da representação, concordou que o claim “A escolha feliz” não requer, como solicitado pela denunciante, comprovação técnica ou científica, o que ocorre em afirmações quantitativas ou qualitativas, estas sim capazes de induzir o consumidor a erro e gerar situação de concorrência desleal. (Grifo nosso).<sup>70</sup>

Desse modo, não são passíveis de averiguação material as afirmações de cunho fantasioso, emocional, sendo certo que as mesmas não podem induzir os consumidores a erro. Em contrapartida, as afirmações objetivas, aferíveis, devem vir acompanhadas das respectivas verificações científicas ou técnicas, sob pena de deixarem de ser classificadas como *dolus bonus* e passarem a ser consideradas enganosas pela presença de *dolus malus*.

Nesse sentido, há decisões do CONAR determinando a “alteração” e até mesmo a “sustação” de determinadas publicidades. Esses não são casos nos quais está presente o *dolus bonus*, mas ao contrário, publicidades consideradas enganosas, ilícitas, pela presença de *dolus malus*, senão veja-se:

“A melhor trufa do Brasil”

[...]

A Indústria Brasileira de Alimentos e Chocolates, [...] titular da marca Cacau Show, ofereceu representação contra campanha em mídia eletrônica e ponto de venda da concorrente, Brasil Cacau, baseada no Claim “A melhor trufa do Brasil”. O cantor Daniel participa da campanha. Queixa-se a Cacau Show que tal afirmação é subjetiva e não comprovada na campanha. A relatora concedeu medida liminar de sustação abrangendo especificamente as peças publicitárias veiculadas em TV.

Em sua defesa, pedindo a revogação da liminar, a Brasil Cacau alegou inicialmente que o claim expressa a opinião do cantor. Uma vez mantida a recomendação, a anunciante enviou nova defesa, citando pesquisa de mercado realizada em três das suas lojas em São Paulo, ouvindo quinhentos consumidores em período não esclarecido e sem menção a registro, inclusive no próprio site da anunciante. Ainda no documento, a Brasil Cacau questiona os critérios e formalidades de processamento pelo CONAR, praticados há mais de trinta anos e aceitos pela totalidade do mercado publicitário brasileiro.

Em seu voto, a relatora propôs a sustação da campanha, por considerar que falta a ela clareza. “Uma campanha de massa para dizer que algo é ‘o melhor’ não pode ser baseada num critério subjetivo”, escreveu em seu voto, não considerando válidas as bases da pesquisa apresentada pela Brasil Cacau, seja pela sua extensão geográfica, seja pela forma como teria sido realizada, na loja da própria anunciante.

<sup>70</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2009\\_fev.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2009_fev.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

Ainda que tenha sido aceito em sua fundamentação, o voto da relatora foi reformado para alteração; o conselheiro do voto vencedor considerou perfeitamente possível o aproveitamento da campanha, uma vez modificado o seu *claim*.

Inconformada, a Brasil Cacau recorreu da decisão, voltando a questionar os procedimentos processuais do CONAR, reunidos no Regimento Interno do Conselho de Ética, RICE. Aludiu ainda a uma pesquisa comparativa sigilosa, na qual foi apurado que a maioria dos consumidores apreciava o produto da Brasil Cacau.

O relator do recurso propôs a manutenção da decisão inicial. “Já passou o tempo em que dizer ser “o melhor” era uma afirmação banal. Não é de hoje que isso é regulamentado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. O objetivo do CONAR é defender o consumidor. O consumidor tem o direito de saber se um produto é efetivamente melhor do que outro e, para isso, as empresas que pretenderem usar essa alegação têm o dever de provar sua superioridade de modo cabal”, escreveu ele em seu voto, aprovado pela unanimidade<sup>71</sup>.

Eis, pois, exemplo de publicidade ilícita, uma vez que, da análise do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, resta claro que, afirmações aferíveis na publicidade devem estar devidamente acompanhadas de comprovação. De outro modo, estar-se-á diante de publicidade enganosa, pela superveniência de *dolus malus*, ou seja, pela presença de elemento inverídico capaz de viciar a vontade esclarecida do consumidor, o induzindo a erro.

É o que se encontra disposto nos parágrafos do artigo 27 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, segundo o qual:

Art. 27.

O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.

§ 1º - Descrições

No anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitadas.

§ 2º - Alegações

O anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambiguidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à:

- a. natureza do produto (natural o artificial);
- b. procedência (nacional ou estrangeira);
- c. composição;
- d. finalidade. [...]<sup>72</sup>

Ora, a violação ao disposto no artigo 27 e parágrafos do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária não pode ser confundida com a existência de *dolus bonus*

<sup>71</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoese\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoese_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>72</sup> Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <[http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos\\_principios%20gerais\\_secao5.htm](http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_principios%20gerais_secao5.htm)>. Acesso em 16 de abril de 2012.

na publicidade, nem mesmo com a hipótese de utilização da técnica publicitária denominada *puffing*. A afronta ao preceito em comento traduz a existência de *dolus malus* na publicidade, este sim capaz de induzir o consumidor a erro, viciando sua vontade, o que não se poderá admitir.

Veja-se outro exemplo de publicidade enganosa, objeto de recomendação de “alteração” por parte do CONAR:

“Lifebuoy”

[...]

O alvo da representação é anúncio em TV e mídia impressa de Lifebuoy, linha de sabonetes da Unilever. A Reckitt Benckiser, que comercializa produto do mesmo segmento, contesta diversas frases empregadas na campanha que, a seu ver, transmite aos consumidores a mensagem de que Lifebuoy seria melhor ou superior aos produtos da concorrência. Contudo, a denunciante alega que não há base técnica para sustentar tais afirmações, entre elas o *claim* “100% melhor proteção contra bactérias”. [...]

Para Unilever, não há irregularidade na campanha, uma vez que se trata efetivamente de um produto inovador, recém-chegado ao mercado brasileiro. [...]

Esclarece também que, em *lettering*, explica que a comparação para afirmar a superioridade do produto foi baseada nos testes com produtos sem ingredientes contra bactérias. Conciliação patrocinada pelo CONAR não chegou a bons termos.

Em primeira instância, o relator não viu infrações éticas, concordando com os termos da defesa. Ele votou pelo arquivamento, recomendação aceita por unanimidade.

A Reckitt Benckiser recorreu da decisão e, desta vez, viu os seus argumentos parcialmente aceitos. O relator do recurso concordou com a maior parte do voto inicial, mas considerou necessário alterar o *claim* já citado, de forma que a comparação fique mais clara aos consumidores. Seu voto foi aceito por unanimidade<sup>73</sup>.

Na decisão destacada, verifica-se que o consumidor não mais remanesce enganado pela publicidade que, por sua vez, deve deixar claros os parâmetros utilizados para embasar suas alegações quando estas se mostrem objetivas e passíveis de comprovação.

Nesse mesmo sentido, veja-se a seguinte publicidade e decisão do CONAR:

“UNIP brilha no exame da OAB – 3º lugar nacional”

[...]

Queixa de consumidor paulistano motivou a abertura desse processo ético, visando publicidade em TV da UNIP – Universidade Paulista, na qual se informa que a instituição é a terceira no país e a segunda em São Paulo que mais aprova graduados em Direito no exame da OAB.

A reclamação do consumidor deve-se ao fato de a UNIP utilizar-se apenas do número absoluto de aprovados, não levando em conta a proporção de inscritos por faculdade. Citando números da própria OAB, o consumidor informa que a UNIP aprovou 7% dos seus alunos inscritos, enquanto USP e UNB, por exemplo, aprovaram mais de 60%. Não há, no anúncio, nenhuma explicação sobre a maneira pela qual foi calculada a posição da UNIP no *ranking* de aprovação da OAB.

<sup>73</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

Em sua defesa, a instituição de ensino argumenta que o anúncio respeita estritamente o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, sendo baseado em dados da própria entidade dos advogados.

Em primeira instância, o Conselho de Ética votou por maioria pela sustação, seguindo voto do relator. Ele considerou haver exagero no uso do verbo “brilhar” para definir o desempenho da UNIP nos exames da OAB. Também considerou que o número absoluto de aprovados não é critério de qualidade.

Houve recurso por parte do anunciante, repisando seus argumentos. O relator do recurso propôs a reforma parcial da decisão, para alteração. Ele considerou que o anúncio visa expressar que fazer o curso de Direito na UNIP aumenta as chances de o formando ser aprovado também no exame da OAB, mas, para ele, o bom-senso não permite ver eficiência num índice de aprovação em torno de 7%. Ele sugere que a alteração deixe claro e explícito o critério de uso dos números. Seu voto foi acolhido por maioria<sup>74</sup>.

Ainda, igualmente:

“O N.1 em reparação: Elsève”

[...]

A representação foi originada por protesto da Unilever contra anúncio em mídia impressa da linha Elsève Reparação Total 5, do qual consta a afirmação “O N. 1 em reparação”, que remetia à explicação na borda lateral do anúncio. Para a Unilever, a afirmação pode gerar engano, levando o consumidor a crer que os produtos Elsève são líderes de mercado, tecnicamente superiores e de melhor performance.

Em sua defesa, a Procosa, fabricante dos produtos Elsève no Brasil, informa que baseou a sua alegação no fato de ter sido “1º lugar em crescimento de vendas no período maio a junho de 2011”, segundo pesquisa da Nielsen, como explicado na remissão do anúncio. Reunião de conciliação entre as partes não chegou a bom termo.

Em seu voto, o relator recomendou a alteração. Ele considerou inaceitável a alegação de “N. 1” a partir de dados colhidos em prazo tão curto de tempo e no fato de ter sido baseada no crescimento em valor das vendas. Ressaltou ainda o caráter de baixa legibilidade do *lettering* explicativo. Seu voto foi acolhido por maioria<sup>75</sup>.

Como se vê, tratando-se de dados objetivos e auferíveis, relativamente às pesquisas, dados científicos ou técnicos, até mesmo a natureza, a extensão geográfica, o período de tempo, o órgão que promoveu e o critério utilizado são relevantes para se verificar se determinado anúncio é ou não capaz de induzir o consumidor a erro. Em o sendo, notória a presença de *dolus malus* e, portanto, o anúncio não deverá prevalecer, ou, quando possível, deverá, tal publicidade, ser devidamente alterada de modo que não mais represente modalidade de publicidade enganosa.

O que se deve asseverar é que o *dolus bonus* não possui o condão ou a faculdade de viciar a publicidade, tornando-a enganosa. Ao contrário, é ele utilizado em anúncios publicitários para se exaltar ou enaltecer o produto anunciado através de técnica publicitária

<sup>74</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_dezembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_dezembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

<sup>75</sup> Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_dezembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_dezembro.htm)>, acesso em 17 de abril de 2012.

denominada *puffing*, incapaz, contudo, de induzir o consumidor a erro. Em contrapartida, nas situações em que o consumidor é induzido a erro pelo anúncio publicitário, se estará diante da presença de *dolus malus*, este sim capaz de tornar a publicidade ilícita por enganabilidade.



## 7 CONCLUSÃO

O dolo previsto pelo Código Civil, a saber, aquele tratado como defeito do ato jurídico capaz de acarretar a anulabilidade do ato, enquanto vício do consentimento é o chamado *dolus Malus*. O *dolus bonus*, por sua vez, herança do Direito Romano, não tem o condão de viciar as relações jurídicas, na medida em que não se trata de meio ardiloso ou artifício capaz de ludibriar, enganar ou induzir quem quer que seja a erro.

O recurso ao *dolus bonus* persiste nos dias atuais, sobretudo, para fins de publicidade empresarial, sendo certo que, muitas vezes, os anúncios publicitários apresentam um contexto ficcional de exagero das características dos produtos e serviços anunciados.

Tal técnica publicitária de utilização do enaltecimento do produto ou do serviço objeto da publicidade é denominada *puffing* ou *puffery* e se traduz na valorização, na gabança acerca das qualidades do produto ou serviço objeto da publicidade.

Por óbvio, na publicidade, afirmações aferíveis, objetivas, devem estar devidamente acompanhadas de comprovação, pois, de outro modo, estar-se-á diante de publicidade enganosa.

O que se observa é que quando o exagero publicitário necessita de comprovação técnica ou científica e esta se mostra inexistente, falha ou inverídica, não se está a falar de *puffing*, mas sim do emprego de *dolus malus* na comunicação publicitária, ou seja, da presença de elemento inverídico capaz de viciar a vontade esclarecida do consumidor, o induzindo a erro.

O *puffing*, enquanto modalidade de emprego de *dolus bonus*, se refere à valorização subjetiva, jocosa ou lúdica do produto ou serviço objeto da publicidade e, portanto, não constitui meio capaz de viciar a manifestação de vontade do consumidor, sendo que não torna a publicidade ilícita por enganosidade e não se confunde com o recurso ao *dolus malus*, verdadeiro vício do consentimento capaz de gerar modalidade de publicidade enganosa.

Constitui, pois, o recurso ao *dolus bonus* espécie de licença publicitária que permite que o profissional da publicidade exerça, com certa liberdade, seu poder de criação em anúncios de produtos e serviços, desde que, obviamente, tal forma de expressão não se mostre inverídica em parâmetros objetivos. Na pendência dessa hipótese, estar-se-á diante de

modalidade de publicidade enganosa pela utilização de *dolus malus*, nada havendo em comum com o emprego de *dolus bonus* na publicidade empresarial.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: **Direito civil**: atualidades. Coordenadores César Fiuza; Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Manole, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- BRASIL. **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária**. Disponível em <[http://italo.com.br/portal/images/stories/pdf/legislacao2/Codigo\\_CONAR.pdf](http://italo.com.br/portal/images/stories/pdf/legislacao2/Codigo_CONAR.pdf)>. Acesso em 30 de abril de 2012.
- \_\_\_\_\_. **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária**. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos\\_principios%20gerais\\_secao\\_5.htm](http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_principios%20gerais_secao_5.htm)>. Acesso em 16 de abril de 2012.
- \_\_\_\_\_. **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária**. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos\\_principios%20gerais\\_secao\\_7.htm](http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_principios%20gerais_secao_7.htm)>. Acesso em 15 de abril de 2012.
- \_\_\_\_\_. **Código civil**. LEI N. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de janeiro de 2002.
- \_\_\_\_\_. **Código de defesa do consumidor**. LEI N. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 12 de setembro de 1990.
- \_\_\_\_\_. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- CABRAL, Plínio. **Propaganda**: técnica da comunicação industrial e comercial. São Paulo: Atlas, 1977.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**: dos atos do comércio. 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953. v. 1. Livro 1.
- CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. 2 ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1994.

CATEB, Salomão de Araujo. O cônjuge supérstite e a obrigação de colacionar. In: **Direito civil e constitucional**: estudos de direito comparado em homenagem à Professora Lucia Massara. Coordenador Salomão de Araujo Cateb. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

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

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: RT, 1991.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONAR. **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária**. Disponível em <[http://emporio.art.br/capa/pdf/conar\\_codigo-bras-auto-regulamentacao-publicitaria\\_2009-04.pdf](http://emporio.art.br/capa/pdf/conar_codigo-bras-auto-regulamentacao-publicitaria_2009-04.pdf)>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. Decisões. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2003\\_mar.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2003_mar.htm)>. Acesso em 17 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Decisões. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2005\\_mar.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2005_mar.htm)>. Acesso em 17 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Decisões. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2005\\_nov.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2005_nov.htm)>. Acesso em 17 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Decisões. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2009\\_fev.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2009_fev.htm)>. Acesso em 17 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Decisões. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_outubro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_outubro.htm)>. Acesso em 17 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Decisões. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_novembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_novembro.htm)>. Acesso em 17 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Decisões. Disponível em <[http://www.conar.org.br/html/decisoes\\_e\\_casos/2011\\_dezembro.htm](http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/2011_dezembro.htm)>. Acesso em 17 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. História. Disponível em <<http://www.conar.org.br/html/quem/historia.htm?Documento=629>>, acesso em 17 de abril de 2012.

CONAR. Missão. Disponível em <http://www.conar.org.br/html/quem/missao.htm?Documento=232>, acesso em 17 de abril de 2012.

CONTADIN, Éder Augusto. **Caracterização do dolo enquanto vício do consentimento**. Disponível em <http://www.franca.unesp.br/CARACTERIZACAO%20DOLO.pdf>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução Leandro Konder. São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2010.

EVANGELISTA, Marco. **O Panetone Bauducco e o *dolus bonus***. Disponível em <http://marcoevangelista.blog.br/?p=1171>. Acesso em 04 de março de 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALCON, Francisco José Calazans. **Iluminismo**. São Paulo: Ática, 1986.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. In: **Direito civil: teoria geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. O princípio da autonomia privada e a função social da empresa. In: **Direito civil: atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado**. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial: o estatuto do comerciante**. 5 ed. revista e aumentada. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1956. v. 1. t. 1.

FIUZA, César. Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In: **Direito civil: atualidades**. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: **Direito civil: atualidades**. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GIACOMIN, Rosilene Gomes da Silva. **A transferência involuntária de quotas e seus reflexos no exercício precário dos herdeiros: administradores das sociedades limitadas**. 2011. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, 2011.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil**: dano e defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. In: **Direito civil brasileiro**: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. In: **Direito civil e constitucional**: estudos de direito comparado em homenagem à Professora Lucia Massara. Coordenador Salomão de Araujo Cateb. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

GUIMARÃES, Keila. Gama busca a criatividade eficaz. **ABAP Imprensa: Propaganda & Marketing**. São Paulo. 2012. Disponível em <<http://www.abapnacional.com.br/imprensa/clipping/PropMark%2023%2004%2012.pdf>>. Acesso em 29 de abril de 2012.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. 2 ed. Tradução de Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. In: **Direito civil**: atualidades. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 1989.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi e OLIVEIRA, Juliana Quintino de. Marketing dos novos tempos. **Marketing interativo**: a utilização de ferramentas e mídias digitais. Coordenador Alexandre Luzzi Las Casas. São Paulo: Saint Paul Editora, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do direito civil. In: **Direito civil**: atualidades. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2216/a-informacao-como-direito-fundamental-do-consumidor/2>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6903/deveres-gerais-de-conduta-nas-obrigacoes-civis/2>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do direito civil. In: **Direito civil**: atualidades. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. *Jus commune* contemporâneo? In: **Direito civil e constitucional**: estudos de direito comparado em homenagem à Professora Lucia Massara. Coordenador Salomão de Araujo Cateb. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: **Direito civil**: atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MALANGA, Eugênio. **Publicidade**: uma introdução. São Paulo: Atlas, 1976.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 337.023-6. Relator: Juiz Gouvêa Rios. Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=...](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=...)> Acesso em 05 de março de 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 499.595-5 – 22.06.2005. Relatora: Des.(a) Albergaria Costa. Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=...](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=...)> Acesso em 05 de março de 2012.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOTTA, Marx Amaro. Proteção do consumidor e livre-iniciativa. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIV, n. 332, p. 61, Nov. 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NUNES, Rizzatto, **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACHECO, Vivian Priscila Vidal. Telefonia móvel: prática abusiva de promoções. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIV, n. 328, p. 40-42, Set. 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Rodrigo Luiz. **No campo dos negócios jurídicos o que se entende por *dolus bonus* e *dolus malus*?** Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/382827/dolo-bonus>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Eficiência econômica e autonomia privada como fundamentos da recuperação de empresas no direito brasileiro. In: **Direito civil: atualidades II**. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RAMIS, Diogo Dias. **O dolo no direito civil**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6243](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6243)>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O imperativo de transparência no direito europeu dos contratos. **Direito civil: atualidades**. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Luiz Felipe Ribeiro. **Os contratos cativos de longa duração e o direito intertemporal**: equilíbrio nas relações contratuais com base na teoria dos contratos incompletos. 2011. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico**. Disponível em <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho\\_barreto\\_sampaio\\_junior.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho_barreto_sampaio_junior.pdf)>. Acesso em 24 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. **Da liberdade ao controle**: os riscos do novo direito civil brasileiro. Disponível em <<http://bibliotecadireito2010.wordpress.com/2010/09/17/e-bookda-liberdade-ao-controle-os-riscos-do-novo-direito-civil-brasileiro/>>. Acesso em 25 de abril de 2012.

SANT' ANNA, Armando; ROCHA JÚNIOR, Ismael e GARCIA, Luiz Fernando Dabul. **Propaganda**: teoria, técnica e prática. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. **O que se entende por *puffing* ou *puffery*?** Disponível em <<http://www.ipclfg.com.br/descomplicando-o-direito/o-que-se-entende-por-puffing-ou-puffery/>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v.1

STANLEY, Adriano. **Tutelas de urgência na reparação do dano moral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: **Direito civil: atualidades**. Coordenadores César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



VENOSA, Sílvio de Salvo. **Dolo no direito civil**. Disponível em <<http://www.leonildo.com/curso/civil32.htm>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

VIANNA, Luís Márcio Ribeiro. **O espetáculo não pode parar**. A regulação do incentivo à cultura e o investimento cultural corporativo: um recorte para Minas Gerais. 2010. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, 2010.