

RENATA EGERT

**SOCIEDADE DE CONSUMO E MEIOS DE COMUNICAÇÃO: OS LIMITES E O
CONTROLE À PUBLICIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE
CONSOLIDAÇÃO DE NOVOS PADRÕES DE CONSUMO**

Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – *Campus* de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* – Mestrado em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Liliana Locatelli

Santo Ângelo

2010

RENATA EGERT

**SOCIEDADE DE CONSUMO E MEIOS DE COMUNICAÇÃO: OS LIMITES E O
CONTROLE À PUBLICIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE
CONSOLIDAÇÃO DE NOVOS PADRÕES DE CONSUMO**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – *Campus* de Santo Ângelo, como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: II- Cidadania e Novas Formas de Soluções de Conflitos

Comissão Julgadora:

Prof^a Dr^a. Lilitiana Locatelli, Doutora em Direito,
Orientadora.

Prof. Dr. Paulo Vanderlei Vargas Groff
Examinador.

Prof^a. Dr^a. Lana D'Ávila Campanella
Examinadora.

Santo Ângelo (RS), outubro de 2010.

Dedico este trabalho à amiga, orientadora e “irmã de coração” Liliana Locatelli por ter me indicado o Norte da vida profissional e sempre acreditado na minha conquista por este título tão importante na caminhada da docência jurídica.

AGRADECIMENTOS

A DEUS pelo dom da vida, pela oportunidade e pelo privilégio que me foi dado em compartilhar tamanha experiência.

Aos meus familiares para os quais em distinção consagro este trabalho, meus melhores agradecimentos. Pois a dedicatória deste é aquém do que representam em minha vida. A irmã e professora Roberta Egert Loose pela paciência e dedicação com que acompanhou essa difícil caminhada.

Ao minha orientadora Professora Liliana Locatelli, pela compreensão e pelo carinho.

Igualmente aos demais professores que me ensinaram à verdadeira essência do aprender, em especial ao Professor Paulo Vanderlei Vargas Groff, pela amizade e incentivo.

Aos colegas da turma 2009, que foram grandes amigos, também fica o meu sincero muito obrigado, em especial a querida amiga Caroline, pelos momentos vividos durante essa caminhada, pelo companheirismo e pela amizade solidificada ao longo deste curso, que, certamente se eternizará.

A Coordenação do Curso de Direito e a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – *Campus* de Frederico Westphalen por proporcionar e incentivar o aprimoramento dos conhecimentos de seus docentes.

A todos que de alguma forma passaram pela minha vida, deixando um pouco de si e levando um pouco de mim, contribuindo para minha formação pessoal e acadêmica. Obrigada.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 9 |
| CAPÍTULO I – SOCIEDADE E NOVOS PADRÕES DE CONSUMO..... | 12 |
| 1.1 Sociedade e relações de consumo | 12 |
| 1.2 Características dos padrões de consumo | 15 |
| 1.2.1 Consumo e simbolismo..... | 15 |
| 1.2.2 Consumo e economia..... | 21 |
| 1.2.3 Consumo: inclusão e exclusão..... | 24 |
| 1.2.4 Consumo, multiculturalismo e cidadania..... | 27 |
| 1.3 A proteção do consumidor diante dos novos padrões..... | 31 |
| 1.4 Código de Defesa do Consumidor | 34 |
| 1.4.1 Vulnerabilidade como princípio norteador das relações de consumo..... | 36 |
| 1.4.2 A vulnerabilidade e as suas espécies..... | 38 |
| 1.4.3 Mecanismos atenuantes da vulnerabilidade | 42 |
| CAPÍTULO II – MEIOS DE COMUNICAÇÃO E SOCIEDADE DE CONSUMO: A PUBLICIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DE PADRÕES..... | 58 |
| 2.1 Publicidade | 59 |
| 2.1.1 Origem da publicidade..... | 59 |
| 2.1.2 Publicidade X propaganda | 62 |
| 2.1.3 Publicidade no Código de Defesa do Consumidor | 63 |
| 2.1.4 Tipos de publicidade | 65 |
| 2.1.5 Importância da publicidade | 66 |
| 2.2 Exploração de mensagens/situações publicitárias | 66 |
| 2.3 Publicidade e vulnerabilidade | 69 |
| 2.3.1 Informar X Influenciar | 70 |
| 2.3.2 Influência no comportamento social..... | 76 |
| 2.3.3 Influência no exercício da cidadania | 78 |
| 2.4 Necessidade de limites e formas de controle | 82 |
| 2.4.1 Controle da publicidade no Brasil | 84 |
| 2.5 Princípios da publicidade | 84 |
| 2.5.1 Princípio da transparência da fundamentação da publicidade..... | 85 |
| 2.5.2 Princípio da identificação da publicidade | 86 |
| 2.5.3 Princípio da vinculação contratual da publicidade | 88 |
| 2.5.4 Princípio da veracidade da publicidade | 88 |
| 2.5.5 Princípio da não abusividade da publicidade | 89 |
| 2.5.6 Princípio da inversão do ônus da prova | 89 |
| 2.5.7 Princípio da correção do desvio publicitário..... | 90 |
| CAPÍTULO III – PUBLICIDADE: OS LIMITES À SUA AUTAÇÃO E FORMAS DE CONTROLE..... | 91 |
| 3.1 Código de defesa do consumidor e publicidade..... | 92 |
| 3.1.1 Conceito de consumidor para fins de publicidade..... | 92 |
| 3.1.2 A publicidade como oferta..... | 95 |
| 3.1.3 Publicidade enganosa..... | 96 |
| 3.1.4 Publicidade abusiva | 99 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.5 Parâmetros para aferição de abusividade e enganabilidade | 102 |
| 3.2 Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e publicidade | 104 |
| 3.2.1 Criação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária-CBAP | 104 |
| 3.2.2 Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR | 105 |
| 3.2.3 Preceitos básicos da ética publicitária..... | 107 |
| 3.2.4 Publicidade comparativa | 108 |
| 3.3 Controle público X controle privado | 110 |
| 3.3.1 Análise da aplicação da lei acerca da publicidade no Brasil | 110 |
| 3.3.2 Análise dos princípios éticos aplicados nas decisões do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária | 118 |
| 3.4 Abrangência e aplicação das formas de regulação | 125 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 127 |
| REFERÊNCIAS | 130 |

RESUMO

A presente pesquisa ocupou-se do estudo da Sociedade de Consumo refletida pela imposição de novas necessidades, que se caracterizam por uma busca incessante pela aquisição de bens de consumo, os quais estão intrinsecamente relacionados ao *status* que o consumidor ocupa no seu meio social. Nesta Sociedade criam-se novos padrões de consumo. Propõe-se, destarte, o estudo do ato de consumir refletido não mais somente na esfera econômica de uma sociedade, mas na postura do indivíduo enquanto cidadão, desde suas relações sociais até no exercício de seus direitos políticos. Neste sentido, identifica-se que os valores presentes nesta Sociedade de Consumo, por sua vez, têm como principal instrumento de difusão os meios de comunicação de massa, uma vez que atingem a maior parte da população, e a partir destes, são construídas novas identidades, difundidas novas culturas e valores morais, criadas novas necessidades e consolidado um novo perfil de cidadão. Partiu-se, desta forma, a análise técnica da publicidade, como um dos instrumentos mais utilizados na disseminação dos padrões de consumo. Por fim, observou-se a relevância de se impor limites a estes instrumentos e a necessidade de atuação do Direito como regulador destas práticas no Brasil, especialmente no que se refere à oferta publicitária. A pesquisa direcionada à Sociedade de Consumo partiu do método de abordagem dialético, através do qual se organizou o raciocínio lógico para o procedimento dissertativo de pesquisa, situado no estudo de caso de um determinado objeto, com o intuito de analisar a influência dos meios de comunicação em massa, e os limites impostos à publicidade no Brasil.

Palavras-chave: Sociedade de Consumo; publicidade; limites; meios de comunicação.

RESUMEN

Esta investigación presenta un estudio de la Sociedad de consumo reflejada por la imposición de nuevas necesidades, que se caracterizan por una búsqueda incansable por la adquisición de bienes de consumo, los cuales están intrínsecamente relacionados al status que el consumidor ocupa en su entorno social. En esta Sociedad se crean nuevos padrones de consumo y así se propone el estudio del acto de consumir, no solamente en la esfera económica de una sociedad, pero por la postura del individuo que es ciudadano, desde sus relaciones sociales hasta el ejercicio de sus derechos políticos. Así, se identifica que los valores presentes en esta Sociedad de Consumo, por su vez, tienen como principal instrumento de difusión los medios de comunicación de gran escala, ya que utilizan la mayor parte de la población, y a partir de estos, son construídas nuevas identidades, difundidas nuevas culturas y valores morales, creadas nuevas necesidades y consolidado un nuevo perfil de ciudadano. Para eso, se partió de la análise técnica de la publicidad, como uno de los instrumentos más utilizados en la diseminación de los padrones de consumo. Por fin, se observó la importancia de se impor límites a estos instrumentos y la necesidad de actuación del Derecho como regulador de estas prácticas en el Brasil, especialmente en que se refiere a la propuesta publicitaria. La pesquisa direccionada a la Sociedad de Consumo partió del método de abordaje dialéctico, a través del cual se organizó el raciocinio lógico para el procedimiento disertativo de la pesquisa, ubicado en el estudio del caso de un determinado objeto, con la idea de analizar la influencia de los medios de comunicación en escala, y los límites impuestos a la publicidad en Brasil.

Palabras-clave: Sociedad de Consumo; publicidad; límites; comunicación de gran escala.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações de consumo que antes eram vistas sob a ótica individualista e unipessoal, agora se tornaram difusas e pluripessoais devido ao industrialismo e ao desenvolvimento econômico que caracterizam a sociedade atual. Esta é marcada pela concretização de padrões de consumo diferenciados nos últimos anos, que estão diretamente vinculados às transformações dos valores culturais, sociais e políticos. Dentre estas transformações destaca-se o fato de que o consumidor não tem mais a clareza do que são realmente suas necessidades naturais ou se são necessidades impostas, uma vez que acabam sendo absorvidas como se fossem inerentes ao indivíduo.

Mais do que bens e serviços, os novos padrões demonstram que o consumidor busca a aquisição de uma qualificação social através de um valor simbólico tão ou mais importante do que o valor econômico destes bens. Assim, o ato de consumir se reflete não mais somente na esfera econômica de uma sociedade, mas em outras searas como na divisão de classes, na formação da personalidade e dos princípios morais, além do exercício da cidadania, se refletindo diretamente nos valores presentes na sociedade.

Diante deste cenário, surge a necessidade de limites para proteção do consumidor que, em razão de sua vulnerabilidade, é influenciado pelas práticas consumeristas constantemente. Salienta-se, aqui, que como meio de propagação destas novas formas de consumo e influência nas mudanças dos hábitos da população, os produtores contam com a força de atuação dos meios de comunicação de massa. Por meio da capacidade de difusão de informações destes meios, os têm o poder de criar necessidades de uso de novos produtos, bem como produzir valores diferenciados, sobretudo através das técnicas publicitárias.

Assim, os meios de comunicação de massa, mais especificamente a publicidade, entendido como o instrumento mais efetivo na difusão de padrões de consumo, acabam sendo também responsáveis por essas modificações no ato de consumir, devendo sofrer limites, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Tendo em vista essas considerações, a presente pesquisa busca analisar a Sociedade de Consumo, uma vez que o termo é uma das inúmeras tentativas de compreensão destas transformações que vêm ocorrendo nas sociedades contemporâneas com a imposição de novos padrões de consumo, bem como os limites impostos à publicidade,

enquanto instrumento de comunicação de difusão de padrões.

Ressalta-se que esta pesquisa não pretende esgotar os aspectos técnicos da publicidade, dando prioridade a algumas considerações gerais e sucintas, como forma de melhor entendimento da influência desta técnica na publicidade na Sociedade de Consumo.

Nestes termos, tem-se como objetivo precípua analisar a influência dos meios de comunicação de massa – publicidade – na imposição de novos padrões de consumo, bem como a existência ou não de limites adequados à atuação desses instrumentos.

Para tanto, intenta-se identificar até que ponto os meios de comunicação em massa criam necessidades e impõem novos padrões de comportamento na sociedade de consumo, bem como, diante da superficialidade dos parâmetros legais de proteção ao consumidor, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, se existem limites efetivos à publicidade enquanto formadora destes novos valores.

Consoante os objetivos mencionados, esta pesquisa foi dividida em três capítulos, que inicia com a análise da Sociedade de Consumo, buscando observar se nela prevalecem as forças do mercado e se o consumo é considerado uma prática compulsiva. Analisar-se-á se esta prática de consumo é criada através das inter-relações do consumo com outros elementos ou fenômenos sociais, relacionando-a com influência dos meios de comunicação para concluir se estes realmente refletiram na construção dos novos padrões de consumo que vão desde o seu valor simbólico até suas conseqüências no exercício da cidadania.

Neste sentido, serão abordados os novos padrões que caracterizam a sociedade atual. Verificar-se-á se o consumo é tratado hoje como simbolismo ou se são determinados pelos modos de organização da atividade econômica. Ainda, verificar-se-á se tais práticas são capazes de interferir nas relações sociais, no que se refere ao espaço que cada cidadão ocupa na sociedade.

Para tanto, a pesquisa sobre a Sociedade de Consumo será realizada sob a perspectiva de autores contemporâneos como Baudrillard e Canclini, que servem de fundamento para explicar esse fenômeno ocorrido na sociedade consumerista.

O primeiro capítulo abordará, ainda, algumas formas de proteção do consumidor frente a essas modificações caracterizadas pela imposição de novos padrões de consumo, e, destacada sua situação de vulnerabilidade, estudar-se-á quais os mecanismos existentes nas normas brasileiras que garantem aos consumidores o equilíbrio nas relações de consumo.

No segundo capítulo, analisar-se-á a influência dos meios de comunicação em massa na Sociedade de Consumo, e se por meio da difusão de novos valores há o afastamento dos consumidores da compreensão da sociedade a que pertencem e o desconhecimento de seus

direitos através da imposição de novos padrões de consumo.

Assim, dar-se-á ênfase à publicidade, enfatizando seus delineamentos técnicos, por serem os principais instrumentos de difusão de valores utilizados nos meios de comunicação em massa. Ainda, será verificada se a difusão de informações e valores por este meio estão mudando o perfil sócio-cultural do consumidor, diante do fenômeno da globalização, visto que a publicidade, com suas diversas técnicas, atua como principal mecanismo por meio do qual os cidadãos tomam conhecimento dos novos produtos e serviços, bem como têm acesso aos padrões e valores culturais vigentes.

No terceiro capítulo realizar-se-á uma análise dos limites impostos à atividade publicitária e as formas de controle público e privado, verificando se estão aptos a coibir as práticas que interferem na construção do perfil do consumidor/cidadão.

Diante do controle misto adotado pelo Brasil, analisar-se-á por uma lado, o controle público da publicidade, realizado através das normas gerais contidas no Código de Defesa do Consumidor, e por outro lado, ainda, como regulador da publicidade, estudar-se-á a forma de controle privado efetivado pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitário, órgão responsável por estabelecer e aplicar seus princípios éticos.

Nesse entorno, serão analisadas algumas decisões do Poder Judiciário e do Conselho de Autorregulamentação Publicitária, para diagnosticar se existem limites à publicidade, bem como verificar se estas decisões são aptas para resolver os conflitos advindos das modificações e da imposição de novos padrões de consumo observados na atual Sociedade de Consumo.

Para o estudo e análise, utilizam-se os métodos de abordagem dialética, de procedimento dissertativo e de pesquisa indireta, com o intuito principal de analisar a influência dos meios de comunicação de massa – publicidade - na criação de novos padrões de consumo, bem como os limites impostos a estes. Observa-se, por fim, tratar-se de um estudo interdisciplinar, pois objetiva-se a integração de alguns conceitos de áreas distintas para construção de novos conhecimentos.

CAPÍTULO I – SOCIEDADE E NOVOS PADRÕES DE CONSUMO

1.1 Sociedade e relações de consumo

As relações de consumo são consideradas bilaterais e dinâmicas. A primeira, porque é formado por duas partes, o fornecedor – aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros; e o consumidor, que é aquele que adquire os bens, produtos e serviços, oferecidos pelo fornecedor. Diz-se ainda, que as relações de consumo são dinâmicas, pois acompanham a evolução da sociedade, representando com precisão os momentos históricos em que estão situadas.¹

Desta forma, estas relações, em sua fase inicial, caracterizava-se pelos negócios interpessoais e pela igualdade entre consumidor e fornecedor. Assim, as partes envolvidas mantinham contato direto e em faixas restritas de mercados, permitindo aos consumidores melhor conhecer as pessoas dos seus fornecedores e melhor eleger os bens e serviços a serem consumidos.

Mas, desde o final do século XIX, as relações de consumo passaram a ganhar foro de universalidade, tornando-se pluripessoais e difusas a partir do industrialismo e das produções em largas escalas, revolucionando os negócios. Estas modificações foram marcadas pela falta de contato entre consumidor e fornecedor, que se relacionavam apenas com as marcas dos produtos. As novas situações decorrentes deste desenvolvimento transformaram os negócios, que antes eram marcados pela interpessoalidade, em negócios pluripessoais e difusos. Nesta linha de pensamento Ferraz, Milaré e Nery Junior tem entendido:

O surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento de cartéis, holding, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação em massa, e, com eles o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e

¹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

atingindo inevitavelmente os interesses difusos. Todos esses fenômenos que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume a própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma latente, despercebidos.²

Diante desta nova e elementar constatação, passou-se a reconhecer a figura do consumidor e, sobretudo, de sua vulnerabilidade, exteriorizada pela deficiência educacional, informativa, material e legislativa dessa nova classe, culminando no aparecimento de legislações protetivas.

A crescente evolução das relações humanas de consumo deixou o consumidor desprotegido. Neste sentido Rios introduz:

[...] a iniciativa individual do consumidor tinha o poder de ditar leis ao mercado, se pudesse falar em relações mais personalizadas entre fornecedores e consumidores, em menor distanciamento entre estes agentes econômicos, em maior conhecimento do processo de produção e nas especificidades dos próprios bens comercializados, sem contar a probabilidade de que as relações de consumo aí fossem mediadas por valores como confiança, lealdade e temor relativo a condutas eticamente reprováveis.³

Assim, o surgimento da produção industrial baseada na mão-de-obra assalariada fez com que a produção artesanal, realizada no âmbito familiar, fosse excluída do cotidiano social. Os artesãos, que até então eram os donos dos meios de produção, passaram a trabalhar nas indústrias em troca de um salário, tendo de se submeter às condições miseráveis de vida.⁴

Outrossim, mister destacar que as relações consumeristas passaram por profundas transformações, havendo a destruição do modo de produção manufatureiro e artesanal para ceder lugar às grandes indústrias.

O fenômeno da industrialização acarretou uma série de mudanças significativas nas relações sociais, principalmente nas relações de trabalho. O que, conseqüentemente, trouxe a falência da estrutura de trabalho existente que não teve mais como prosperar no cotidiano dos grupos sociais da época. Por este prisma, pode-se afirmar que a industrialização bipolarizou a sociedade: de um lado, a burguesia, detentora do capital; de outro, a classe operária, que vendia sua mão-de-obra por preços irrisórios.⁵

² ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 1.

³ RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. p. 8.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000.

⁵ CÁCERES, Eliana. **Os direitos básicos do consumidor** – uma contribuição. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 10, abr./jun. 1994.

Por todo o exposto, a Sociedade de Consumo é o termo que designa a atual sociedade contemporânea, dedicada à aquisição crescente de bens de consumo cada vez mais diversificados, buscando a satisfação das necessidades de aceitação social, de realização pessoal e mesmo de conforto físico, mediante o consumo constante.

O termo Sociedade de Consumo é uma das inúmeras tentativas de compreensão das mudanças que vêm ocorrendo nas sociedades contemporâneas, o termo ainda refere-se à importância que o consumo tem ganhado na formação e fortalecimento das nossas identidades e na construção das relações sociais.

Assim, a identidade cultural é criada a partir do nível e o estilo de consumo, e ainda influenciam na participação da vida coletiva, na aceitação em um grupo e de distinção com os demais. Assim, esta nova Sociedade de Consumo é definida por um consumismo em que se prima pela cultura do “ter” em detrimento da cultura do “ser”.⁶

Neste sentido, Nunes traduz: “A expressão Sociedade de Consumo designa uma sociedade característica do mundo desenvolvido em que a oferta excede geralmente a procura, os produtos são normalizados e os padrões de consumo estão massificados”.⁷

Diante das considerações acerca das relações de consumo e da Sociedade de Consumo, veja-se Baudrillard:

O consumo constitui um mito. Isto é, revela-se como palavra da sociedade contemporânea sobre si mesma; é a maneira como a nossa sociedade fala. De certa maneira, a única realidade objectiva do consumo é a idéia de consumo, a configuração reflexiva e discursiva, indefinidamente retomada pelo discurso cotidiano e pelo discurso intelectual, que acabou por adquirir força de sentido comum.

A nossa sociedade pensa-se e fala-se como Sociedade de Consumo. Pelo menos, na medida em que consome, consome-se enquanto Sociedade de Consumo em idéia. A publicidade é o hino triunfal desta idéia.⁸

Frise-se, por oportuno, que com a expansão da Sociedade de Consumo, amplamente influenciada pelos meios de comunicação de massa e a publicidade, o consumo se transformou em uma compulsão e um vício, estimulados pelas forças do mercado. A Sociedade de Consumo produz carências e desejos tanto materiais quanto simbólicos de maneira incessante.⁹

⁶ CÁCERES, Eliana. **Os direitos básicos do consumidor** – uma contribuição. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 10, abr./jun. 1994.

⁷ NUNES, Paulo. Sociedade de Consumo. Disponível em:

<<http://www.knoow.net/ciencconempr/economia/sociedadedeconsumo.htm>> Acesso em: 01 out. 2009.

⁸ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 208.

⁹ Ibidem.

Sociedade de Consumo, assim, caracteriza-se como uma sociedade na qual prevalecem as forças do mercado e o consumo é prática compulsiva¹⁰, sendo que os valores culturais e sociais são predominantemente determinados pelos meios de comunicação de massa.¹¹

1.2 Características dos padrões de consumo

Após as considerações iniciais que traduzem a passagem da relação de consumo do âmbito familiar, para as relações de consumo contemporâneas, necessário se faz a pesquisa acerca dos novos padrões de consumo, que surgiram sob o enfoque desta nova ordem econômica e consumerista. O ato de consumir assume hoje características peculiares não identificadas em outras épocas, sobretudo tendo em vista a relevância que assume nas relações sociais. Este ato era anteriormente concebido como uma consequência direta da busca da satisfação de nossas necessidades naturais. Contudo, hoje o consumidor não tem mais a clareza do que são realmente suas necessidades naturais ou se são necessidades criadas pelos novos padrões de consumo, as quais são absorvidas como se fossem inerentes ao indivíduo e determinadas pela ferramenta mais eficaz de comunicação e influência do consumidor, ou seja, a publicidade realizada pelos meios de comunicação de massa na nova Sociedade de Consumo.

1.2.1 Consumo e simbolismo

A abordagem da nova Sociedade de Consumo, influenciada pelos meios de comunicação em massa, está intimamente relacionada à conotação simbólica que o ato de consumir tem adquirido. É fato que presenciamos uma abundância de objetos, advindos da multiplicação exacerbada dos serviços e dos bens materiais. Vive-se o tempo dos objetos, isto é, as pessoas existem e funcionam consoante o seu ritmo e em conformidade com a sua

¹⁰ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

¹¹ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

sucessão permanente. O conjunto das relações sociais, nesta concepção, se distancia da antiga idéia de proximidade com nossos semelhantes, se aproxima do olhar mudo dos objetos.

Na precisa lição de Baudrillard, observa-se:

Vivemos o tempo dos objectos: quero dizer que existimos segundo o seu ritmo e em conformidade com a sua sucessão permanente. Actualmente, somos nós que os vemos nascer, produzir e morrer, ao passo que em todas as civilizações anteriores eram os objectos, instrumentos ou monumentos perenes, que sobreviviam às gerações humanas.¹²

Assim, Baudrillard um dos primeiros autores a abordar o problema teórico do consumo, sugere que as novas relações estabelecidas entre sujeitos e objetos surgem a partir do consumo, e assim, os objetos são a base de valorização da vida. Nesta nova ordem social, em que o consumo se traduz através do conjunto de crenças e desejos presentes na sociedade, todos os indivíduos desejam ou necessitam desejar a participação neste mesmo sistema, independente de suas condições materiais.¹³

Existe um induzimento ao consumismo, o desejo da compra, mesmo de coisas sem necessidades, assim, estas são oferecidas através de armazéns cheios de luz e cor, as ostentações de vestuários, alimentação, organizadas em profusão e panóplia¹⁴, que são formas plenas de abundância.

O mesmo autor, todavia, argumenta sobre o tema:

O amontoamento, a profusão revela-se evidentemente como traço descritivo mais evidente. Os grandes armazéns, com a exuberância de conservas, vestidos, bens alimentares e de confecção constituem como uma paisagem primária e o lugar geométrico da abundância.
[...] os objetos organizam-se em panóplia ou em colecção. Quase todos os estabelecimentos de vestuário, de eletrodomésticos, etc... oferecem uma gama de objectos diferenciados, que aludem, respondem e indicam claramente os outros em movimento recíproco.¹⁵

Sendo raridade o oferecimento isolado de objetos, o anúncio publicitário, a firma produtora, a marca, levam o consumidor ao máximo investimento através de um “encadeamento de significantes”¹⁶ ou seja, a apresentação dos objetos em uma ordem global que leva o consumidor a uma série de motivações mais complexas.

¹² BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 15-16.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem, p. 16-17.

¹⁶ Ibidem.

Denota-se que se destacam os centros de atividades consumidoras, no sentido estético, que leva o consumidor a encontrar o que lhe é perfeito. Estes centros comerciais possuem diversidade de bens para chamar a atenção de cada cliente, criando o ambiente perfeito para o consumo.

Na Sociedade de Consumo existem novos objetos e invenções para incentivar o consumidor à compra de novas coisas, para existir constante renovação de objetos, ou seja, a sociedade de informação é cada vez mais uma realidade. Hoje os objetos já não são para toda a vida como eram antigamente, vive-se a era da tecnologia, onde existe uma constante sucessão dos mesmos.¹⁷

Impende lembrar, ainda, que o desenvolvimento se estabelece através da incessante produção dos chamados bens de consumo duráveis, tais como os automóveis e os eletro-eletrônicos, que embora estes produtos tenham hoje uma qualidade maior, é uma exigência que sua durabilidade ou obsolescência sejam programadas para que serem novamente adquiridos e substituídos em uma autêntica roda-viva.

Para Baudrillard, no consumo estariam baseadas as novas relações estabelecidas entre os objetos e os sujeitos. Desta forma, a importância dos objetos cada vez mais é valorizada pelas pessoas. Nesta nova ordem social, o consumo existiria com maior força de expressão do que no passado, principalmente através do conjunto de crenças e desejos presentes na sociedade. Trata-se de um sistema no qual os sujeitos encontram-se mergulhados. No plano simbólico, o consumo atinge a todos, pois as classes médias e os trabalhadores mais pobres sofrem o mesmo tipo de pressão para que consumam. Ambos desejam ou necessitam desejar a participação neste mesmo sistema, independente de suas condições materiais, como mencionado anteriormente.¹⁸

De acordo com Baudrillard, o consumo não pode ser definido nem pela sua capacidade de absorção, nem como uma mera satisfação de necessidades. Se assim fosse, deveria chegar a um ponto de saturação. “É preciso que fique claramente estabelecido desde o início que o consumo é um modo ativo de relação (não apenas com os objetos, mas com a coletividade e com o mundo), um modo de atividade sistemática e de resposta global no qual se funda nosso sistema cultural”.¹⁹

O consumo pode ser definido como uma prática idealista que vai além da relação com os objetos e com os indivíduos, se prolongando para todos os registros históricos,

¹⁷ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos**. São Paulo: Perspectiva, 1993. p. 206.

comunicacionais e culturais.

Neste sentido, Rios também envereda pelo mesmo caminho:

O consumo pode substituir todas as ideologias e acabar por assumir a integração de toda a sociedade, como acontecia com os rituais hierárquicos ou religiosos das sociedades primitivas. Afinal, o sistema de consumo não regula só os processos de trabalho e os produtos materiais, mas a cultura inteira, a sexualidade, as relações humanas, etc.²⁰

Para ser possível um preenchimento de uma realidade ausente, os signos devem se reproduzir infinitamente, assim, o simples desejo de consumir e possuir determinado objeto, produz intensas sensações que residem na vontade simbólica contemporânea.²¹

1.2.1.1 Desperdício

Com a abundância nas sociedades (ricas) de consumo, podemos referir igualmente o desperdício. Todas as sociedades desperdiçam, gastam e consomem sempre além do necessário, pois é no consumo do excedente que tanto o indivíduo como a sociedade, sentem-se não só existir, mas viver. Assim, percebe-se que o consumo já está além da necessidade.

Sobre o desperdício, Baudrillard afirma:

Tal consumo pode chegar até à <consumição>, à destruição pura e simples, que assume então uma função social específica. [...] Em semelhante perspectiva, perfila-se uma definição do <consumo> como consumição, isto é, como desperdício produtivo – perspectiva inversa da do <econômico>, fundado na necessidade, na acumulação e no cálculo em que, pelo contrário, o supérfluo precede o necessário e em que a despesa precede em valor a acumulação e a apropriação.²²

É necessário que se manifeste e se mantenha uma diferença significativa entre o necessário e o supérfluo, mesmo tratando sobre sociedades ricas, o autor cita Shakespeare que salienta a necessidade de pequenos excessos para existir, até mesmo os mais miseráveis,

²⁰ RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. p. 22.

²¹ BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos**. São Paulo: Perspectiva, 1993.

²² BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 39.

possuem algo de supérfluo para que não se igualem a animais.²³

Isto se deve ao fato de que os indivíduos passam a ser reconhecidos, avaliados e julgados por aquilo que consomem, aquilo que vestem ou calçam, pelo carro e pelo telefone celular que exibem em público. O próprio indivíduo passa a se auto-avaliar pelo que tem e pelo que consome. Mas é muito difícil estabelecer o limite entre consumo, pois a definição de necessidades básicas e supérfluas está intimamente ligada às características culturais da sociedade e do grupo a que pertencemos. O que é básico para uns pode ser supérfluo para outros e vice-versa.²⁴

Outro dado importante diz respeito aos excessos, os objetos são sempre destruídos com o passar do tempo, e esta destruição é uma das funções da sociedade pós-industrial. A destruição, embora seja uma alternativa fundamental na produção em razão dos objetos apenas terem um desgaste lento, permanece subordinada à ordem da produtividade²⁵. E através dos meios de comunicação e da publicidade que se realiza esta perda do valor de uso dos objetos, diminuindo o seu tempo, ensejando na renovação acelerada. Logo, a Sociedade de Consumo precisa dos seus objetos para existir e sente, sobretudo, necessidade de os destruir.

1.2.1.2 Bem-estar como referência absoluta da Sociedade de Consumo

A felicidade constitui a referência absoluta da Sociedade Consumo, assediando com força ideológica a civilização moderna. Assédio este que surgiu do “mito da igualdade”²⁶, encontrado desde a Revolução Industrial e as Revoluções do séc. XIX, e assim, transferido para felicidade.

Sobre a caracterização da felicidade, Baudrillard:

Que a felicidade ostente, à primeira vista, semelhante significado e função, induz conseqüências importantes quanto ao respectivo conteúdo: para ser veículo do mito igualitário, é preciso que a Felicidade seja mensurável. Importa que trate do bem-estar mensurável por objectos e signos, do <conforto> - na expressão de Torqueville, que já notava tendência das

²³ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

²⁴ IDEC E INMETRO. Direitos do consumidor – Ética no consumo, coleção educação para o consumo responsável, 2002. Disponível em: www.alana.org.br. Acesso em: 01 de out. de 2009.

²⁵ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

²⁶ *Ibidem*, p. 47.

sociedades democráticas para a intensificação do bem-estar.²⁷

Denota-se que as palavras do autor demonstram que já nas sociedades democráticas se notava a tendência para a intensificação do bem estar, do conforto, tal como acontece nos dias de hoje.

Neste contexto, percebe-se que a noção de necessidade vem aliada ao conceito de bem-estar, é solidária ao bem-estar, no sentido de igualdade. Assim, todos os homens são iguais, porque todos eles se igualam diante o valor de uso dos objetos e dos bens. As necessidades se catalogam pelo valor do uso e obtendo uma relação de utilidade objetiva não apresentam desigualdade social ou histórica.

A Revolução do Bem-Estar é herdeira, a testamentária da Revolução Burguesa ou simplesmente de toda a revolução que erige em princípio a igualdade dos homens sem a poder (ou sem a conseguir) realizar a fundo. O princípio democrático acha-se então transferido de uma igualdade real, das capacidades, responsabilidades e possibilidades sociais, da felicidade (no sentido pleno da palavra) para a igualdade diante do objeto e outros signos evidentes do êxito social e da felicidade.²⁸

Assim, Baudrillard exprime que os mitos complementares do bem-estar, das necessidades exercem função ideológica de reabsorção e supressão das determinações objetivas da desigualdade. Assim, o jogo político da Sociedade de Consumo aumenta o volume de bens, objetivando um equilíbrio final com o bem-estar total para todos, de forma automática. O autor ainda questiona se a Sociedade de Consumo é igualitária ou não, diante desta ideologia.

Outro doutrinador, autor da Teoria “A Sociedade do Espetáculo”, corroborando com as idéias emanadas do acima transcrito, ensina que:

O espetáculo consiste na multiplicação de ícones e imagens, principalmente através dos meios de comunicação de massa, mas também dos rituais políticos, religiosos e hábitos de consumo, de tudo aquilo que falta à vida real do homem comum: celebridades, atores, políticos, personalidades, gurus, mensagens publicitárias – tudo transmite uma sensação de permanente aventura, felicidade, grandiosidade e ousadia. O espetáculo é a aparência que confere integridade e sentido a uma sociedade esfacelada e dividida. É a forma mais elaborada de uma sociedade que desenvolveu ao extremo o ‘fetichismo da mercadoria’ (felicidade identifica-se a consumo). Os meios de comunicação de massa são apenas ‘a manifestação superficial

²⁷ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 39. p. 47.

²⁸ *Ibidem*, p. 48.

mais esmagadora da sociedade do espetáculo, que faz do indivíduo um ser infeliz, anônimo e solitário em meio à massa de consumidores.²⁹

Desta maneira, no entender de Debord, parte da Sociedade de Consumo da contemporaneidade é a sociedade do espetáculo, do consumo e da fragmentação, assim, suas idéias, consideradas extremistas, impiedosas e lúcidas retrata uma sociedade que nega a própria humanidade, que em sua plenitude procura determinada felicidade em meio ao esfacelamento da capacidade de liberdade de escolha, já totalmente preenchida em seu imaginário pela satisfação garantida, a partir de um real fabricado, que finca e irradia os seus espectros num mundo cada vez mais saturado pelas imagens.³⁰

Assim, conclui-se que consumir é ato de travestir-se de determinado personagem, diante da expansão da cultura do “ter” em detrimento da cultura do “ser”. Percebe-se assim, que o consumo pelo bem simbólico é novo padrão advindo da nova ordem cultural e social e política da sociedade contemporânea, mas, esta apresenta outras características como os modos de organização da atividade econômica que será abordado a seguir.

1.2.2 Consumo e economia

A Sociedade de Consumo, desde o último quarto do século XX, caracteriza-se não apenas por novas maneiras de consumir, mas também por novos modos de organização das atividades econômicas, novas maneiras de produzir e vender, de comunicar e distribuir.

Uma reestruturação do capitalismo ocorrida pela revolução da informática e pela globalização dos mercados foi decisiva nas mudanças estruturais na abordagem de mercado, nos posicionamentos estratégicos, nos modos de concorrência e nas políticas de ofertas.

Neste sentido Lypovetsky comenta:

Está em funcionamento um outro modelo de organização [...]. Segmentação dos mercados, diferenciação extrema dos produtos e dos serviços, política de qualidade, aceleração do ritmo de lançamento dos produtos novos, preeminência do ritmo do marketing, umas tantas novas estratégias que,

²⁹ DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Disponível em: <
<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/socespetaculo.html>> . Acesso em: 12 abr. 2010.

³⁰ Ibidem.

chocando-se de frente com o modo fordista de organização da produção, favorecem a emergência de novos modelos de consumo.³¹

Nasce assim uma sociedade de hiperconsumo, identificada como aquela que possui uma gama de variedades e um mercado dominado pela procura, além de considerá-la contemporânea na medida que há uma unificação mundial dos mercados e das gamas de produtos através dos desenvolvimento das megamarcas ou hipermarcas, representantes de um marketing global, mais ou menos adaptadas às especificidades locais. De acordo com Lypovetsky, a sociedade do hiperconsumo estaria organizada em nome de uma felicidade, denominada paradoxal, de forma que todo consumo seria organizado com a finalidade de atingir a nossa maior felicidade.³²

Frise-se, por oportuno, que ao tratar do "turboconsumidor" para se referir às rápidas mudanças sociais e econômicas que levaram o ser humano não apenas a um consumo em massa, mas a uma situação de individualização e hiperindividualização do consumo, o autor demonstra este termo como o direcionador dos sentimentos em torno do ser feliz, o que atingiria todas as esferas sociais e idades.³³

As sociedades familiares modernas viviam até então uma economia baseada em produtos de criações independentes de abrangência setorializada, ao somar a isto uma série de fatores como a evolução dos meios de transporte, amplitude das possibilidades de logística e crescente modernização dos meios de comunicação, inaugura-se a era da economia global, onde as fusões e cisões mercadológicas constroem e reconstroem os chamados gigantes globais. Configurando assim a chamada pós-modernidade ou condição pós-moderna.³⁴

Com a oferta ampla e variada, a economia da sociedade de hiperconsumo passou de um mercado comandado pela oferta para um mercado dominado pela procura. Esta vai ao encontro da globalização das empresas, gerando uma unificação mundial dos mercados e das gamas de produtos através dos desenvolvimentos das megamarcas ou hipermarcas, que, presentes no mundo todo, criam um marketing global.

Lipovetsky baliza:

Impõe-se uma nova era da publicidade que, alinhando-se pelos princípios da moda (mudança, fantasia, sedução), está em sintonia com o comprador

³¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das letras, 2007. p. 76-77.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ LIPOVETSKY, Gilles; ROUX, Elyette. **O luxo eterno**: da idade do sagrado ao tempo das marcas. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

emocional e reflexivo da fase III. A força das imagens contribui para edificar as grandes marcas não institui uma ordem tirânica, mas o universo das marcas-estrelas planetárias: a época do hiperconsumo coincide com o triunfo da marca como moda e mundo.³⁵

Deduz-se disto que a pós-modernidade, para Lipovetsky, é chamada de sociedade hipermoderna, assentada no hiperconsumo e em novas formas de sociabilidade, uma nova forma de consumir, cujas consequências estariam mais que visíveis na individualização, no luxo desmesurado, na carência, no conforto, nos riscos não calculáveis, no conformismo, no fim das mobilizações, no vazio existencial e nas relações dominadas pelo mercado e pelo hedonismo exacerbado. Mais que isso, a característica manifesta nos comportamentos é resultado de um conjunto de ações racionais e irracionais voltadas para o reconhecimento através do doentio e compulsivo desejo de consumir.³⁶

Outrossim, mister destacar que na sociedade do hiperconsumo, tem-se o desejo ligado diretamente à marca que pode gerar uma nova identidade, que não passa de uma ilusão em uma sociedade paradoxal. Quando deixa-se de vender produtos para vender estilos de vida.³⁷ Após estas considerações, se evidencia que estas idéias possuem um elo com o simbolismo de Baudrillard.

O caráter meramente utilitário do consumo também é colocado à prova dentro da teoria econômica por Douglas e Isherwood. Estes apontam para as dimensões culturais e simbólicas do consumo e para a diversidade de motivações no que concerne o ato de consumir. No mundo dos bens, os rituais de consumo seriam rituais de estabelecimento e manutenção de relações, participar ou não deles diz respeito a estar incluído em maior ou menor grau em um conjunto de relações sociais.³⁸

Assim, verificar-se-á na seqüência, outro padrão de consumo advindo das mudanças ocorridas na Sociedade de Consumo como consequência da influência dos meios de comunicação em massa e da publicidade, que é o fator de inclusão ou exclusão em determinado grupo social.

³⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das letras, 2007. p. 97.

³⁶ Ibidem.

³⁷ SERROY, Jean; LIPOVETSKY, Gilles. **A cultura mundo**. Resposta a uma sociedade desorientada. São Paulo: Edições 70, 2010.

³⁸ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens**: para uma antropologia do consumo. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

1.2.3 Consumo: inclusão e exclusão

Como forma de consumir, também se manifesta como padrão de consumo as formas de inclusão ou exclusão de determinado indivíduo no grupo social. O consumo determina o estilo de vida e este determina, minimamente, a sobrevivência dos homens. O modo como se consome, a escolha que se faz entre os diferentes tipos de produtos/serviços são indicadores de valores que constituem estratégias de distinção no meio social. Portanto, o modo de consumir pode revelar anseios, práticas, adesão à valores e estratégias de distinção numa dada sociedade. Neste sentido, os elementos que preenchem os critérios de livre escolha, como os estéticos, artísticos, religiosos e outros, passam a ser significativos para a definição do estilo de vida de um dado grupo.

Para Bourdieu, "[...] às diferentes posições que os grupos ocupam no espaço social correspondem estilos de vida, sistemas de diferenciação que são a retradução simbólica de diferenças objetivamente inscritas nas condições de existência".³⁹

A propriedade de bens tanto materiais quanto simbólicos constituem uma expressão reiterada das condições de existência:

[...] a correspondência que pode ser observada entre o espaço das posições sociais e o espaço dos estilos de vida é resultado do fato de que condições semelhantes produzem habitus substituíveis que engendram, por sua vez, segundo sua lógica específica, práticas infinitamente diversas e imprevisíveis em seu detalhe singular, mas sempre encerradas nos limites inerentes às condições objetivas das quais elas são o produto e às quais elas estão objetivamente adaptadas.⁴⁰

Desta forma, a partir de determinadas condições materiais de existência expressa um sistemas de preferências, cujas oposições em relação às preferências de outros grupos, em outras posições, reproduzem "as diferenças ligadas à posição na estrutura da distribuição dos instrumentos de apropriação, transformadas, desse modo, em distinções simbólicas".⁴¹

De acordo com o citado autor, o conhecimento das características pertinentes à condição social e econômica só permite compreender a posição de indivíduo ou grupo sendo este, incluído ou excluído se for simultâneo ao conhecimento da fórmula generativa do

³⁹ BOURDIEU, Pierre. Gostos de classe e estilos de vida. In: ORTIZ, Renato (org.). **BOURDIEU**, Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1983. p. 82.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem, p. 83.

sistema de disposições generativas no qual essa condição econômico-social se traduz e que a retraduz.

Neste sentido, percebe-se a idéia de simbolismo de Baudrillard, que também entende ser a apropriação de determinados bens e serviços dentro da Sociedade de Consumo geradora de um estilo de vida, ou seja, a inclusão ou exclusão na sociedade é uma opção de preferências diferenciadoras que expressam, na lógica específica de cada um dos micro-espacos simbólicos, entre estes as vestimentas, linguagem, postura, consumos outros etc.

Canclini, outro autor que corrobora com as idéias emanadas, entende que consumir é participar de um cenário de disputas pelo que a sociedade produz e pelos modos de usá-lo, o reconhecimento e a aceitação social dependem cada vez mais do consumo ou daquilo que se possui, ou seja, capaz de possuir. Assim, se determinado grupo consome uma determinada marca, você só conseguirá se integrar ao grupo se consumir a determinada marca. E este ato de consumir faz com que você se integre ao grupo, e um mesmo grupo consome determinada marca porque se identifica com os valores dela.⁴²

Encontra-se nas lições de Rios o entendimento:

As necessidades dos consumidores também são criadas por meio do chamado efeito demonstração. Significa que os padrões de consumo disseminados das altas camadas sociais para as mais baixas, de sorte que os indivíduos sentem-se compelidos a adaptar os seus padrões de consumo aos daqueles que estão na mesma posição social e ainda desejam chegar lá, isto é, aos modelos de consumo de quem pertence às camadas sociais mais altas na sociedade.⁴³

Diante disto, percebe-se que o consumo cada vez mais se distancia das necessidades e vai se tornando o produto de uma estilização da vida, preferência sempre recorrente e que orienta e organiza as práticas mais diversas, desde a escolha de uma roupa, uma bebida, até a decoração da casa, a religião a que se adere ou as opções de lazer. E desta forma, são os fatores de agrupamento e, ao mesmo tempo, instrumentos organizacionais no desenvolvimento de limites, formas de comunicação e outros mecanismos necessários à organização de um grupo.

Conforme os interesses do momento, conforme gostos e ocorrências, o investimento

⁴² CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

⁴³ RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. p. 14.

passional irá conduzir determinado grupo ou atividade, que Maffesoli⁴⁴ denomina como "união em pontilhado" que, naturalmente, induz a atração e a repulsão, a adesão e o afastamento, o que, evidentemente, se expressa em conflitos de toda ordem:

Chegamos agora, e isso é uma característica das cidades contemporâneas, à presença da dialética massas-tribos. Sendo a massa o pólo englobante, e a tribo o pólo da cristalização particular, toda a vida social se organiza em torno desses dois pólos num movimento sem fim. Movimento mais ou menos rápido, mais ou menos intenso, mais ou menos "estressante" conforme os lugares e as pessoas. De certo modo, a ética do instante, induzida por esse movimento sem fim, permite reconciliar a estática (espaços, estruturas) e a dinâmica (histórias, descontinuidades) que em geral propomos como antinômicas. Ao lado de conjuntos civilizacionais, que serão 'reacionários', isto é privilegiarão o passado, a tradição, a inscrição espacial, e ao lado de conjuntos 'progressistas', que acentuarão os tempos vindouros, o progresso e a corrida para o futuro, podemos imaginar agregações sociais que reünam 'contraditoriamente' estas duas perspectivas e, sendo assim, farão da 'conquista do Presente' seu valor essencial.⁴⁵

A aquisição de bens, através do gosto e da sensibilidade, faz parte do universo de subjetividades que constitui esta "conquista do presente" e podem ser entendidos como elementos constitutivos de grupos de indivíduos, especialmente na cidade.

A análise das subjetividades, gostos, sensibilidades e valores em si não dá conta, entretanto, de que tais valores são moldados por condições concretas de vida que os geram e que por eles são definidas num estilo, que é o elemento fundamental dentro da ordem simbólica, na definição dos grupos de status.⁴⁶

Outro dado importante diz respeito as atividades de consumo, que ocorreriam dentro de um campo simbólico, no qual os indivíduos estariam em constante movimento, onde o conceito de campo poderia ser entendido como um espaço de produção de relações sociais objetivas, considerando as interações instituídas entre os atores envolvidos neste processo.

Na lição de Bourdieu, analisa-se a posição ocupada por estes atores e suas condições sociais, que determinariam o nível das relações estabelecidas. De acordo com o autor citado:

O campo de produção simbólica é um microcosmo da luta simbólica entre as classes: é ao servirem os seus interesses na luta interna do campo de produção (e só nessa medida) que os produtores servem os interesses dos grupos exteriores ao campo de produção.⁴⁷

⁴⁴ MAFFESOLI, Michel. **O Tempo das tribos**. O declínio do individualismo na sociedade da massas. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1987.

⁴⁵ Ibidem, p. 34/42.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. Gostos de classe e estilos de vida. In: ORTIZ, Renato (org.). **BOURDIEU**, Coleção

Seguindo as mesmas idéias, a reação dos sujeitos seria estabelecida dentro dos limites deste universo simbólico, que seria permanentemente elaborado e re-elaborado para servir aos interesses de grupos que pertençam às classes dominantes e estejam em uma posição destacada. Os sujeitos pertencentes a estas classes ditam as regras para os demais grupos que ocupam posição inferior econômica e politicamente.

Neste sentido também Baudrillard se posiciona no sentido de que se as classes sociais se definem fundamentalmente em função das diferentes situações de mercado, os grupos que se incluem nas classes “altas” dependem do consumo de bens materiais e simbólicos, portanto, a posse de bens se traduz em consumo simbólico, em signos ou diferenças significantes. Assim, as formas ou estilos de consumo contribuem fundamentalmente para o conhecimento do significado atribuído pelos grupos às suas ações e da própria imagem social do grupo.⁴⁸

1.2.4 Consumo, multiculturalismo e cidadania

Para finalizar a análise dos padrões de consumo que caracterizam a nova Sociedade de Consumo, resta esclarecer que os aqui tratados são apenas os considerados de maior importância pelos autores que embasaram esta pesquisa. Dentre estes, aquele que através da influência dos meios de comunicação de massa e da publicidade mais se destaca é o consumo que modificam os consumidores e cidadãos.⁴⁹

Neste contexto, Canclini retrata que na Sociedade de Consumo são encontrados alguns conflitos multiculturais da globalização. Este autor trata do significado do consumo em meio às mudanças culturais que alteram a relação entre o público e o privado e entre o local e o global. Os motivos pelos quais consumimos são algo mais do que simples exercícios de

Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1983. p. 82.

⁴⁸ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

⁴⁹ A concepção de consumidor, para fins desta pesquisa, refere-se à atuação do indivíduo na esfera econômica, adquirindo produtos e serviços, bem como todo aquele que está susceptível às práticas de consumo, tais como a publicidade (por equiparação). No que se refere à cidadania, identificam-se concepções doutrinárias divergentes. Dentre os diversos autores, destaca-se Marshall, que vê a cidadania sob três dimensões: civil, política e social, devendo estas serem necessariamente interdependentes. Canclini, por sua vez, refere que a cidadania não está atrelada somente à ordem jurídica, mas também à dinâmica cultural na qual o indivíduo se vê inserido, estando ligado às suas práticas sociais e culturais. Convergindo com alguns dos elementos apontados nestes conceitos, será aqui abordada a idéia de cidadão sob a perspectiva da atuação do indivíduo na esfera social, política e civil, observada a influência dos fatores culturais.

gostos, em verdade, existem milhares de explicações para o fenômeno do consumo.

Destarte, Locatelli traduz:

A Sociedade de Consumo atual está delineada por características próprias, cada vez mais influenciadas pelas facilidades de comunicação e trocas de informações neste mundo globalizado. Os padrões de consumo vêm progressivamente sendo alterados por uma ampla oferta de bens e serviços que circulam indiscriminadamente por todos os países e todas as culturas.⁵⁰

A globalização insere em cada nação, diferentes nações e setores, assim, não existe o único sentido de homogeneizar sua relação com as culturas locais e regionais em razão de que as diferenças são convertidas em desigualdades, pois os direitos são desiguais e os objetos de consumo se restringem às elites. Existe hodiernamente, a substituição do Estado/nação pelas empresas transnacionais, e são estas os principais atores que impulsionam o processo de globalização, sempre preocupados com seus interesses, deixando de lado os interesses dos cidadãos.

Canclini, corroborando com as idéias emanadas do texto acima transcrito, ensina que:

As nações e as etnias continuam existindo. Estão deixando de ser para as maiorias as principais produtoras de coesão social. Mas o problema não parece ser o risco de que a globalização as arrase, mas entender como as identidades étnicas, regionais e nacionais, se reconstróem em processos de hibridização intercultural.⁵¹

Diante disto, surge o multiculturalismo padronizado, ou melhor, americanizado, formam-se os gostos de massa, e a cidadania, é determinada a partir de referenciais das culturas transnacionais associada na possível perda da identidade nacional⁵². Verifica-se, neste contexto, um deslocamento das monoidentidades para o multiculturalismo global.

Destarte, a globalização traz a instabilidade na identidade nacional e torna essa relação mais problemática. Na publicidade, por exemplo, a idéia que prevalece hoje é mostrar que no Brasil existem os mesmos produtos que em outros países. Não se valoriza o que é produzido aqui. Cada vez mais se valoriza o consumo e se este é global, logo se esvazia o sentimento de ‘brasilidade’, tornando-se americanizado.

Ao mesmo tempo em que se tornam novos consumidores, os indivíduos apresentam-se

⁵⁰ LOCATELLI, Liliansa. Sociedade de Consumo, globalização e cidadania sob a perspectiva de Canclini. In: OLIVEIRA JUNIOR, Alcebiades de (org.). **Faces do multiculturalismo: Teoria-política e direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 141.

⁵¹ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999. p. 172.

⁵² Ibidem.

como cidadãos atrasados e descontentados com seus direitos sociais e suas condições de exploração. Esse conflito exige a representação de múltiplas identidades locais, na tentativa de construir uma multiculturalização democrática.

Canclini define esta situação: “Poderíamos dizer que no momento em que estamos a ponto de sair do século XX as sociedades se reorganizam para fazer-nos consumidores do século XXI e, como cidadãos, levar-nos de volta para o século XVIII”.⁵³

Neste sentido Canclini estabelece críticas à padronização cultural impulsionada pela comunicação de massa reconhecendo um duplo processo de contaminação cultural, em que a cultura popular perpassa a cultura de massa e, do mesmo modo, as manifestações populares também influenciam as expressões massivas, assumindo novos significados.⁵⁴

A influência dos meios de comunicação em massa na Sociedade de Consumo gera a ameaça da desvalorização das culturas locais e regionais, com mudanças significativas na forma de consumir e partindo do fenômeno da globalização os cidadãos também sofrem transformações na forma de exercer sua cidadania.

Diante destes fatos, revela-se um cenário em que as práticas culturais e as práticas de cidadania apresentam-se como instâncias constitutivas e determinantes da realidade social, demarcando as bases do multiculturalismo global.

Aqui, surgem novos desafios muito mais complexos relacionados à concentração de meios de comunicação, à uniformização e à pobreza dos conteúdos ao desequilíbrio dos fluxos de informação e à falta de diversidade cultural, ao papel regulador dos Estados nos planos nacionais e internacionais e a necessária redefinição de serviço público em termos de informação.

Todos os meios de comunicação (o rádio, a TV e o cinema ou o fax, as TVs a cabo, o celular) passam a funcionar cada vez mais como o espaço público dentro das sociedades globalizadas enfraquecendo as culturas tradicionais.

O espaço global assume um papel de protagonista diante da gama imensa de informações, fazendo com que a cultura local de diversos países percam força frente à hegemonia econômica e à política de determinados países que impõem seus padrões culturais.⁵⁵

⁵³ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999. p. 53.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ LOCATELLI, Liliana. Sociedade de Consumo, globalização e cidadania sob a perspectiva de Canclini. In: OLIVEIRA JUNIOR, Alcebiades de (org.). **Faces do multiculturalismo: Teoria-política e direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

Assim, o cidadão/consumidor, ao escolher produtos e serviços, está definindo a forma de se integrar na sociedade, buscando reconhecimento social ou profissional que transcende um simples ato econômico.

Canclini assevera:

[...] partimos da hipótese de que, quando selecionamos os bens nos aprimoramos deles, definimos o que consideramos publicamente valioso, bem como os modos com que nos integramos e nos distinguimos da sociedade, com que combinamos o pragmático e o apazível. Em seguida, exploramos como as visões de consumo e de cidadania poderiam mudar se as estudássemos conjuntamente, com instrumentos da economia e da sociologia política, mas tomando-as também como processos culturais, recorrendo, portanto, a antropologia para tratar da diversidade e do multiculturalismo.⁵⁶

Denota-se que, o comportamento do consumidor está ligado diretamente ao exercício da cidadania, e que, existe a necessidade de se reinventar a política, para que haja um acompanhamento na evolução do perfil do cidadão. Não pode o Estado continuar mantendo a mesma postura e utilizando-se dos mesmos mecanismos conservadores de interagir com a sociedade.

Outrossim, mister destacar que deve-se beneficiar dos aspectos benéficos da globalização, sem, entretanto, esquecer que ainda existem necessidades e peculiaridades locais que merecem atenção. Conclui-se a partir das idéias do autor, que há que se reconstruir um multiculturalismo democrático, buscando o lado bom da globalização e da expansão do consumo e aliando a atuação do Estado com a sociedade civil.⁵⁷

Isso nos permite vislumbrar que, como forma de frear a economia, Canclini propõe articular o consumo como um exercício refletido de cidadania e aponta que, para isso, entre outras coisas, deve-se reunir "uma oferta vasta e diversificada de bens e mensagens representativos da variedade internacional dos mercados, de acesso fácil, eqüitativo para as maiorias"⁵⁸, além de qualidade no conteúdo informacional, a fim de que o consumidor tenha elementos para refutar as pretensões e seduções da publicidade e do mundo contemporâneo.

Assim, conclui-se que estes padrões de consumo são diretamente construídos pelo fato de os consumidores serem vulneráveis e estarem expostos à gama de manipulações decorrentes dos meios de comunicação em massa e da publicidade, que apenas objetivam o

⁵⁶ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001. p. 45-46.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

crescimento econômico. Diante deste quadro atual, se verifica a importância de órgãos protetivos por parte do Estado para coibir estas manobras econômicas e proteger o consumidor. Assim, passar-se-á à análise da evolução dos órgãos protetivos.

1.3 A proteção do consumidor diante dos novos padrões

Após diversas transformações ocorridas nas relações de consumo, que anteriormente eram baseadas na produção caracterizada pela feitura artesanal de produtos e restrita ao âmbito familiar, passando à universalidade, e a criação de novos padrões de consumo, a proteção ao consumidor gerou uma preocupação mundial, principalmente nos países da América e da Europa Ocidental, que se destacaram por serem pioneiros na criação de Órgãos de Defesa do Consumidor.

Segundo destaca Nunes:

[...] nos Estados Unidos, que hodiernamente é o país que domina o planeta do ponto de vista do capitalismo contemporâneo, que capitaneia o controle econômico mundial (cujo modelo de controle tem agora o nome de globalização), a proteção ao consumidor havia começado em 1890 com a Lei *Shermann*, que é a lei antitruste americana. Isto é, exatamente um século antes do nosso CDC, numa sociedade que se construía como sociedade capitalista de massa, já existia uma lei de proteção ao consumidor.⁵⁹

Ainda que, sendo uma questão recente, encontram-se na história algumas tentativas de regular as relações de consumo.

Na antiguidade os consumidores eram protegidos pelas punições dos fornecedores que os lesassem. O Código de Hamurabi, tido como a primeira codificação das leis comerciais, já assegurava a proteção aos consumidores nas fraudes com grãos, gêneros e metais ou mesmo nos contratos de construção. As punições eram sempre severas, com agressão contra no corpo e até mesmo a morte do infrator.⁶⁰

No século XIII a.C., o sagrado Código de Massu, da Índia, estabelecia sanções para os casos de adulterações de alimentos. Na Idade Média, século XV, na França, os mesmos casos eram tratados com castigos físicos aplicados aos falsificadores. E no século XVII, o

⁵⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

⁶⁰ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

microscópio passou a ser um grande aliado dos consumidores no auxílio da análise da água, alimentos e adulterações, principalmente de especiarias.⁶¹

No século XVIII, com o fim da Revolução Francesa, predominou a fase indenizatória, onde as leis obrigavam aqueles que causassem prejuízos aos consumidores a indenizarem as vítimas.⁶²

Entretanto, a Revolução Industrial foi um grande marco para o Direito do Consumidor, pois neste período modificaram-se, de modo fundamental, as relações de consumo.⁶³

Na lição de Mandelbaum:

A mudança do enfoque de propriedade e riqueza, e a transformação e passagem de uma economia agrária para uma economia industrial são transformações que, por sua vez, também não foram imediatamente absorvidas pelo direito vigente. A fonte principal de riqueza deixou de ser a terra e passou a ser a produção industrial, fazendo com que ocorresse um grande êxodo rural, sobretudo na Inglaterra, berço da Revolução Industrial. [...].⁶⁴

As novas realidades inseridas pela Revolução Industrial não mais se ajustavam às exigências defendidas pela Revolução Francesa, motivando inúmeros conflitos. O remoto sistema aplicado não possuía mecanismos para solucionar as dificuldades surgidas a partir da nova realidade.⁶⁵

Amaral Junior adverte:

[...] somente se poderá falar na necessidade de proteção ao consumidor quando se encontrarem satisfeitas duas condições básicas: o aparecimento do sistema de produção em série de bens destinados ao mercado e a ocorrência de um amplo processo de concentração empresarial, do qual deriva a constituição de um poderoso sistema de motivação e persuasão, cuja finalidade é atuar sobre os valores e preferências dos consumidores, além de criar novas necessidades.⁶⁶

O mesmo autor, todavia,

⁶¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

⁶² NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶³ LIMA, Mônica Morrot. Origem e evolução do movimento consumerista. **Mackenzie**. Disponível em: <http://www.mackenzie-rio.edu.br/pesquisa/cade7/mov_consumerista.doc>. Acesso em: 10 nov. 2008.

⁶⁴ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 15-16.

⁶⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁶ JUNIOR, Alberto do Amaral. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 64-65.

O desenvolvimento do sistema industrial em fins do século XVIII, alterou profundamente o modo de produção dos bens, modificando, em consequência, a face da economia moderna. A energia e as máquinas transformaram a natureza do trabalho. A substituição da energia humana pela energia mecânica passou a ser a base da produtividade, já que a produção em série de bens se converteu na característica dominante do sistema industrial.⁶⁷

Já a partir do século XIX, não era mais o consumo que determinava a produção, mas sim, a produção determinava o que seria ou não produzido. Fazendo surgir um poderoso sistema de motivação e persuasão capaz de controlar os consumidores⁶⁸. Assim, no final do século XIX, o movimento de defesa do consumidor ganhou força nos Estados Unidos em virtude do avanço do capitalismo, surgindo o mundo industrializado.

Em 1891, por iniciativa de Josephine Lowel, foi criada a "New York Consumers League", atual "Consumers Union", que ao adquirir uma identidade própria deu início efetivo ao movimento consumerista, que via “[...] na necessidade do cumprimento das boas normas dos direitos trabalhistas, da higiene e da segurança do trabalho, por parte dos empregadores, os reflexos nas melhorias dos atendimentos aos consumidores”.⁶⁹

No século XX alguns fatos firmaram o movimento de proteção ao consumidor, em 1906, nos Estados Unidos, foi elaborada a Regulamentação para Inspeção de Carne e a Lei de Alimentos e Medicamentos. Em 1927, foi criada a FDA (Food and Drugs Administration), que passou em 1938 a abranger atribuições e competências também do segmento de cosméticos. A atuação do FDA tem repercussão no mundo inteiro, sendo um dos órgãos mais respeitados do mundo.

A década de 60 foi o grande marco mundial para os consumidores. De acordo com Gama:

Na década de 1960 o movimento consumerista ganhou força nos Estados Unidos, quando o advogado Ralph Nader elaborou um relatório na condição de assessor do Departamento de Trabalho norte-americano para assuntos de segurança nas rodovias. Descobriu ele que a maioria dos acidentes era ocasionada pela falta de segurança dos veículos vendidos ao público. Ações judiciais visando os direitos indenizatórios proliferaram nos EEUU.⁷⁰

Já, em final da década de 1970, foi criada a IOCU – International Organization of

⁶⁷ JUNIOR, Alberto do Amaral. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 65-66.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 02.

⁷⁰ Ibidem, p. 05.

Consumers Unions, atualmente denominada de CI – Consumers International. Adotada oficialmente pela ONU- Organização das Nações Unidas. O Brasil atualmente participa da IOCU por meio da Fundação Procon e do IDEC.

Em 1985, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas adotou a Resolução 39-248, que estabeleceu Diretrizes para a Proteção do Consumidor ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa do consumidor.

Já nos anos 90, restou evidente a defesa do consumidor em função da grande transformação econômica e tecnológica mundial. A globalização e a informática alcançaram todos os países indistintamente, levando cada vez mais informação sobre movimentos, direitos e acesso a produtos e serviços oferecidos à população. O movimento dos consumidores passou a se difundir em grande escala nos países em desenvolvimento com ênfase aos trabalhos preventivos e educativos, despertando o interesse pelos valores da cidadania.

Frise-se, por oportuno, que, no Brasil, em 1988, por ocasião das discussões que conduziram à Constituição Federal, à matéria de Direito do Consumidor passou a ter relevo especial, criando-se a necessidade de uma legislação específica de defesa.⁷¹

Em um primeiro momento, dentro do contexto brasileiro, a defesa do consumidor foi incluída no corpo da Lei 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, porém, não teve o direito consumerista o tratamento adequado, mesmo porque, esta, também cuida dos direitos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico, etc. Apenas com a edição do Código de Defesa do Consumidor, é que foram sanadas as falhas existentes e dada atenção especial aos direitos dos consumidores.⁷²

1.4 Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal de 1988 considerou como fundamental o direito do consumidor, assim estabelecendo em seu artigo 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”⁷³. Ainda, o constituinte revelou certa pressa em que fosse promulgada lei específica de proteção ao consumidor, dispondo no artigo 48 dos Atos

⁷¹ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁷³ BRASIL. Constituição Federal. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

das Disposições Constitucionais e Transitórias – ADCT, que o Congresso Nacional, deveria elaborar, no prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, o legislador obrigou o Estado a promover a proteção do consumidor, elevado a direito fundamental do cidadão.

Apesar do prazo estipulado pelo legislador, somente em 1990, após quase dois anos da promulgação da Constituição é que foi instituída a lei de proteção aos consumidores, neste sentido, Moraes comenta:

Finalmente, o Congresso Nacional conforme orientação imperiosa de nossa constituição elaborou a Lei 8.078/90 de proteção ao consumidor, criando assim um microsistema jurídico, voltado à garantia dos direitos dos consumidores. Neste sentido então, sendo a proteção do consumidor um direito fundamental positivado em nossa constituição e alvo de preciosa legislação infraconstitucional, resta a constatação que nas últimas décadas a tutela do consumidor conquistou condição especial no ordenamento jurídico.⁷⁴

A entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor representou um marco no ordenamento jurídico nacional, pois passou a disciplinar vários tipos de providência judicial a serem obtidas pelos interessados. Tendo seu surgimento se justificado no reconhecimento da vulnerabilidade nas relações de consumo.

Gama assevera:

O CDC inaugurou a fase preventiva do direito do consumidor, valorizando os instrumentos desta fase, que são a informação adequada acerca dos produtos e serviços, as obediências às normas técnicas e as obediências às normas éticas por parte dos fornecedores. Por outro lado, especializou as duas fases anteriores do direito do consumidor, que são as fases punitiva e indenizatória, adotando instrumentos mais seguros e eficazes para as punições dos maus fornecedores e para permitirem mais rápidos ressarcimentos pelos danos sofridos pelos consumidores.⁷⁵

Nesta seara, com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, cujo desígnio foi adaptar e aperfeiçoar o direito das obrigações entre as pessoas, buscou-se não apenas punir os que praticam ilícitos e violam direitos do consumidor, mas também conscientizar os consumidores acerca dos seus direitos e deveres, assim como, os fabricantes, fornecedores e prestadores de serviços sobre suas obrigações.⁷⁶

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6-7.

⁷⁵ GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 24.

⁷⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Diante destas considerações, como forma de proteger o consumidor, parte mais fraca da relação de consumo, foi este considerado vulnerável pela legislação, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor procurou equilibrar a relação de consumo. Assim, passar-se-á a analisar a vulnerabilidade como princípio norteador das relações de consumo.

1.4.1 Vulnerabilidade como princípio norteador das relações de consumo

Os princípios que regem o Código de Defesa do Consumidor, foram instituídos com o objetivo de resguardar os direitos indispensáveis da sociedade, razão pela qual aplicam-se, obrigatoriamente, às relações de consumo por eles regulamentadas, sendo, ainda, inderrogáveis pela vontade das partes, devido a sua natureza cogente.⁷⁷

Nunes baliza:

Tem-se dito que se a Lei 8.078/90 se tivesse limitado a seus primeiros sete artigos, ainda assim o consumidor poderia receber uma ampla proteção, pois eles refletem concretamente os princípios constitucionais de proteção ao consumidor e bastaria aos intérpretes compreender seus significados.⁷⁸

Os princípios podem ser encarados como dimensionadores da aplicação e da compreensão do Direito, estando a doutrina moderna, de modo predominante, preocupada em salientar a sua importância.⁷⁹

Para uma melhor compreensão do que são esses princípios, imperiosa, entretanto, se faz uma explanação do Princípio da Vulnerabilidade do consumidor, que é tido como o princípio maior que rege as relações de consumo. Com seu reconhecimento no mercado de consumo, trazido explicitamente no Código de Defesa do Consumidor - CDC, em seu art. 4.º, inciso I, o legislador demonstrou a fragilidade do consumidor na relação perante o fornecedor. Assim, considera-se que todos os princípios, direitos e garantias relacionados ao direito consumerista advém do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Objetivando compreender o que se tem por vulnerabilidade do consumidor frente o mercado de consumo, conceitua-se o Princípio da Vulnerabilidade como aquele em que o

⁷⁷ JUNIOR, José Luiz. O CDC e a necessidade de tutelar a relação de consumo. **Direito Net**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2017/O-CDC-e-a-necessidade-de-tutelar-a-relacao-de-consumo>>. Acesso em: 10 set. 2009.

⁷⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 127.

⁷⁹ *Ibidem*.

sistema jurídico reconhece a qualidade do agente mais fraco na relação, seja com relação à trabalhadores, à gestantes, ao consumidor, etc.⁸⁰

Literalmente, significa o estado daquele que é vulnerável, daquele que está suscetível, por sua natureza, a sofrer ataques. No Direito, vulnerabilidade é o princípio segundo o qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade do agente(s) mais fraco(s) na(s) relação (ões) de consumo.⁸¹

Neste sentido, ao tratar da vulnerabilidade nas relações de consumo, Gama traduz:

O consumidor é vulnerável, por esta razão é a parte mais fraca nas relações de consumo. Por isso ele tem direito à boa informação sobre produtos e serviços que recebe e quanto aos contratos que assina. Tem também o direito de ser protegido quando se dirige ao poder judiciário, podendo o Juiz determinar medidas para assegurar seus direitos, o tocante às soluções alternativas que a justiça pode encontrar para dar – ao Consumidor – o resultado equivalente ao do adimplemento das obrigações do Fornecedor.⁸²

O Princípio da Vulnerabilidade dá aplicação plena e efetiva do Princípio da Igualdade Material quando, com seu reconhecimento, facilita de toda forma, tanto a prevenção de ser o consumidor lesado em seus direitos, quanto sua defesa, seja em órgãos administrativos ou jurisdicionais.

Há de se considerar o objetivo maior da Lei n. 8.078 de 1990 de encontrar o equilíbrio jurídico entre o consumidor e o fornecedor, diante da desigualdade entre tais partes na relação de consumo, ou seja, tem-se na relação de consumo o fornecedor que é a parte detentora dos mecanismos de induzimento ao consumo e o consumidor que a todo o momento é bombardeado por anúncios apelativos ao consumo tanto básico quanto exagerado, sendo necessário dar-lhe certos instrumentos para melhor defender-se.

Assim, a fim de evitar uma relação desigual e injusta, impedindo-se qualquer prejuízo para o consumidor o Código de Defesa do Consumidor foi criado reconhecendo a vulnerabilidade do indivíduo tutelado, buscando apresentar valores e princípios imprescindíveis para que fosse efetivada uma convivência mais harmônica nas relações de consumo do homem.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

⁸² GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 43.

1.4.2 A vulnerabilidade e as suas espécies

O desequilíbrio na relação de consumo é facilmente percebido a partir de aspectos de ordem econômica, jurídica, técnica, fática, política e normativa, pois o fornecedor detém o controle de todo o conhecimento passível de influenciar os consumidores na aquisição do bem ou do serviço.

Partindo destes elementos, necessária a análise das espécies de vulnerabilidade, que de acordo com Moraes pode ser técnica, jurídica, política ou legislativa, biológica ou psíquica, ambiental, econômica e social.⁸³

1.4.2.1 Vulnerabilidade técnica

A vulnerabilidade técnica está ligada aos meios de produção, cujo conhecimento é preferência do fornecedor. Sendo que, quando se fala em meios de produção não apenas se refere aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão, o fornecedor. Este é quem escolhe o que, quando e de que maneira é feita a produção, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.⁸⁴

A produção advém do fato de o consumidor não possuir conhecimentos específicos sobre os produtos e/ou serviços que está adquirindo, estando sujeito aos imperativos do mercado, tendo como único elemento a confiança na boa-fé da outra parte.

Neste sentido, a vulnerabilidade técnica concretiza-se pelo fenômeno da complexidade ilimitada do mundo moderno. O que impossibilita os consumidores de possuírem conhecimentos dos produtos e/ou serviços adquiridos e os mantém desprotegidos, já que não se consegue visualizar quando determinado produto ou serviço apresenta defeito ou vício, colocando em perigo, assim, a sua incolumidade física e patrimonial.

De um modo geral, podem-se distinguir cinco fontes geradoras da vulnerabilidade técnica previstas no Código de Defesa do Consumidor: os produtos ou serviços naturalmente

⁸³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 132.

⁸⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

perigosos, os com defeitos; com vícios; oferecidos por intermédio de práticas comerciais abusivas; e os contratos de adesão.⁸⁵

1.4.2.2 Vulnerabilidade jurídica

A vulnerabilidade jurídica é apresentada no momento de uma possível defesa do direito do consumidor, seja ela na esfera judicial ou administrativa. Impende lembrar, ainda, que, a vulnerabilidade jurídica se consubstancia na falta de conhecimentos e meios jurídicos específicos, bem como na ausência de condições para ter acesso a eles.⁸⁶

1.4.2.3 Vulnerabilidade política ou legislativa

A vulnerabilidade política ou legislativa ocorre pela inexistência de organizações de consumidores para defesa de seus direitos. Mais especificamente, Moraes explica que faltam associações ou órgãos "capazes de influenciar decisivamente na contenção de mecanismos legais maléficos para as relações de consumo e que acabam gerando verdadeiros 'monstros' jurídicos".⁸⁷

1.4.2.4 Vulnerabilidade psíquica ou biológica

A vulnerabilidade psíquica ou biológica atinge em cheio uma gama de estímulos, sejam eles visuais, olfativos, químicos, auditivos, etc., que influenciam decisivamente a decisão do consumidor pela aquisição ou não de um produto. Esta motivação, criada pelos

⁸⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

⁸⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 132.

fornecedores criam desejos, necessidades e manipulam manifestações de vontade como uma forma de influenciar o consumidor.⁸⁸

1.4.2.5 Vulnerabilidade X Hipossuficiência

No ramo do Direito do Consumidor, confunde-se os institutos da hipossuficiência e da vulnerabilidade, razão pela qual passar-se-á a suas especificidades.

Como já explanado, o consumidor, sob todos os aspectos, é parte vulnerável, podendo ter como característica a hipossuficiência. Mas, não há que se confundir a vulnerabilidade do consumidor com a hipossuficiência, que é uma característica de alguns consumidores, que são presumivelmente vulneráveis e são também, em sua situação individual carentes de condições culturais ou materiais.

Benjamin salienta esta diferença, caracterizando a vulnerabilidade como um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos, e já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns, ou a uma coletividade, mas nunca a todos os consumidores.⁸⁹

Assim, resta evidente que todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo, mas nem sempre é considerado hipossuficiente.

Essencial sua distinção, pois se não distinguíssemos vulnerabilidade de hipossuficiência, teríamos que admitir a contradição do Código de Defesa do Consumidor, que diz que todo consumidor é vulnerável, de acordo com o disposto no art. 4º, inciso I, e que para inverter o ônus da prova deve-se verificar a sua hipossuficiência, art. 6º, inciso VIII.

A idéia de vulnerabilidade, portanto, está ligada ao direito material, utilizada para caracterizar a necessidade de tutela do consumidor e a de hipossuficiência ao direito processual, de ordem econômica, para configurar a inversão do ônus da prova.

Neste sentido Bonatto:

[...] a vulnerabilidade é um conceito de direito material e geral, enquanto a hipossuficiência corresponde a um conceito processual e particularizado, expressando aquela situação a dificuldade de litigar, seja no tocante à obtenção de meios suficientes para tanto, seja no âmbito da consecução das

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

provas necessárias para demonstração de eventuais direitos.⁹⁰

Ainda,

É com o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, que aliada com a verossimilhança nas alegações, possibilita ao julgador a inversão do ônus da prova, um dos grandes avanços trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Os consumidores hipossuficientes são em regra ignorantes e de pouco conhecimento, de pouca idade ou de idade avançada, de saúde frágil, ou ainda os que, por sua posição social, não se permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo.⁹¹

Destarte é essencial o reconhecimento dos dois institutos, pois a enorme desigualdade entre os meios que possuem as empresas e o consumidor comum, faz com que o consumidor tenha imensa dificuldade de fazer respeitar os seus direitos. Por esta descrição, fica evidente que uma atuação sistemática de tutelar os consumidores se faz necessária.⁹²

A vulnerabilidade dos consumidores caracteriza a importância que deve ser dada ao investimento feito na aquisição de bens e serviços. Conseqüentemente, há a necessidade do consumidor ser protegido legalmente nesta relação.⁹³

Outrossim, mister destacar que o Código de Defesa do Consumidor objetivou, principalmente, a enorme pressão desempenhada contra o consumidor, em decorrência de sua situação de fragilidade e inferioridade no mercado de consumo. Diante disso, o *caput* do art. 4º, combinado com seu inciso I, dispôs que a Política Nacional de Relações de Consumo deve atender ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, razão pela qual justifica-se e legitima-se a aplicação das normas de proteção prescritas no transcorrer do texto legal.⁹⁴

De seu turno, o Princípio da Vulnerabilidade, neste contexto, confere instrumentos para a facilitação da defesa do consumidor, seja com o estabelecimento da responsabilidade objetiva para o fornecedor ou até com a inversão do ônus da prova, etc, chamados mecanismos atenuantes da vulnerabilidade.

⁹⁰ BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 46.

⁹¹ SIMONETTI, Thiago Galvão. A Vulnerabilidade como Princípio norteador das relações de consumo. **Fernandes & Fernandes**. São Paulo, 26 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ffadvogados.adv.br/detalhes>>. Acesso em: 10 out. 2008.

⁹² CAVALCANTI, Andrew Patrício. Aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor x o aspecto da invariabilidade do conteúdo dos contratos de adesão. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6276>>. Acesso em: 21 mar. 2009.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

1.4.3 Mecanismos atenuantes da vulnerabilidade

Com a finalidade de atenuar a disparidade e o desequilíbrio nas relações de consumo, o legislador buscou inserir no ordenamento jurídico brasileiro, mecanismos que pudessem amenizar e garantir os direitos do consumidor. A inversão do ônus da prova, a revisão contratual, a responsabilidade objetiva, a educação para o consumo e a oferta obrigatória, serão alguns dos mecanismos tratados nesta pesquisa, tendo em vista que são considerados pelos doutrinadores como meio mais eficaz de manter o equilíbrio destas relações.

1.4.3.1 Controle das cláusulas abusivas nos contratos de adesão

O contrato de adesão é aquele onde um dos pactuantes, integrante da relação de consumo, predetermina as cláusulas do negócio jurídico ao outro contratante. Este é pura expressão de uma autoridade privada. O aderente é levado a aderir, por imperiosa necessidade de contratar, principalmente naqueles chamados contratos obrigatórios (água, esgoto, luz, telefone, transporte, gás, etc.).⁹⁵

Nunes entende, neste sentido, que os contratos de adesão “[...] são decididos unilateralmente e postos à disposição do consumidor, que só tem como alternativa, caso queira ou precise adquirir o produto ou o serviço oferecido, aderir às disposições pré-estipuladas”.⁹⁶

Porém, há de se afirmar que em uma sociedade que contrata em grandes números, logicamente respostas imediatas, padronizadas, longe das dúvidas e das imprecisões, para questões repetidas que não podem desproteger a importância da pessoa humana, nem da boa-fé objetiva, e, nem mesmo a função social do contrato.⁹⁷

Os contratos de adesão servem principalmente aos interesses do estipulante, que fixa de forma unilateral as condições do negócio jurídico e procura por muitos meios e inúmeras cláusulas, de forma explícita, e as vezes implícita, resguardar preferentemente seus interesses, eliminar para si todos os riscos, diminuir os casos e a extensão de sua responsabilidade, fixar

⁹⁵ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 607.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 606.

ao outro prazos exíguos para prática de atos, a manifestação de vontades ou o exercício de direito.

Neste sentido, Nunes ensina:

[...] o uso do termo “adesão” não significa “manifestação de vontade” ou “decisão que implique concordância com o conteúdo das cláusulas contratuais”. No contrato de adesão não se discutem cláusulas e não há que se falar em *pacta sunt servanda*. É uma contradição falar em *pacta sunt servanda* de adesão. Não há acerto prévio entre as partes, discussão de cláusulas e redação de comum acordo. O que se dá é o fenômeno puro e simples da adesão ao contrato pensado e decidido unilateralmente pelo fornecedor, o que implica maneira própria de interpretar e que foi totalmente encapado pela lei consumerista.⁹⁸

A contratação por adesão é aceita de forma pacífica pela doutrina, pois trata-se de um ajuste de vontades, representado pela adesão, onde o contrato proporciona uma série de condições gerais que se caracterizam pela generalidade, uniformidade e abstratividade, as quais são determinadas prévia e unilateralmente.⁹⁹

Assim, é de grande notoriedade que os contratos de adesão são cada vez mais comuns na vida contemporânea, mas há grande controvérsia entre os doutrinadores quanto ao modo de formação dos contratos de adesão, neste sentido Gomes enfatiza:

Aponta-se primeiramente que, nesse contrato, a fase das negociações preliminares não existe. Em princípio, assim sucede. O esquema contratual está pronto, devendo aceitá-lo integralmente quem se proponha a travar a relação concreta. Contudo, sempre há cláusulas que não podem ser preestabelecidas e, de modo geral, elementos imprevisíveis. De regra, por conseguinte, fica uma faixa, mais larga ou estreita, na qual cabem entendimentos prévios entre os contratantes, se bem que, a maioria das vezes, o contrato prévio se destine somente à determinação de dados pessoais, indispensáveis, aliás, em vários contratos de adesão. Admite-se, outrossim, em prática chancelada por legislações, a possibilidade de modificar algumas cláusulas gerais, mediante acordo entre as partes. Quando ocorre, pode-se falar, a bem dizer, em negociações preliminares, dado que se travam entendimentos acerca do conteúdo do contrato a concluir, entendimentos que significam tratativas.¹⁰⁰

Percebe-se, assim, que os contratos de adesão não são dirigidos a um negociante em particular, mas ao público em geral, num primeiro momento de formação dos contratos de adesão, a colocação do contrato no mercado para um público indeterminado ou, quando

⁹⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 612.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 113.

determinável, não especificado, a oferta pública de contratos padronizados ao público¹⁰¹. Segundo momento de surgimento do contrato se configura quando o ofertante e aderente entram em contato, realizando assim, a entrega do contrato-formulário e efetuada a adesão, pelo aderente, a um contrato cujo conteúdo estava preestabelecido, sendo a manifestação da parte operada pela sua adesão aos termos propostos.¹⁰²

Considera-se, desta forma, que com o concurso de vontades nasce o negócio jurídico bilateral. Sendo incontestável a necessidade da participação do aderente, sendo indiscutível que se trata de um contrato bilateral, apesar de na realidade o aderente pouco ou nada influencia na elaboração do conteúdo normativo.¹⁰³

Bittar salienta:

Quase que unânime é a doutrina em asseverar que necessitam as cláusulas contratuais gerais de adesão para se converterem em norma vinculadora entre as partes, e equiparam a adesão ao consentimento, havendo desta forma a livre manifestação do aderente, que se consubstancia na aceitação daquilo que fora predisposto.

A manifestação do aderente, a adesão, é desta forma a declaração de sua vontade, e se consubstancia no seu consentimento [...].¹⁰⁴

Assim, o contrato de adesão não é uma categoria contratual autônoma, e sim, somente uma técnica de formação de contrato, e, por conseguinte, exige um mecanismo atenuante da vulnerabilidade que será realizado através do controle de cláusulas abusivas que podem constar nesses contratos.

A massificação dos contratos e a complexidade técnica utilizada na elaboração de novos tipos contratuais, permitem e estimulam a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos¹⁰⁵. Assim, em virtude de o contrato de adesão apresentar características nitidamente impositórias, os contratos de adesão são, inúmeras vezes, apresentados como os grandes agressores dos direitos dos consumidores.

Verifica-se que o traço marcante do contrato de adesão é o fato de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem a necessidade de satisfazer um interesse

¹⁰¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 61.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 62.

¹⁰⁵ BONATTTO, Cláudio. **Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33-34.

que, por outro modo, não pode ser atendido.¹⁰⁶

Quanto à interpretação dos contratos de adesão, a regra geral é que se interprete o contrato, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento. Pois, se tratando de uma relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.¹⁰⁷

O Código de Defesa do Consumidor é a primeira lei pátria a disciplinar o contrato de adesão, definindo-o e fornecendo seu regime jurídico e método de interpretação. Assim, consagra o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.¹⁰⁸

É evidente que as empresas tendem a redigir os contratos de adesão da maneira que mais lhes convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas e sem equidade, restritivas de direito. Devido à posição que o aderente ocupa, o Código de Defesa do Consumidor buscou a prevenção aos direitos dos consumidores considerando-se vulnerável, evitando assim, possíveis discrepâncias entre o fornecedor e o aderente, determinando que a interpretação deverá favorecer ao consumidor, aderente, em detrimento da empresa ou empresário que estabelece unilateralmente as cláusulas contratuais.¹⁰⁹

Mandelbaum explica:

A razão da posição adotada quanto a interpretação está em que a parte que redige o contrato de adesão, com cláusulas e condições padrões, pode redigi-las de maneira a não ser o seu conteúdo suficientemente claro, adotando técnicas de escritas que torne a redação obscura, sendo até mesmo dever destes apresentar o contrato genérico, reduzido a um formulário, com a redação mais clara o possível, estabelecendo claramente o sentido e alcance das cláusulas, principalmente que o próprio contrato é componente da oferta da negociação, sendo real a situação de que o aderente se encontra em posição somente de aderir ou não o conteúdo, não possuindo condições para questionar o conteúdo ou o seu sentido e alcance.¹¹⁰

A interpretação do contrato de adesão reporta-se à interpretação do negócio jurídico, a necessidade de interpretação se dá pela discrepância que ressaltamos entre a abrangência e o conteúdo das vontades expressas por meio de um contrato de adesão, a busca da vontade

¹⁰⁶ BONATTTO, Cláudio. **Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

¹⁰⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 808.

¹⁰⁹ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 205.

comum.¹¹¹

É inconteste que os contratos de adesão são necessários para o pleno funcionamento da sociedade contemporânea, pois sem os mesmos não haveria como ter uma eficaz circulação de bens e serviços, pois hodiernamente, seria inimaginável a discussão de cláusula por cláusula para a feitura de um negócio jurídico.¹¹²

Mas numa sociedade já marcada pela abrupta desigualdade, delegar plena autonomia ao predisponente para formular as cláusulas contratuais, é deixar ainda mais a mercê a parte hipossuficiente, que inúmeras vezes suporta encargos altíssimos, privações de direitos por estar compelido a contratar, por não haver outra empresa no mercado, ou mesmo por inexperiência.¹¹³

Apesar de muito utilizada na doutrina e na jurisprudência atual, a cláusula abusiva não é definida pelo Código de Defesa do Consumidor, que optou por indicar a abusividade em casos expressos, deixar sua determinação a cargo da jurisprudência, ou presumir a abusividade de alguns casos.¹¹⁴

Na interpretação do Estatuto Consumerista Brasileiro, parte da doutrina sugere como sinônimas de cláusulas abusivas as expressões cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas ou cláusulas excessivas, concentrando-se claramente, nos efeitos objetivos das cláusulas. Apartando, incisivamente, os institutos do abuso de direito e as cláusulas abusivas, afirma ser abusiva a cláusula notoriamente desfavorável ao consumidor, não se restringindo aos contratos de adesão, mas a todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal.¹¹⁵

É notório que os contratos, inclusive e principalmente os de adesão, são permeáveis ao abuso do direito, facultando tal alteração propositada do direito revelar-se em quaisquer de suas fases.¹¹⁶

Nesse contexto, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor bem fez ao não conceituar cláusulas abusivas, porque isso possibilitou que uma cláusula contendo caráter abusivo, embora não abrangida por eventual definição legal, não ficasse fora de sua

¹¹¹ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

¹¹² SCHNEIDER, Luiz Miguel. A nova exegese dos contratos de adesão após o advento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Direito**. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/arquivos/v2n3/a14.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ BONATTTO, Cláudio. **Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹¹⁶ Ibidem.

proteção.¹¹⁷

Assim, cláusulas abusivas são aquelas que estabelecem obrigações iníquas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, causando um desequilíbrio contratual entre as partes, ferindo a boa-fé e a equidade.¹¹⁸

Não se pode dizer que a cláusula abusiva decorra exclusivamente da lógica do contrato de adesão. E sim, que poderá vir a ser uma consequência de caráter econômico, exatamente porque cria maior peso, maior ônus para o contraente fraco, e exonera cada vez mais o predisponente.

1.4.3.2 A força obrigatória da oferta

Outro mecanismo atenuante da vulnerabilidade é a obrigatoriedade da oferta. A força obrigatória da oferta criou-se a partir do entendimento que nem só o rigor formal dos requisitos da oferta inviabilizava ou de todo impedia a responsabilização plena e adequada do anunciante, uma certa indefinição dos vários ordenamentos jurídicos sobre o efeito vinculante da própria oferta dificultava eventuais tentativas de obrigar o fornecedor a cumprir aquilo que, via anúncio, havia prometido.¹¹⁹

Dispõe o art. 35, inciso I do Código de Defesa do Consumidor que o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade. Percebe-se assim que o consumidor possui o direito de exigir o cumprimento da oferta, e assim, evidencia-se que a oferta integra o contrato caracterizando-se em um negócio jurídico unilateral, revogável nos limites da lei, sujeito aos vícios subjetivos da vontade.

De acordo com a doutrinadora Marques, ocorre uma ampliação do conceito de oferta, que passa a ter sua força vinculante multiplicada ao considerar também a publicidade como forma de oferta.¹²⁰

Neste sentido, Benjamin salienta que, ao contrário do rigor formal quanto aos requisitos da proposta válida e flexibilidade em relação à força obrigatória da oferta, no caso da oferta publicitária os requisitos essenciais da policitização tornam-se menos exigentes,

¹¹⁷ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

¹²⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

enquanto o caráter vinculante da promessa fica mais rígido, visando a acomodar as prementes e irresistíveis necessidades sociais criadas pela própria publicidade.¹²¹

A publicidade nas relações de consumo integra-se aos contratos de modo objetivo e inevitável, desde quando concretizados. Nas palavras de Pasqualoto: "Quando a mensagem publicitária é veiculadora de oferta, pode ser assemelhada a uma declaração unilateral de vontade, porque a lei obrigou o ofertante ao cumprimento".¹²²

Destarte, com as determinações do Código de Defesa do Consumidor, a oferta foi inserida nos dispositivos acima descritos, chamado de solução revolucionária no tratamento da publicidade, pois além de atribuir força obrigatória da policação impõe dever genérico de informação¹²³. Assim, este mecanismo é efetivo para o equilíbrio da relação de consumo, considerando o consumidor parte vulnerável, e vinculando a oferta publicitária ao cumprimento obrigatório.

1.4.3.3 Responsabilidade civil objetiva

Uma das mais importantes modificações trazidas pelo direito do consumidor foi o afastamento da responsabilidade civil subjetiva, utilizada como meio de atenuar a vulnerabilidade da parte fraca da relação de consumo, tanto em matéria de acidentes de consumo como também em tema de publicidade.

Segundo Venosa, "[...] sob esse prisma, quem, com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício".¹²⁴

Assim, percebe-se que responsabilidade civil surgiu do desejo do restabelecimento de um equilíbrio social, com objetivo de alcançar uma maior harmonia entre interesses contrários, com o advento de novas regras de coexistência, da busca e manutenção da paz social.

Ao considerar o instituto da Responsabilidade objetiva, Diniz asseverou que:

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

¹²² PASQUALOTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997. p. 60.

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

¹²⁴ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 36.

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).¹²⁵

O Código de Defesa do Consumidor dispõe, sem dúvida alguma, sobre a responsabilidade objetiva, nos arts. 30 e 35, pois seu texto em nada alude à culpa do anunciante, razão pela qual não pode o intérprete agregá-la, muito menos num contexto em que, seja pela vulnerabilidade da parte protegida (o consumidor), seja pelas características do fenômeno regrado (a publicidade), o direito, antes mesmo da interferência do legislador, já se encaminhava na direção da objetivação da responsabilidade civil.

Observa-se assim, que nos regimes jurídicos modernos de proteção do consumidor, como por exemplo o Código de Defesa do Consumidor, a falta de culpa por parte do fornecedor, não exclui sua responsabilidade civil.

Exemplificando, neste sentido Benjamin traduz:

Assim, por exemplo, se o fabricante se equivoca com uma fórmula ou *design* e lança seu produto no mercado com uma desconformidade (de todo indesejada por ele), ainda assim é responsabilizado (arts. 12, 14, 18 e 23 do CDC), havendo dano. Ora, não seria apenas no plano da publicidade desses mesmos produtos (e serviços) que eventual equívoco inocente o livraria da responsabilidade decorrente do princípio da vinculação. A desconformidade da publicidade é em tudo igual àquela pertinente à qualidade ou quantidade dos bens de consumo. Naquela, há uma falha, totalmente imputável ao anunciante e a seus agentes (agência e veículo), por inteiro equiparável a um defeito no processo de fabricação do produto ou prestação do serviço, só que concretizado em outro nível, o da comercialização.¹²⁶

Desta forma, o anúncio, na Sociedade de Consumo deverá se ajustar ao mesmo regime de Responsabilidade Objetiva, isto, porque, integra a corrente de produção e comercialização de bens. Ainda, resta demonstrar que a tendência no Direito do Consumidor é pela adoção do Princípio da Reparação Integral, conforme disposto no art. 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a norma em matéria publicitária é a mesma aplicável ao sistema geral protetório do consumidor: causado gravame, cabe o dever de reparar.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7. p. 34.

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 75.

1.4.3.4 Educação para o consumo

Mecanismo atenuante da vulnerabilidade a ser tratado nesta pesquisa é a educação para o consumo, pois reflete primordial a importância da educação dos consumidores, que necessitam transformar seu modo de pensar e levem em consideração as atuais características da sociedade contemporânea, ou seja, seus novos padrões. A educação possui papel fundamental na formulação de uma nova mentalidade. De modo mais específico, a educação para o consumo é elemento-chave na conscientização da população para manter uma identidade passível de pessoas conscientes no exercício da cidadania.

Lampert ressalta:

A educação, dever do Estado, numa sociedade globalizada, deve ensinar o cidadão a viver em uma aldeia planetária; a se transformar em cidadão do mundo; a aceitar a mundialização da cultura, sem, entretanto, perder e renunciar às suas raízes culturais. Portanto, na pós-modernidade, a educação deve ser um ato de ousadia e um eterno desafio. Devemos assumir com humildade os erros históricos e ter a predisposição de superá-los para que possamos contribuir na construção de um mundo melhor.¹²⁷

Resta clara a necessidade da educação para o consumo, tendo em vista certas características da sociedade contemporânea, tais como o consumismo desenfreado, a substituição das referências de valor, em que o fundamental é o 'ter' e não o 'ser', a perda da essência do próprio ser humano como ser histórico, e a falta de análise crítica diante das situações.

Esta nova sociedade é resultado da imposição da sociedade da informação em lugar da sociedade do conhecimento. Assim, essencial à educação como forma de beneficiar e criar consumidores conscientes, dando-se novas dimensões educativas que colocam ênfase no componente ético e são orientadas à transformação do indivíduo.

Educar o consumidor significa fazê-lo compreender que o consumo não se limita à relação de ganho ou possibilidade de compra. O consumidor deve estar atento a outras variáveis como seus objetivos, suas necessidades reais, seus direitos e também seus deveres. Diante destas considerações, observa-se que a educação para o consumo é essencial para

¹²⁷ LAMPERT, Ernâni. Pós-modernidade e educação. In: LAMPERT, Ernâni. **Pós-modernidade e conhecimento**: educação, sociedade, ambiente e comportamento humano. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 45-46.

conscientizar os consumidores, que são vulneráveis dentro da relação de consumo, a fim de que exerçam de forma consciente sua cidadania, de modo a prepará-los e informá-los sobre seus direitos e responsabilidades, estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor melhorando, assim, sua qualidade de vida e a de suas famílias.

1.4.3.5 Inversão do ônus da prova

Dentro do contexto processual, existe uma essencial diferenciação entre o ônus e a obrigação de provar, assim verifica-se que o ônus probante não significa uma obrigação de provar, mas uma necessidade de provar.

Eis o entendimento burilado por Schwarz, que faz essa diferenciação de maneira fulgente:

A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita á parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as conseqüências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente.¹²⁸

Isto nos permite vislumbrar que, quando se menciona que o ônus da prova incumbe a quem alega, se quer dizer que a parte tem a possibilidade de agir conforme o comando jurídico para conseguir que sua pretensão seja atendida. Isto é, como ela tem o interesse de que seja reconhecida a verdade dos fatos que alegou, logo é sua incumbência provar as próprias afirmações. Em face disso, Kriger Filho, assevera que "a prova é a alma do processo, o instrumento necessário á realização do direito ou, no dizer das Ordenações Filipinas, o farol que deve guiar o magistrado nas suas decisões".¹²⁹

A obrigação apresenta aspecto diferente, não é uma faculdade, mas uma imposição de um comportamento e não cumpri-lo gera um ilícito jurídico.¹³⁰

Isso nos permite vislumbrar que, a parte que tem o ônus de provar deve fazê-lo, se não

¹²⁸ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho.** Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, abr. 2006. p. 16.

¹²⁹ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento?** Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 138, ago.2006. p. 278.

¹³⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.

provar esta omissão pode gerar uma pretensão negada por insuficiência de provas, configurando uma questão lógica diante de um conflito de interesses. Esta diferenciação realiza a compreensão do instituto em pesquisa.

Necessário que se compreendam mais alguns elementos, dentre os quais está o sistema de interação e complementaridade das normas processuais. Os dispositivos processuais do Código Processual Civil Brasileiro que se aplicam ao autor e ao réu, principalmente na segurança do cumprimento da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, encontrados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, são aplicáveis na tutela jurídica da relação de consumo.¹³¹

Outro elemento a ser tratado é a igualdade material que deverá ser observada na legislação das relações de consumo, na medida que os desiguais deverão ser tratados de forma desigual e os iguais de forma igual. Almeida enfoca o princípio da isonomia, dentre os princípios específicos aplicáveis a tutela do consumidor, como pilar básico que envolve essa problemática. Ele leciona que:

Os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real. Nos termos do art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, entendendo-se daí que devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades.¹³²

Consumidor e fornecedor, dois pólos da relação de consumo são compostos por partes desiguais em ordem técnica e econômica, visto que o fornecedor possui, via de regra, a técnica da produção que vai de acordo com seus interesses e o poder econômico superior ao consumidor. A vulnerabilidade do consumidor é patente, e a sua proteção como uma garantia é uma consequência da evolução jurídica pela qual passamos.

Por sua vez, o fornecedor- fabricante, produtor, comerciante, ou prestador de serviços- não fica refém de um sistema protecionista, pois tem sua ampla defesa assegurada, fazendo uso dos instrumentos processuais necessários para sua defesa como os dos art. 301 e incisos, 265, inciso IV, alínea a, e art. 267, inciso IV, todos do Código Processual Civil, entre outros.

A possibilidade de inversão do ônus da prova como um direito básico do consumidor, e as demais normas que o protege, não ofendem de maneira alguma a isonomia das partes. Ao contrário, é um instrumento processual com vistas a impedir o desequilíbrio da relação

¹³¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 69.

¹³² ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 54.

jurídica, um direito conferido ao consumidor para facilitar sua defesa no processo civil. A aplicação deste direito fica a critério do juiz quando for verossímil a alegação do consumidor, ou quando este for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Nunes ao comentar sobre a inversão do ônus probante, frisou:

Entender, então, no que respeita à questão da produção das provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a principiologia da Lei n. 8.078, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência (especialmente técnica e de informação, mas também econômica, como se verá), o plano geral da responsabilização do fornecedor, é de natureza objetiva etc.¹³³

Importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor só admite a inversão a favor do consumidor, não cabe facilitação da prova para o fornecedor, dada à vulnerabilidade reconhecida do consumidor. Assim, caberá ao juiz analisar em quais casos há necessidade de não se aplicar às regras do art. 333 e seguintes do Código Processual Civil para poder inverter o ônus da prova em desfavor do réu.

A regra do ônus da prova insculpida no Código de Processo Civil é rígida. O juiz pode aplicar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor desde que preenchidos um dos requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor com o objetivo de equilibrar a relação processual.

Se o magistrado constatar que estão presentes um dos requisitos para a inversão do ônus da prova, após verificar segundo as regras de experiência que as alegações do autor são verossímeis ou que o consumidor é hipossuficiente inverterá o ônus da prova em favor do consumidor.¹³⁴

Configura-se a admissibilidade da inversão do ônus da prova, que fica a critério do juiz quando estiver presente qualquer uma das duas alternativas, a verossimilhança “ou” a hipossuficiência. Critério, não tem nada de subjetivo. A verossimilhança ou a hipossuficiência servirão como base para que o juiz decida pela inversão.

Uma vez constatados um desses requisitos o juiz deve inverter o ônus, pois não é uma faculdade sua, é um direito do consumidor para facilitar a defesa de seus interesses. Isto não significa que sempre se terá a inversão do ônus, pois o fornecedor vai ter oportunidade de contrariar a presunção de verossimilhança e a constatação da hipossuficiência. A inversão do ônus da prova não é prevista como uma certeza, mas apenas como probabilidade ou aparência

¹³³ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 779.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 794.

de verdade, possível de ser ilidida por prova em contrário.

As regras para a inversão do ônus da prova só serão aplicadas quando seus requisitos se fizerem presentes, caso contrário é a regra geral do ônus da prova que é aplicada no julgamento do processo.

Para tanto, o primeiro requisito é a verossimilhança das alegações, que se configura no atributo daquilo que parece intuitivamente verdadeiro, isto é, o que é atribuído a uma realidade portadora de uma aparência ou de uma probabilidade de verdade.¹³⁵

Neste sentido, Nunes trata sobre a avaliação da verossimilhança:

Para sua avaliação não é suficiente, é verdade, a boa redação da petição inicial. Não se trata apenas do bom uso da técnica de argumentação que muitos profissionais têm. Isto é, não basta relatar fatos e conectá-los logicamente ao direito, de modo a produzir uma boa peça exordial. É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura se possa aferir, desde logo, forte conteúdo persuasivo.¹³⁶

O juiz vai conceder a inversão baseado num juízo de simples verossimilhança a respeito da verdade das alegações feitas. A verossimilhança não exige a certeza da verdade, porém deve existir uma aparente verdade demonstrada nas alegações do autor, que uma vez comparadas com as regras de experiência seja capaz de ensejar a inversão.

No entender de Dias ao tratar de princípio da verossimilhança:

Por verossimilhança entende-se algo semelhante à verdade. De acordo com esse princípio, no processo civil o juiz deverá se contentar, ante as provas produzidas, em descobrir a verdade aparente.” Ela acrescenta que deve-se ter cuidado para não relativizar demais este princípio, pois “... é indispensável que do processo resulte efetiva aparência de verdade material, sob pena de não ser acolhida a pretensão por insuficiência de prova - o que equívale à ausência ou insuficiência de verossimilhança.¹³⁷

Outro critério é a hipossuficiência do consumidor, que deve ser analisado pelo juiz para que se possa inverter o ônus da prova, que se caracteriza em razão da capacidade econômica e técnica do consumidor.

Nunes entende que o significado de hipossuficiência insculpido no texto legal da Legislação Consumerista é apenas técnico e não econômico. O conceito de vulnerabilidade é que abrange a fragilidade econômica e técnica do consumidor. A hipossuficiência para fins da

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

¹³⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 781.

¹³⁷ DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65.

possibilidade de inversão do ônus da prova,

[...] tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.¹³⁸

Entende o citado doutrinador que o reconhecimento da hipossuficiência não pode ser visto como forma de proteção ao mais pobre, em razão de que a questão da produção de prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material. Ainda, explica que pode acontecer a inversão do ônus da prova em favor de consumidores economicamente poderosos caso seja feita a constatação de sua hipossuficiência técnica e de informação.

Hodiernamente, o entendimento geral sobre o assunto é de que quando há hipossuficiência do consumidor nos aspectos econômico e técnico, se está justamente acatando o princípio da vulnerabilidade do consumidor como parte mais fraca da relação de consumo, em virtude de sua situação econômica inferior ao do fornecedor, e de seu reduzido conhecimento técnico, e, por conseguinte, na maioria das vezes todos são hipossuficientes. No entanto, não significa que a situação econômica seja fator preponderante para a decisão da inversão do ônus da prova, mas servirá como subsídio que acrescenta os motivos para se inverter o ônus da prova não se desassociando do conhecimento técnico e informativo.

O contexto social, a distribuição de renda e as grandes diferenças socio-econômicas no Brasil definem o perfil do nosso consumidor. A condição econômica é um ponto importante a ser observado quando se vai apreciar a hipossuficiência técnica e informativa do consumidor. Isto porque face à realidade que vivenciamos a condição social e cultural, via de regra, estão atreladas direta ou indiretamente a situação econômica do consumidor.

A capacidade técnica e informativa do consumidor vai dizer de sua hipossuficiência, e sua situação econômica também poderá subsidiar a decisão do juiz, que com base nas regras de experiência irá vislumbrar ou não a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Rizzatto leciona que: “Uma vez determinada a inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual”¹³⁹. Isso decorre de uma lógica, o ônus de provar acompanha o ônus econômico. Senão teríamos uma contradição, que se opõe a vulnerabilidade reconhecida do consumidor.

¹³⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 76.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 87.

Portanto, é no julgador que se tem a expectativa de uma interpretação justa e razoável dos fatos alegados para que se tenha a aplicabilidade da inversão do ônus da prova quando for apreciar a incidência dos requisitos da inversão.

Denota-se que o juiz, a requerimento da parte ou de ofício, analisará com base nas regras ordinárias de experiência se há incidência de um ou dos dois requisitos que possibilitem a inversão do ônus da prova proferindo sua decisão.

1.4.2.1.1 Inversão do ônus da prova na publicidade

No CDC estão previstas duas oportunidades em que se tem a inversão do ônus da prova, a do art. 6º, VIII, já citada, e a do art. 38 que está inserido no capítulo das Práticas Comerciais, determinando que o ônus da prova cabe a quem patrocinou a informação ou comunicação publicitária, ou seja, ao fornecedor.

Neste último caso, a previsão legal expressa que o juiz fica obrigado a aplicar a inversão, não sendo, portanto, adotada por determinação judicial sua como na hipótese do art. 6º, VIII. Grinover assinala:

A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera da discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção. A veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.¹⁴⁰

A inversão do ônus da prova na publicidade, significa que ao fornecedor compete informar os dados técnicos, científicos e fáticos veiculados na mensagem publicitária, de acordo com o disposto no art. 36, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem os patrocina. Mesmo assim, ao fornecedor é possível provar de tal forma que o exima da responsabilidade quanto ao caráter enganoso ou abusivo de sua comunicação publicitária, não podendo este, alegar boa-fé para eximir-se da obrigação de reparar se for considerada

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 794.

desconforme.¹⁴¹

Frise-se, por oportuno, que o ônus da prova em matéria de publicidade se mostra mais difícil porque, em geral, a matéria veiculada tem uma abrangência difusa, não podendo precisar quais os consumidores atingidos. A inversão se justifica face essa dificuldade que teria o consumidor de provar o desvio da publicidade, de provar tecnicamente se a publicidade é enganosa ou abusiva, não obstante possa indicar elementos que colaborem ou até mesmo demonstrem o fato danoso.

A inversão do ônus da prova pelo art. 38, independe, portanto, de manifestação judicial. Vejamos o seguinte entendimento:

Ainda que hipoteticamente se admita que a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor depende de prévia declaração judicial de que assim se fará, não há como igualmente entender no tocante ao ônus probatório em matéria publicitária que o art. 38 incisivamente faz recair sobre quem a patrocina, sem condicioná-lo ao critério do juiz. Entender que o juiz, no caso do art. 38 deve decidir previamente que o patrocinador da publicidade tem o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificativo do direito do autor, impondo num e noutro caso o insustentável entendimento de que o juiz deve previamente proclamar que dará exato cumprimento ao que dispõe o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 333 do Código de Processo Civil. (TJSP 150 9ª Câm. Civil: Ap. Cível nº 255.461-2-6-São Paulo: rel. des. Aldo Magalhães; j. 6.4.95; v.u. in AASP nº 1911,9 a 15.8.95, p. 222-j).¹⁴²

Deduz-se disto que a inversão da prova, nestes casos, é *ope legis*, independente de qualquer ato do julgador, não lhe cabendo manifestar-se nem mesmo no saneador ou momento posterior. Um dos aspectos não abordados neste item refere-se à vulnerabilidade do consumidor ante a publicidade.

Destarte, verificada a situação da Sociedade de Consumo na contemporaneidade, das relações de consumo e dos novos padrões de consumo criados pela influência dos meios de comunicação em massa e da publicidade, realizar-se-á no próximo capítulo uma análise técnica e sucinta acerca da publicidade, objetivando esclarecer alguns pontos básicos para posteriormente verificar de que forma o Direito tem regulado tais instrumentos e se existe um controle destas práticas no Brasil, especialmente no que se refere à oferta publicitária.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 360.

CAPÍTULO II – MEIOS DE COMUNICAÇÃO E SOCIEDADE DE CONSUMO: A PUBLICIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DE PADRÕES

Verificada a situação acerca da Sociedade de Consumo, percebe-se que esta se caracteriza a partir das informações advindas dos meios de comunicação em massa, pois, a partir da informação e/ou manipulação destes meios, diretamente voltados às relações de consumo caracterizadas por indivíduos vulneráveis, se criam novos valores tais como: fator de inclusão em determinado grupo social; status social em adquirir determinado bem simbólico; além de refletir no exercício da cidadania, conforme já tratado no capítulo anterior.

Diante destas considerações, necessário discorrer sobre a publicidade, um dos meios de comunicação em massa responsável pela propagação de padrões de consumo criados a partir da influência no comportamento social, causando conseqüentes modificações nos valores sociais, culturais e políticos.

Rios introduz:

Nessa arte e técnica de promover a venda de produtos e serviços, os especialistas não se contentam em lidar só com dados objetivos, captáveis, quando delituosos, pela tipologia da “publicidade enganosa”. Vão bem mais longe para dar vazão aos bens e serviços produzidos pela sociedade opulenta. Investem, com suas mãos sem luvas, no fundo d’alma do consumidor. Mexem em seus recônditos desejos, sentimentos de amor, de poder, de segurança, de ansiedade, de esperança, de riqueza fácil, em seus anseios sexuais e em outros que povoam o imaginário das pessoas.¹⁴³

Destarte, verificar-se-á que o comportamento dos consumidores não é em regra orientado pela razão, e sim manipulado e adestrado pelos meios de comunicação em massa, verdadeiros persuasores profissionais, que se utilizam da publicidade para atingir os mais profundos e inconscientes desejos dos consumidores.

¹⁴³ RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. p. 13.

2.1 Publicidade

A publicidade está disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, nos art. 6º, incisos II, III, V, e art. 37, respectivamente. Muito embora, o Código de Defesa do Consumidor não traga uma definição específica de publicidade, coíbe a prática abusiva e enganosa desta.

Embora exista regulamentação sobre a publicidade, ocorre desrespeito intenso por parte dos anunciantes de produtos e serviços. A informação é um direito fundamental do consumidor e deve estar presente em todos os produtos e serviços disponibilizados no mercado, limitando a ação dos fornecedores.

A doutrinadora Chaise faz uma consideração importante sobre a publicidade no Código de Defesa do Consumidor: “O CDC revela uma grande preocupação com a publicidade, dedicando-lhe a maior parte do Capítulo V (Das Práticas Comerciais) do Título I (Dos Direitos do Consumidor). No entanto, [...] em nenhum momento a define”.¹⁴⁴

Assim, resta evidente, de acordo com a autora citada que o Código de Defesa do Consumidor coíbe a publicidade, mas tendo em vista que a área publicitária não é comum aos operadores do Direito, faz-se necessário uma pesquisa técnica, mas breve, acerca da matéria, como forma de melhor identificar a criação dos novos padrões de consumo.

2.1.1 Origem da publicidade

Têm-se notícias das táticas promocionais desde a pré-história, na qual os trogloditas, ao colocarem peles de animais nas entradas das cavernas estavam querendo comunicar aos que ali passavam que eles dispunham daquele tipo de material e estavam dispostos a trocá-lo por outros objetos, porém a documentação histórica mais remota é um papiro egípcio do ano de 1000 a. C., comunicando a fuga de um escravo.¹⁴⁵

Malanga, estudioso da origem da publicidade, relata outros fatos históricos comprovados, indicando a existência de atividades publicitárias em diversas civilizações

¹⁴⁴ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁴⁵ BREWSTER, Arthur; PALMER, Hebert; INGRAHAM, Robert. apud SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

antigas, exemplificando com os oradores na antiga Grécia, que discursavam sobre temas políticos e filosóficos em praça pública e eram, ainda, empregados para fazer anúncios comerciais, pois eram homens considerados com o dom da palavra.¹⁴⁶

Observou-se que nos primórdios a publicidade era realizada de forma oral, mas foi na Roma antiga que teve início os primeiros registros gráficos para promover bens e serviços, comuns as inscrições pintadas em paredes e tabuletas escritas para anunciar os combates dos gladiadores e outros espetáculos, além de anunciar alguns medicamentos.

Antes da imprensa do tipo escrito, os textos eram escritos de um a um, pelos chamados copistas, mas havia uma delimitação à publicidade, exposta por Santos: “[...] quase totalmente monopolizada pela Igreja, que assim exercia seu controle sobre crenças e idéias dos indivíduos”.¹⁴⁷

A imprensa de tipos móveis, inventada por Gutenberg, deu início ao Renascimento e às idéias humanistas, demandando produtos culturais como livros, jornais e almanaques. Logo, as instituições políticas, sociais e comerciais perceberam nessas publicações um poderoso canal para divulgarem suas idéias e produtos.

Já com a revolução industrial, as técnicas de impressão foram aprimoradas, passando-se à publicação em massa. O nível de profissionalização e os jornais e revistas passaram a ter uma penetração em todos os segmentos sociais, ampliando também seu alcance geográfico.

Santos assevera:

As empresas de manufaturas, nessa época, também estavam aumentando a sua produção em níveis exponenciais. Para tanto, deveriam gerar um maior volume de vendas, baixando assim os custos de produção por unidade. Isso viabilizaria a comercialização a preços mais baixos, tornando o produto acessível a um maior número de pessoas, completando assim o ciclo virtuoso denominado economia de escala.¹⁴⁸

Com isto, consolidaram-se os jornais e revistas em importantes instrumentos formadores de opiniões, com credibilidade por parte dos receptores. Mas, boa parte dos anúncios era de idoneidade questionável e os próprios meios de comunicação passaram a renunciar estes anúncios para maior zelo de sua imagem. Assim, com a virada para o século XX, a própria indústria da publicidade – agências, anunciantes e veículos – criaram um código para coibir as mensagens enganosas, este foi o precursor do atual Código de

¹⁴⁶ MALANGA apud SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

¹⁴⁷ SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 32.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 32.

Autorregulamentação Publicitária.¹⁴⁹

Hoje em dia, a maior parte das mensagens publicitárias são sugestivas e têm como base de orientação dados científicos de pesquisas de mercado, de motivações.

Já no campo jurídico, evidencia-se que anterior à regra consumerista, que transformou as noções de publicidade, observava-se a publicidade apenas na fase pré-contratual, neste sentido Grinover: “[...] só muito raramente a publicidade era considerada proposta, no sentido contratual [...]. Era vista, já dissemos como pura *invitatio ad offerendum* e por isso mesmo, não vinculante”¹⁵⁰. Destarte, não tinha importância alguma no processo de consenso da relação de consumo.

A doutrina caminhou no sentido de tentar vincular o efeito da publicidade. Inicialmente, classificou-se a publicidade como espécie de oferta pública, após buscou-se inserir a responsabilização na violação da confiança estabelecida na relação pré-contratual através da publicidade. Posteriormente a responsabilidade extracontratual e a boa-fé auxiliaram na responsabilização dos danos causados aos consumidores. Até chegar a atual concepção da natureza jurídica da publicidade em que o fornecedor obriga-se por toda e qualquer informação que veicular. Assim, a oferta integra o contrato caracterizando-se em um negócio jurídico unilateral, revogável nos limites da lei, sujeito aos vícios subjetivos da vontade.

Para Marques, ocorre uma ampliação do conceito de oferta, que passa a ter sua força vinculante multiplicada ao considerar também a publicidade como forma de oferta.¹⁵¹

Neste sentido, a doutrina moderna adota um novo paradigma, de acordo com o entendimento de Benjamin, visto que, ao contrário do que ocorre na oferta clássica (rigor formal quanto aos requisitos da proposta válida e flexibilidade em relação à força obrigatória da oferta), no caso da oferta publicitária os requisitos essenciais da policitação tornam-se menos exigentes, enquanto o caráter vinculante da promessa fica mais rígido, visando a acomodar as prementes e irresistíveis necessidades sociais criadas pela própria publicidade.¹⁵²

A publicidade nas relações de consumo integra-se aos contratos de modo objetivo e inevitável, desde quando concretizados. Nas palavras de Pasqualoto: "Quando a mensagem

¹⁴⁹ BONE e KURTZ apud SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 34.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 267.

¹⁵¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

¹⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

publicitária é veiculadora de oferta, pode ser assemelhada a uma declaração unilateral de vontade, porque a lei obrigou o ofertante ao cumprimento”.¹⁵³

Após estas mudanças, necessitou-se de regramento para uma resolução definitiva. Estabelecido o Código de Defesa do Consumidor, a oferta foi inserida em dois dispositivos, chamado de solução revolucionária no tratamento da publicidade, pois além de atribuir força obrigatória da polycitação impõe dever genérico de informação.¹⁵⁴

2.1.2 Publicidade X propaganda

De acordo com a doutrina brasileira, os termos publicidade e propaganda, não se confundem, embora no dia-a-dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro.

Segundo Nunes Júnior, publicidade é “o ato comercial de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços”.¹⁵⁵

De acordo com o mesmo doutrinador, propaganda é “[...] toda forma de comunicação, voltada ao público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de idéias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade”.¹⁵⁶

Na mesma senda, Santos, discorre sobre a diferenciação dos termos publicidade e propaganda, dentro da área da publicidade, corroborando com as idéias emanadas do acima transcrito, ensina que:

Publicidade é todo o processo de planejamento, criação, produção, veiculação e avaliação de anúncios pagos e assinados por organizações específicas (públicas, privadas ou do terceiro setor). Nessa acepção, as mensagens tem a finalidade de predispor o receptor a praticar uma ação específica (por exemplo, compra um produto, abrir conta em um

¹⁵³ PASQUALOTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997. p. 60.

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

¹⁵⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 22-23.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

determinado banco, reciclar embalagens, etc.) Essa ação tem localização no tempo e no espaço, podendo ser quantificada.¹⁵⁷

E quanto à propaganda, traduz:

Propaganda visa mudar a atitude das pessoas em relação a uma crença, a uma doutrina ou uma ideologia. Embora muitas vezes utilize as mesmas ferramentas da publicidade, a propaganda não tem finalidade de levar as pessoas a praticarem uma ação específica ou imediata. Ela visa a uma mudança das atitudes do público em relação a uma ideia. Tem lugar na mente dos indivíduos ou no imaginário social e é de difícil quantificação.¹⁵⁸

Referido autor, do campo publicitário, ao diferenciar as palavras que tanto geram dúvidas, ainda diz ser o publicitário, o profissional que se dedica a qualquer uma das atividades de planejamento, criação, produção e veiculação de anúncios, além de atuarem nas agências de publicidade, e os agentes de propaganda, os intermediadores que negociam os espaços publicitários nos veículos de comunicação para as agências ou anunciantes.

No campo jurídico, ao tratar da diferença entre estes termos, Benjamin argumenta que o objetivo de lucro, de vantagem econômica, parece ser o âmago da distinção entre a publicidade e propaganda: a primeira tem a intenção de gerar lucro e a segunda em regra exclui o benefício econômico. Enquanto a publicidade tem a finalidade de divulgar comercialmente um produto ou um serviço, a propaganda visa a um objetivo ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social.¹⁵⁹

O diploma consumerista tratou da questão de forma expressa, não se preocupando com a propaganda. Tal fato serve como prova de que, sempre que um anúncio de televisão, rádio ou jornal se referir a um produto ou a um serviço, ainda que de maneira indireta, o que está em questão é a publicidade.

2.1.3 Publicidade no Código de Defesa do Consumidor

Por derradeiro, em relação à publicidade, frise-se que para a doutrina dominante, a publicidade é de difícil definição pelas suas múltiplas funções, mas pode ser conceituada de

¹⁵⁷ SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 62.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

forma ampla como sendo uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação em massa com o intuito de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em consonância com a realização de objetivos e desejos, para atingir o bem estar social e econômico.¹⁶⁰

Não há Sociedade de Consumo sem publicidade, e devido a sua importância no mercado e sua manifestação social difusa, surge a necessidade de regramento dentro do sistema legislativo consumerista. É o que retrata Grinover:

De uma preocupação eminentemente individualista com a publicidade, priorizando mais o ato que a atividade, o legislador, modernamente, vem passando a exercer um controle social difuso do fenômeno. Ou seja, a publicidade, embora ainda enxergada como mercadologicamente importante, passa a ser igualmente vista como manifestação social difusa, daí concluindo-se que os malefícios que ocasionalmente provoca no mercado torna admissível a postulação – e deferimento- de pleitos indenizatórios difusos para o atuar publicitário patológico (em particular a publicidade enganosa e abusiva), mesmo quando inexistente qualquer dano individual concretizado e identificado.¹⁶¹

Isso nos permite vislumbrar que a publicidade possui dois elementos essenciais, quais sejam, a difusão, pois o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno; e a informação que é seu elemento finalístico, assim, a publicidade deverá trazer um mínimo de informações¹⁶². E estas informações que por influenciarem a vida e o exercício do ser humano como cidadão poderão transformá-lo perante a sociedade, exigem a regulação. Assim, com a preocupação de proteger o consumidor, o Código de Defesa do Consumidor regula e traz limites imprescindíveis para efetiva tutela dos interesses consumeristas. Nelson Nery Júnior diz “[...] a Publicidade no Brasil não era regulamentada até que surgiu o Código de Defesa do Consumidor, pois não havia previsão em lei”¹⁶³. Entretanto, como representa uma das mais importantes técnicas de estimulação do consumo, entre as formas de propagação de valores pelos meios de comunicação em massa, foi regulamentada.

¹⁶⁰ COHEN, Dorothy, apud GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 305.

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 305.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. Revista de Direito do Consumidor, n. 3, 1992. p. 66.

2.1.4 Tipos de publicidade

A publicidade pode ser institucional ou promocional, de acordo com seus objetivos. Por isso, a mensagem publicitária em alguns momentos procura promover sua empresa junto à opinião pública, configurando a publicidade institucional, a que não tem como finalidade ofertar produtos ao mercado consumidor. Seus objetivos são alcançados a longo prazo, beneficiando muitas vezes produtos ou serviços que não são sequer produzidos pela empresa.¹⁶⁴

Chaise conceitua: "[...] publicidade institucional é aquela que se destina a institucionalizar a marca. Aqui não existe a preocupação com a venda do produto em si; o que se anuncia é a própria empresa, e não o produto".¹⁶⁵

A fim de melhor visualizar, recorrer-se-á ao exemplo de campanha institucional:

Um exemplo que reflete uma nova função da publicidade: a campanha institucional realizada pela Oni, em 2002, focalizou alguns preconceitos sociais dos portugueses que limitam a comunicação entre diferentes pessoas. "Eu não falo com minha filha". "Eu não falo com meu pai". "Eu não falo com jovens". "Eu não falo com velhos". "Eu não falo com lampiões". "Eu não falo com lagartos". "Eu não falo com meus empregados". "Eu não falo com minha ex-mulher". "Eu não falo com homens". "Eu não falo com mulheres". "Eu não falo com ninguém". "Até quando?". "Mude de atitude". Intolerância, diferenças de gerações e problemas familiares, violência no desporto, relações no trabalho e exclusão social são problemas reais da sociedade portuguesa para os quais esta campanha chama a atenção e sobre os quais propõe reflexão.¹⁶⁶

Destarte, institucional é a publicidade que se destina a institucionalizar a marca. Utilizada em determinadas ocasiões, especialmente quando a empresa enfrenta problemas de imagem, como solução para alterar a forma como o público a enxerga. Neste tipo de publicidade não existe a preocupação com a venda do produto em si, não há preocupação de levar o mercado a comprar tantas unidades do produto.

De outro modo, a publicidade promocional, é aquela publicidade destinada a ofertar produtos ou serviços que tem objetivo imediato de venda, assim, seus resultados são esperados em curto prazo.

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

¹⁶⁵ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 13.

¹⁶⁶ Práticas de consumo responsável. Disponível em : http://www.consumoresponsavel.com/wp-content/rncr_fichas/RNCR_Ficha_D3.pdf. Acesso em: 02 jul. 2010.

Pasqualotto ensina: “Anúncios institucionais ou promocionais, todavia, são espécies do mesmo gênero. Ambos são igualmente publicidade. Têm a mesma natureza; por conseguinte, devem obedecer aos mesmos princípios”.¹⁶⁷

2.1.5 Importância da publicidade

Formas de promoção de produtos sempre estiveram ligadas ao comércio ou às atividades econômicas, mas o fenômeno publicitário, com diversas implicações no mercado e na economia, só surgiu na Revolução Industrial e nas alterações econômicas e sociais provocadas, como se pode evidenciar nas concentrações urbanas das populações e na facilidade de produção. Desta forma o crescimento da oferta cada vez mais variada de produtos surge de novas tecnologias, concentração urbana, maior facilidade em produzir e distribuir de forma barata e eficaz.

Outrossim, mister destacar que a publicidade ganhou força na economia das empresas, assim, no século XX era preciso vender inúmeros produtos, em razão de serem produzidos com uma maior facilidade e, paralelamente, os meios de comunicação em massa ganharam impulso, gerando-se um ciclo de crescimento da publicidade e da economia. Publicidade gera consumo, consumo gera venda, vendas geram rendimentos, rendimentos geram mais possibilidades de consumo.¹⁶⁸

2.2 Exploração de mensagens/situações publicitárias

Há várias técnicas que são utilizadas para criar mensagens que sejam persuasivas, muitas dessas técnicas podem ser baseadas em falácias lógicas já que os publicitários usam argumentos que, embora às vezes convincentes, não são necessariamente válidos ou éticos.

Desta maneira, os anúncios publicitários são considerados, por vezes, como maneiras de explorar mensagem a fim de influenciar o consumidor a adquirir determinado produto ou serviço. Por isso é essencial ter algum conhecimento das seguintes técnicas de geração de

¹⁶⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 59.

¹⁶⁸ JHALLY, Sut. **Os códigos da publicidade**. Porto: Edições Asa, 1995.

publicidade:

Na manipulação “[...] a publicidade utiliza o medo, a culpa ou o suborno como forma [...] de influenciar o consumidor. O medo de rejeição, o medo de exclusão, o medo de escárnio, o medo de ser diferente do grupo. Sentimentos de culpa dos consumidores relativamente a outras pessoas. [...] A publicidade promete amor, sucesso, reconhecimento social, auto estima, tudo, desde que se compre o produto”¹⁶⁹¹⁷⁰. Desta forma, esta técnica está direcionada a busca de apoio a uma idéia, ou causa ou pessoa, instigando o medo na população em geral.

A alienação é retratada “pela criação de mundos de sonho – carros, casas, viagens, homens e mulheres perfeitos. A realidade é bem distinta, surge como mais desagradável, mais feia, não correspondente a todo um mundo de fantasia que é explorado pela publicidade, tantas vezes veiculado pelos diferentes meios que quase se torna natural”¹⁷¹.

Também, a publicidade desperta necessidades no consumir, estimulando-o para se sentir identificado e ator da realidade que o rodeia.¹⁷²

À mesma velocidade em que se inscrevem as últimas novidades em termos de produtos, também a mensagem publicitária é efêmera, enquanto requisito necessário para elevar hoje a auto estima, o sentimento de pertença e reconhecimento por um grupo, será amanhã a mensagem de um outro produto.

Já os estereótipos (gênero, nacionalidade e região), freqüentemente são utilizados reforçando preconceitos e atitudes. Os consumidores são agrupados, tipificados¹⁷³. Essa técnica busca provocar a rejeição em uma audiência, rotulando o objeto da campanha de publicidade como algo que os consumidores temem, tem aversão ou consideram indesejável.

Os elementos de uma campanha podem ser considerados formas de exploração, quando o tom da comunicação e os seus argumentos influenciam líderes de opinião (recurso a figuras públicas, sobretudo no desporto), ambiente de fundo, cores utilizadas e situação de consumo criada. Todos estes elementos se conjugam de acordo com o grupo alvo a atingir e são sustentados por pesquisas.

Repetição incansável, ou ainda repetição nauseante, é verificada quando uma idéia

¹⁶⁹ BARRETO, Roberto Menna. **Análise transaccional da propaganda**. São Paulo: Summus, 1981. p. 200-201.

¹⁷⁰ SERQUEIRA, Paulo. **Uma reflexão sobre a publicidade para um consumidor cada vez mais consciente**. Porto: Edições Fernando Pessoa, 2003. p. 45.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² SOUSA, Jorge Pedro. **Elementos de teoria e pesquisa da comunicação e dos media**. Porto: Edições Fernando Pessoa, 2003. p. 90.

¹⁷³ SERQUEIRA, Paulo. **Uma reflexão sobre a publicidade para um consumidor cada vez mais consciente**. Porto: Edições Fernando Pessoa, 2003.

repetida suficientemente se torna verdade.¹⁷⁴

Chamado de “bode expiatório”, técnica utilizada ao atribuir culpa a um indivíduo ou grupo que não seja efetivamente responsável, aliviando sentimentos de culpa de partes responsáveis ou desviando a atenção da necessidade de resolver um problema, cuja culpa foi atribuída àquele que está emitindo a publicidade.

A desaprovação é a técnica usada para não aprovar uma ação demonstrando que ela é popular entre grupos ameaçadores que estejam em conflito com o público alvo. Assim, se um grupo que apóia uma idéia é levado a crer que pessoas indesejáveis ou conflitantes também a apóiam, os membros do grupo podem decidir mudar sua posição.

“Efeito dominó” e “vitória inevitável”, são verificados quando se tenta convencer a audiência a colaborar com uma ação, assim, essa técnica reforça o desejo natural das pessoas de estar no lado vitorioso e visa a convencer a audiência que um programa é a expressão de um movimento de massa irresistível e que é de seu interesse se juntar a ele. Assim, os que já aderiram se sentem confortados com a idéia de que tomaram a decisão correta e apropriada.

O "homem do povo" ou "homem comum" é uma tentativa de convencer a audiência de que as posições do propagandista refletem o senso comum das pessoas. É utilizada para obter a confiança do público comunicando-se da maneira comum e no estilo da audiência. Propagandistas usam a linguagem e modos comuns numa busca de identificar seus pontos de vista com aqueles da "pessoa média".¹⁷⁵

Palavras virtuosas também são técnicas através de palavras tiradas do sistema de valores do público alvo, que tendem a produzir uma imagem positiva quando associadas a uma pessoa ou causa. Exemplos são paz, felicidade, segurança, liderança, liberdade, etc.¹⁷⁶

Um slogan é uma frase curta e impactante que pode incluir rotulação e estereotipação. Se slogans podem ser criados a respeito de determinada idéia, devem sê-lo, pois bons slogans são idéias auto-perpetuáveis.

Racionalização, técnica em que os indivíduos ou grupos podem usar afirmações genéricas favoráveis para racionalizar e justificar atos e crenças questionáveis. Frases genéricas e agradáveis são freqüentemente usadas para justificar essas ações ou crenças.

Termos de efeito são palavras de intenso apelo emocional tão intimamente associadas a conceitos e crenças muito valorizados que convencem sem a necessidade de informação ou razões que as apóiem. Elas apelam para emoções como o amor à pátria, lar, desejo de paz,

¹⁷⁴ BARRETO, Roberto Menna. **Análise transaccional da propaganda**. São Paulo: Summus, 1981. p. 200-201.

¹⁷⁵ Técnicas de propaganda. **Portal dos consumidores**. Disponível em:

http://www.portaldosconsumidores.com.br/propaganda_enganosa.htm. Acesso em 03 ago. 2008.

¹⁷⁶ BARRETO, Roberto Menna. **Análise transaccional da propaganda**. São Paulo: Summus, 1981. p. 200-201.

liberdade, glória, honra, etc. Solicitam o apoio sem o exame da razão. Embora as palavras e frases sejam vagas e sugiram coisas diferentes para pessoas diferentes, sua conotação é sempre favorável.

Testemunhos são citações, dentro ou fora de contexto, efetuadas especialmente para apoiar ou rejeitar uma idéia, ação, programa ou personalidade. Explora-se a reputação ou papel (especialista, figura pública respeitada, etc.) daquele que é citado. O testemunho dá uma sanção oficial de uma pessoa ou autoridade respeitada à mensagem de propaganda. Isso é feito num esforço de causar no público-alvo uma identificação com a autoridade ou para que aceite a opinião da autoridade como sua própria.¹⁷⁷

A transparência é a técnica de projetar qualidades positivas ou negativas (elogios ou censuras) de uma pessoa, entidade, objetivo ou valor (de um indivíduo, grupo, organização, nação, raça, etc.) para outro, para tornar esse segundo mais aceitável ou desacreditá-lo. Essa técnica é geralmente usada para transferir culpa de um parte em conflito para outra. Ela evoca uma resposta emocional, que estimula o público-alvo a identificar-se com autoridades reconhecidas.¹⁷⁸

Vagueidade intencional são afirmações deliberadamente vagas de tal forma, que a audiência pode interpretá-las livremente. A intenção é mobilizar a audiência pelo uso de frases indefinidas, sem que se analise sua validade ou determine sua razoabilidade ou aplicação.

Algum tempo tem-se dedicado para analisar os meios pelos quais as mensagens ou anúncios são transmitidos, e estas estratégias de disseminação da informação só se tornam estratégias de publicidade quando associadas às mensagens, e à influência que esta poderá causar, os prejuízos que podem incidir, devem se levar em conta estas para se frear e proteger a parte mais fraca na relação de consumo, ou seja, o consumidor.

2.3 Publicidade e vulnerabilidade

A publicidade como meio de disseminação de padrões de consumo que caracterizam a Sociedade de Consumo atual, assim é realizada, em razão da vulnerabilidade apresentada pelo consumidor e cidadão, conforme tratado no primeiro capítulo desta pesquisa. Assim, se

¹⁷⁷ Técnicas de propaganda. **Portal dos Consumidores**. Disponível em: http://www.portaldosconsumidores.com.br/propaganda_enganosa.htm. Acesso em 03 ago. 2008.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

evidencia, que, diante das diversas formas de vulnerabilidade apresentada pelos componentes da Sociedade de Consumo estes ficam expostos às influências ditadas pela força do mercado e, principalmente pelos meios de comunicação em massa. Neste sentido, passar-se-á a análise da publicidade como forma de informar e influenciar os consumidores e cidadãos pertencentes à nova sociedade consumerista.

2.3.1 Informar X Influenciar

A publicidade se exterioriza como um dos meios mais importantes para comunicar aos indivíduos a utilidade e as formas de uso dos produtos e serviços, assim, através do avanço tecnológico dos meios de comunicação é possível colaborar cada vez mais, para que a publicidade chegue aos indivíduos facilitando o processo de escolha deste ou daquele produto/serviço.

Mas é necessária a verificação do desvirtuamento do rumo tomado pela publicidade que distorce seus objetivos iniciais e ao invés de comunicar os atributos dos bens e serviços, formula seu discurso de sedução na construção de estilos de vida, ou seja, padrões de consumo que mudam o comportamento do cidadão, como já verificado no primeiro capítulo deste trabalho e observado nas técnicas descritas acima.¹⁷⁹

A publicidade possui a função de informar sobre os produtos e serviços, assim, está voltada de forma latente na vida das pessoas, mas, muitas vezes acaba tornando os consumidores uma população desinformada. Assim, sem informação não há possibilidade de uma avaliação crítica dos produtos e serviços oferecidos, dos preços praticados, do desperdício crescente. Sem saber como o produto ou o serviço foi projetado, produzido, como deve ser usado e eventualmente descartado, não há consumo responsável, mas não é esta a preocupação dos publicitários.¹⁸⁰

Impende lembrar, ainda, o real papel da publicidade, como instrumentos que materializam nosso direito à informação, no caso informando sobre os atributos e condições de comercialização dos bens e serviços, ao invés de uma manipulação de valores, crenças e

¹⁷⁹ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

¹⁸⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito material** (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

mitos. As tecnologias e a criatividade dos especialistas do setor podem e devem contribuir na construção das peças de campanhas, mas o que não se deve perder como foco é que o principal objetivo da publicidade e da propaganda é informar o cidadão sobre os benefícios dos produtos.

2.3.1.1 Direito à informação

O contexto atual da Sociedade de Consumo, caracterizado pela vulnerabilidade dos consumidores, demonstra a essencialidade de tratamento constitucional específico de tutela ao consumidor. A Constituição de 1988 enuncia alguns artigos. A publicidade é uma atividade de informação, manifestação de pensamento (art. 220), artística, de comunicação e de conteúdo intelectual (inciso IX, art. 5º), portanto, a Constituição permite certa liberdade, que acaba abrindo discussão entre os doutrinadores a respeito do fundamento de sua regulamentação, Nery Júnior entende que nada há de inconstitucional em se regulamentar a publicidade:

O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor. O art. 5º. do 'Federal Trade Commission Act', dos EUA, com a Emenda de 1938, já previa o controle da publicidade e nem por isso os Estados Unidos deixaram de ser o país onde mais e melhor se desenvolveu a atividade e a criação publicitária.¹⁸¹

Para que se atinja a real proteção do consumidor, deve existir a regulamentação da publicidade. No âmbito nacional, nossa Constituição Federal, além de expressamente prever a defesa do consumidor no elenco dos direitos fundamentais (Art. 5º, XXXII), contempla três espécies do direito de informação, que são expostos por Nunes:¹⁸²

a) o direito de informar: a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição (art. 220, *caput*). É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX). No entanto, esse direito não pode

¹⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson, **Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo. Revista de Direito do Consumidor, n. 3, 1992. p. 67.

¹⁸² NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito material** (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

transpor os limites da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X);

b) o direito de se informar: é assegurado a todos o acesso à informação (art. 5º, XIV). Uma vez exercido o direito de informar, a informação torna-se pública, daí decorrendo o direito de todos receberem-na e exigirem-na. Todavia, o acesso à informação não é absoluto, encontrando limites no próprio inciso XIV, ("resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional") e no inciso X retrocitado. Quando se trata de informação relativa à própria pessoa, a Constituição garante-lhe o *habeas data* (art. 5º, LXXII) na hipótese de direito líquido e certo de conhecer e/ou retificar a informação existente em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

c) o direito de ser informado: esse direito nasce sempre do dever que alguém tem de informar. A Constituição trata, basicamente, do dever de informar dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII e art. 37). No que tange ao dever de informar das pessoas em geral e das pessoas jurídicas com natureza jurídica privada, é o Código de Defesa do Consumidor que estabelece tal obrigatoriedade ao fornecedor.

Para uma melhor compreensão do que são esses direitos, imperiosa, entretanto, se faz uma breve explanação do entendimento de Filomeno, sobre o direito à informação, este menciona que o consumidor tem direito expresso de não ser exposto à perigos que atinjam a sua integridade física. E menciona que “[...] em decorrência de tal direito, é que o Código elenca normas que exigem, por exemplo, a devida informação sobre os riscos que produtos e serviços possam apresentar [...]”.¹⁸³

Para o autor citado, “[...] decorre ainda de tal direito o dever de os fornecedores retirarem do mercado produtos e serviços que venham a apresentar riscos à incolumidade de terceiros, alheios à relação de consumo [...] sem falar na indenização cabal”.¹⁸⁴

Resta demonstrado, portanto, que no Código de Defesa do Consumidor, quem consome encontra total respaldo de seus direitos, alicerçados por princípios como o da confiança, da veracidade, da identificação da publicidade, da não abusividade da publicidade, da transparência da fundamentação da publicidade, da regulamentação penal da publicidade, da boa-fé e da vinculação, entre outros¹⁸⁵. Todos esses instrumentos processuais objetivam atingir o equilíbrio da relação de consumo.

¹⁸³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 81.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos Direitos Básicos do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

Por todo o exposto, evidenciado está que o legislador pressupõe que o amplo acesso dos consumidores ao conjunto de informações relativas ao fornecimento e ao contrato a ser celebrado, é condição para o exercício consciente e racional das opções no mercado de consumo e esta informação é o principal instrumento para o consumidor nortear suas decisões no mercado de consumo.

2.3.1.2 Dever de informar

Como retratado acima, intrínseco ao direito de informação está o dever por parte dos anunciantes e fornecedores de informar. A informação, no mercado de consumo, é encontrada em dois momentos, uma informação pré-contratual, quando uma informação que precede (caso da publicidade) ou acompanha o bem de consumo; e posteriormente existe a informação passada no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação, chamada de informação contratual.

A Seção II do Capítulo V relativo à práticas comerciais cuida, basicamente, da informação pré-contratual, vindo a informação contratual regida pelo Capítulo VI, notadamente pelos arts. 46 e 54, §§ 3º e art. 4º, do Código. As duas formas partem de um mesmo objetivo, no sentido de preparar o consumidor para um ato de consumo verdadeiramente consentido, livre, porque fundamentado em informações adequadas.

Este diploma legal parte do reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir.

[...] na Sociedade de Consumo o consumidor é geralmente mal informado. Ele não está habilitado a conhecer a qualidade do bem ofertado no mercado, nem a obter, por seus próprios meios, as informações exatas e essenciais. Sem uma informação útil e completa, o consumidor não pode fazer uma escolha livre. A obrigação que o direito civil impõe ao comprador de informar-se antes de contratar é, na Sociedade de Consumo, irreal.¹⁸⁶

Destarte, somente o consumidor bem informado é um ser apto a ocupar seu espaço na Sociedade de Consumo. Só que essas informações muitas vezes não estão à sua disposição.

¹⁸⁶ NICOLE L'HEREUX, Droit de la consommation apud BENJAMIN, Antonio Hermann de Vasconcellos. Oferta e publicidade. Disponível em: <
http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16356/Oferta_Publicidade.pdf?sequence=1> Acesso em: 24 abr. 2010.

Por outro lado, por melhor que seja a sua escolaridade, não tem ele condições, por si mesmo, de apreender toda a complexidade do mercado.¹⁸⁷

Saliente-se, por fim, que os dados obrigatórios contidos no citado artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor não são taxativos, podendo e devendo ser ampliados de acordo com a especificidade do produto comercializado ou do serviço prestado, cabendo ao fornecedor se valer do bom senso para levar ao consumidor demais informações que repute necessárias para torná-lo um consumidor bem informado e consciente, pois um consumidor com tais características, em última análise, pode se tornar um divulgador daquele produto que busca respeitá-lo, fornecendo ao mesmo todas as informações de que precisa. Assim, existe a obrigatoriedade de que todo e qualquer produto ou serviço tem de respeitar o dever de informar do art. 31.

Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que as informações prestadas devem ser apresentadas em língua portuguesa¹⁸⁸. Mas resta evidente que informações em outras línguas não estão proibidas, mas obrigatoriamente, deverão ser conjugadas, com igual ou maior destaque, a outras em português.

No entendimento de Benjamin, retira-se:

Os produtos e serviços que apresentam informações em língua estrangeira, segundo os próprios profissionais da área, assim o fazem por duas razões básicas: busca-se passar para o consumidor a impressão enganosa de aquisição de um bem importado ou, ao menos, de algo com "qualidade exportação". Facilmente se percebe que a utilização de outros idiomas é fruto de uma prática de marketing (condenável) e não de uma necessidade do mercado. Cabe ressaltar que os fornecedores brasileiros, ao exportar, são extremamente ágeis na colocação das informações exigíveis na língua do país a que se destina o produto. Basta que lembremos as inúmeras vezes em que nos deparamos, nos supermercados brasileiros, com frango congelado totalmente rotulado em árabe (fruto de sobra de exportação).¹⁸⁹

Outrossim, mister destacar que, o Código não faz qualquer distinção entre bens brasileiros e bens importados, isto é, irrelevante a origem do produto, as normas de informação e segurança, têm por referencial o consumidor.

¹⁸⁷ BENJAMIN, Antonio Hermann de Vasconcellos. Oferta e publicidade. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16356/Oferta_Publicidade.pdf?sequence=1> Acesso em: 24 abr. 2010.

¹⁸⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸⁹ BENJAMIN, Antonio Hermann de Vasconcellos. Oferta e publicidade. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16356/Oferta_Publicidade.pdf?sequence=1> Acesso em: 24 abr. 2010.

O Código consumerista determina ainda, algumas informações que, obrigatoriamente, devem constar de produtos ou serviços, entre estas as características dos produtos e serviços, as qualidades, a quantidade, em regra, só do produto, a composição, o preço, a garantia, os prazos de validade, a origem e os riscos. Importa ainda, ressaltar que normas especiais podem ampliar estas informações.

O texto legal não limita ao fabricante o dever de informar, assim, todos os agentes que ofereçam ou apresentem produtos e serviços no mercado têm uma obrigação legal, intransferível, de bem informar o consumidor. Assim, o dever de informar impõe-se a todos os que participam do lançamento do produto ou serviço, desde sua origem, inclusive prepostos e representantes autônomos, um dever solidário, que se demonstra indispensável para eficaz proteção ao consumidor, para que ele não tenha de suportar o ônus desarrazoado de identificar o responsável pela informação, dentre todos os integrantes da respectiva cadeia econômica (produtor, fabricante, importador, distribuidor, comerciante, prestador do serviço).

O dever de informar se realiza quando a informação recebida pelo consumidor típico, preencha alguns requisitos e quando não verificados importa descumprimento do dever de informar. Para Kunisawa, é preciso que a informação recebida pelo consumidor preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade, que estão intimamente interligados.¹⁹⁰

O requisito da adequação diz respeito aos meios de informação utilizados e ao respectivo conteúdo. Os meios e os signos empregados (imagens, palavras e sons), devem ser claros e precisos, além do dever de estarem de acordo com o produto ou o serviço e ter facilidade para serem conhecidos e compreendidos, assim esta informação deve se referir à composição, aos riscos e à periculosidade.¹⁹¹

O Código de Defesa do Consumidor, garante especial na linguagem utilizada nas informações, determinando que o idioma seja em vernáculo e que os termos empregados sejam compatíveis com o consumidor típico destinatário, ainda aquelas informações que envolva riscos ou ônus que devem ser suportados pelo consumidor deverá ser destacada.

Permite-se pela legislação consumerista, a utilização de termos em língua estrangeira, sem risco de infração ao dever de informar, mas essencial que o consumidor típico já tenha conhecimento e esteja familiarizado, como ocorre, por exemplo, no campo da informática, que existe uma universalização de alguns termos em inglês, e suas traduções são pouco expressivas.

¹⁹⁰ KUNISAWA, Viviane Yumy M. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 37, Jan.-Mar., 2001.

¹⁹¹ *Ibidem*.

A suficiência está diretamente ligada à completude e integralidade da informação. A insuficiência é a informação que reduz, de modo proposital, as conseqüências danosas pelo uso do produto, em virtude do estágio ainda incerto do conhecimento científico ou tecnológico, razão que se exige pela legislação a suficiência.¹⁹²

Já a veracidade considera-se o requisito mais importante do dever de informar, e é realizado quando a informação corresponde às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos, a publicidade não verdadeira, ou parcialmente verdadeira, é considerada enganosa e o consumidor tem seu direito de reparação garantido tanto pelo Código de Defesa do Consumidor, quanto pelo art. 1º do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária que estabelece que todo anúncio deve ser "honesto e verdadeiro".¹⁹³

O dever de informar é considerado defeito extrínseco para fins de responsabilização, isto é, o defeito que apresenta insuficiência nas informações relativas à utilização, conservação e vida útil do produto, de acordo com o disposto nos arts. 8º e 9º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, conclui-se que alguns valores vêm sendo modificados através da influência dos meios de comunicação em massa e da publicidade na Sociedade de Consumo, desta forma, o dever de informação é extrapolado e passa apenas a ser uma influência que modifica os valores culturais e sociais, e principalmente os valores políticos, criando novos padrões de consumo, conforme se verificará a seguir.

2.3.2 Influência no comportamento social

Nos dias atuais, os meios de comunicação de massa e a publicidade criam as demandas, orientam os costumes e hábitos da civilização, assim, vão além do papel de divulgar um produto ou lançá-lo no mercado, acabam influenciando o consumidor em criar hábitos, modos de viver e de pensar, além de definir estilos. Neste sentido salienta Barroso:

O papel de destaque da publicidade hoje não é sem relação com a organização do mundo globalizado, no qual a comunicação ascende a um lugar decisivo no circuito produtivo. A eficácia da publicidade, portanto,

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Conselho Nacional de Auto Regulamentação Publicitária. **CONAR**. Disponível em <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

apóia-se na atual organização civilizatória e também no avanço tecnológico que, no caso da imagem, produz novidades cada vez mais sofisticadas.¹⁹⁴

Na sociedade contemporânea, crianças, adolescentes e adultos alteram suas relações intersubjetivas a partir das influências que a mídia e a cultura exercem sobre todos. Surgindo, assim, uma nova produção da subjetividade em função da organização do cotidiano pela mídia.¹⁹⁵

Pezzella traz a caracterização da sociedade contemporânea como influenciadas pelas armadilhas lúdicas:

A sociedade contemporânea caracteriza-se por uma série de circunstâncias e facilidades para o consumo de bens e serviços. Os consumidores, por vezes, não conhecem todos os produtos que são postos à disposição. O desenvolvimento de mecanismos diferenciados para despertar a atenção dos consumidores potenciais tem sido tônica por parte dos fornecedores de bens e serviços.¹⁹⁶

Neste sentido, é de fundamental importância aprofundar as análises da publicidade, pois, além de apresentar uma produção volumosa e constante, tem como projeto influenciar, aumentar o consumo, transformar hábitos. A sociedade atual inova rapidamente em técnicas nas mais variadas áreas tecnológicas, e esse avanço ou, mera alteração de técnicas só é passível de chegar ao conhecimento do grande público consumidor, mediante uma série de técnicas diferentes de divulgação. Os serviços e produtos passam a ser oferecidos das mais variadas maneiras.¹⁹⁷

Destarte, na publicidade, a arte e técnica de promover a venda de produtos e serviços, os especialistas investem, nos sentimentos mais profundos, nos desejos, nos sentimentos de amor, de poder, de segurança, de ansiedade, de esperança, de riqueza fácil, em seus anseios sexuais e em outros que povoam o imaginário das pessoas¹⁹⁸. Assim, o comportamento dos consumidores se afasta da razão pelo adestramento e manipulações do mundo psíquico, efetuado pelos meios de comunicação em massa, verdadeiros persuasores profissionais, que se utilizam da publicidade para atingir os mais profundos e inconscientes desejos dos

¹⁹⁴ BARROSO, Suzana Faleiro. O uso da imagem pela mídia e sua repercussão na subjetividade contemporânea. **Psicologia em Revista**, v.12, n.19. Belo Horizonte, jun. 2006.

¹⁹⁵ SOUZA, Luiz Carlos Carneiro de Faria e. Educação e publicidade. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392000000200004&script=sci_arttext. Acesso em: 21 abr. 2010.

¹⁹⁶ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A eficácia jurídica na defesa do consumidor**: O poder do jogo na publicidade: uma pesquisa de caso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 68.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

consumidores.

Além da venda de produtos, serviços e bens simbólicos, como observa-se nas teorias de Baudrillard,¹⁹⁹ a publicidade demonstra modelos a serem seguidos, apresentando, desta forma, um objetivo explícito, que consiste em oferecer as vantagens de determinados produtos, e um objetivo implícito, por intermédio do qual flui sua ação pedagógica.

Por meio desta ação, a publicidade propõe transmitir valores sociais e pessoais, penetrando, inclusive, no mundo da política e tornando-se um modelo de referência, ao veicular um padrão estético sinalizador de um *status* social, bem como um modelo de cidadania $\frac{3}{4}$ "quem não o ostenta é imediatamente jogado para o campo dos desqualificados para o convívio social, sob a suspeita de marginalidade ou de delinquência, ou simplesmente pela demonstração de incapacidade para o consumo".²⁰⁰

Necessário observar que, se a publicidade e os meios de comunicação de massa, além de transmitir valores sociais e pessoais e de se constituir em modelo de referência, tem ainda a função de demonstração de modelos a serem seguidos, isto é, a apresentação de padrões físicos, estéticos, sensuais, comportamentais, aos quais as pessoas devem se amoldar²⁰¹, ela efetivamente desenvolve uma ação de influência sobre a sociedade.

Mesmo reste evidenciado que a publicidade não invente coisas e que seu discurso e suas representações estão sempre relacionados com o conhecimento que circula na sociedade²⁰², observa-se que "[...] a construção de imagens que valorizam determinado tipo de comportamento, de estilo de vida ou de pessoa é uma forma de regulação social que reproduz padrões mais comumente aceitos".²⁰³

Neste sentido, as idéias dos autores já citados nesta pesquisa (Capítulo I) sobre novos padrões de consumo.

2.3.3 Influência no exercício da cidadania

Inicialmente, convém esclarecer que o conceito e o significado da cidadania não são

¹⁹⁹ BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

²⁰⁰ ABRAMO, H.W. **Cenas juvenis $\frac{3}{4}$ punks e darks no espetáculo urbano**. 1. ed. São Paulo: Página Aberta, 1994. p. 73.

²⁰¹ MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão: a vida pelo vídeo**. 8. ed. São Paulo: Moderna, 1992.

²⁰² SABAT, R. Gênero e sexualidade na pedagogia da mídia. Disponível em: <

<http://revistacmc.espm.br/index.php/revistacmc/article/viewPDFInterstitial/216/177>> Acesso em: 24 abr. 2010.

²⁰³ *Ibidem*.

únicos e universais e estão sempre se ampliando e se modificando para incluir novos direitos, em especial, o “direito a ter direitos”.²⁰⁴

A cidadania é definida pela luta política e pela existência de conflitos reais, podendo sempre incorporar novas aspirações, desejos e interesses, na medida em que esses consigam ser reconhecidos coletivamente.

Desta forma, verifica-se essencial para a construção da cidadania que os cidadãos lutem pela conquista dos direitos definidos por eles próprios como legítimos. Isso faz com que a noção de cidadania se torne mais ampla, incorporando novos elementos, como o direito do consumidor, por exemplo. Assim, surgem novas questões relacionadas ao exercício da cidadania como as atividades de consumo.

De acordo com os bens que se consomem os consumidores optam por uma definição cultural considerada importante para integração e diferenciação sociais. Destarte, consumo e cidadania podem ser pensados de forma conjunta e inseparável, já que ambos são processos culturais e práticas sociais que criam este sentido de pertencimento e identidade.²⁰⁵

Isto se deve ao fato de que num mundo globalizado, onde a própria atividade política foi submetida às regras do mercado, o exercício da cidadania não pode ser desvinculado do consumo.

Nas perspectivas de Canclini, o maior acesso aos bens materiais e simbólicos, é resultado da abertura das fronteiras nacionais, e o problema reside na falta de um exercício global e pleno da cidadania junto com este acesso, porque o processo de globalização vem sendo acompanhado de um crescente desinteresse pelo espaço público e, conseqüentemente, pela participação política.²⁰⁶

Nesta senda, Canclini salienta:

As mudanças socioculturais que estão ocorrendo em todos estes campos podem ser sintetizados [...] um redimensionamento das instituições e dos circuitos de exercício do público: perda de peso dos órgãos locais e nacionais em benefício dos conglomerados empresariais de alcance transacional; [...] a passagem do cidadão como representante de uma opinião pública ao cidadão interessado em desfrutar de uma certa qualidade de vida. Uma das manifestações desta mudança é que as formas argumentativas e críticas de participação dão lugar à fruição de espetáculos nos meios eletrônicos, em que a narração ou simples acumulação de anedotas prevalece sobre a reflexão em torno dos problemas, e a exibição fugaz dos acontecimentos

²⁰⁴ IDEC E INMETRO. **Direitos do consumidor** – Ética no consumo, coleção educação para o consumo responsável, 2002. Disponível em: <www.alana.org.br>. Acesso em: 01 out. 2009.

²⁰⁵ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

²⁰⁶ *Ibidem*.

sobre a sua abordagem estrutural e prolongada.²⁰⁷

Resta evidenciado, desta forma que a política passa a ser submetida às regras do comércio e da publicidade, a participação foi transformada em algo que se consome, deixando esta participação restrita, cada vez mais, a uma elite tecnológico-econômica, detentora dos espaços decisórios e, por isso mesmo, apta a consumir e a produzir produtos culturais mais sofisticados, enquanto a massa se conforma em ser apenas cliente.

Para tanto, há uma preocupação atual diante da influência dos meios de comunicação de massa na Sociedade de Consumo, que, por meio da publicidade, afastam dos consumidores a compreensão da sociedade a que pertencem e desconheçam seus direitos.

Os meios de comunicação de massa criam uma realidade própria para que a sociedade se solidarize e crie novos critérios de julgamento e justiça conforme seus conceitos manipuladores. Estas novas tecnologias no campo da informação agem na capacidade de percepção dos indivíduos e dificultam a representação do mundo pelas atuais categorias mentais.

A influência dos meios de comunicação de massa na Sociedade de Consumo, gera a ameaça da desvalorização das culturas locais e regionais, com mudanças significativas na forma de consumir e na forma de exercer sua cidadania.²⁰⁸

Neste contexto, é reconhecida a atual lógica do mercado que impõe valores e condicionamentos sobre modos de produção e distribuição, acarretando maiores conseqüências sobre conteúdos e natureza da informação. Aqui surgem novos desafios muito mais complexos relacionados à concentração de meios de comunicação, à uniformização e à pobreza dos conteúdos ao desequilíbrio dos fluxos de informação e à falta de diversidade cultural, ao papel regulador dos Estados nos planos nacionais e internacionais e a necessária redefinição de serviço público em termos de informação.

Na sociedade contemporânea, em que se implementou a universalidade de bens, resultam insatisfatórias as opções que em outras épocas tiveram certo êxito, como a do consumo como um lugar de simples satisfação de necessidades utilitárias. Em quase todo tipo de consumo estão claramente presentes um conjunto de dimensões estéticas, de sentidos sociais, antropológicos, que às vezes são ocultados pela publicidade e pela redução da diversidade de significados a uma função única. Quanto à cidadania, efetivamente, muitas vezes ela se opõe ao consumo, como se ser cidadão não fosse uma atividade mais nobre que a satisfação proporcionada pelo

²⁰⁷ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999. p. 52.

²⁰⁸ *Ibidem*.

consumo. Ambas atividades, consumir e ser cidadão, são indispensáveis para a sociedade, sobretudo as democráticas. Se não tivermos consumo, não se completaria o ciclo de produção e não poderíamos sobreviver. Vejo a função dos cidadãos nesses processos de consumo como um conjunto de atos de responsabilidade social através dos quais tratamos de participar dos desenhos da produção e da circulação do consumo.²⁰⁹

Assim, pode-se conceituar os meios de comunicação como instâncias da comunicação em massa, ou seja, a imprensa, o rádio e a televisão em suas acepções públicas, privadas ou comunitárias. São mecanismos que permitem a disseminação em massa de informação, facilitando a construção de consensos sociais, a construção e a reprodução do discurso público e certos níveis de interação, principalmente dos novos meios independentes, alternativos e comunitários.

Os meios de comunicação objetivam a transmissão de informação, entretenimento, conhecimento, opinião, publicidade. Em razão disto, podem ser considerados como espaço de força e poder, capazes de influenciar o comportamento das pessoas. Estas informações, embora sejam essenciais, estão mudando o perfil sócio-cultural do consumidor, diante do fenômeno da globalização.

Neste sentido, Canclini:

Homens e mulheres percebem que muitas das perguntas próprias dos cidadãos – a que lugar pertença e que direitos isso me dá, como posso me informar, quem representa meus interesses – recebem sua resposta mais através do consumo privado de bens e dos meios de comunicação em massa do que nas regras abstratas da democracia ou pela participação coletiva em espaços públicos.²¹⁰

O autor demonstra que o processo de globalização, baseado nos modelos econômicos e políticos neoliberais, estabelece os meios de comunicação de massa como a mais importante forma de consumo da maioria da população, e em decorrência disso, ficam prejudicados os instrumentos de participação política tradicionais, como partidos, sindicatos e movimentos sociais, além da cultura local.

Todos os meios de comunicação (o rádio, a TV e o cinema ou o fax, as TVs a cabo, o celular), passam a funcionar cada vez mais como o espaço público dentro das sociedades globalizadas enfraquecendo as culturas tradicionais. O espaço global assume um papel de

²⁰⁹ Cultura sem fronteiras. Disponível em: <http://www.edusp.com.br/cadleitura/cadleitura_0802_8.asp>. Acesso em: 12 jan. 2010.

²¹⁰ CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001. p. 32.

protagonista diante da gama imensa de informações, fazendo com que a cultura local de diversos países percam força frente à hegemonia econômica e à política de determinados países que impõem seus padrões culturais.²¹¹

O perfil do consumidor diante do fenômeno da globalização e da influência dos meios de comunicação de massa, vem sofrendo significativas transformações, tanto na maneira de consumir como na forma de exercer sua cidadania.

Assim, o cidadão/consumidor, ao escolher produtos e serviços, está definindo a forma de se integrar na sociedade, buscando reconhecimento social ou profissional que transcende um simples ato econômico. Neste sentido, observa-se que o comportamento do consumidor está ligado diretamente ao exercício da cidadania, e que, existe a necessidade de se reinventar a política, para que haja um acompanhamento na evolução do perfil do cidadão. Não pode o Estado continuar mantendo a mesma postura e utilizando-se dos mesmos mecanismos conservadores de interagir com a sociedade.

2.4 Necessidade de limites e formas de controle

A proteção do consumidor tem início em momento anterior ao da realização do contrato de consumo, surge, inicialmente, através das técnicas de estimulação do consumo, quando, de fato, ainda sequer se pode falar em verdadeiro consumo, e sim em expectativa de consumo.

A mais importante destas técnicas de estimulação de consumo é a publicidade, e por esta razão, teve um destaque especial no Código de Defesa do Consumidor. Não podia o legislador, evidentemente, olvidar-se de fenômeno que tamanho impacto tem na vida do consumidor. Assim, quando se fala em controle da publicidade temos que levar em conta o controle da mensagem publicitária.

A fim de que a publicidade não se desvirtue, desequilibrando as relações de consumo entre fornecedores (concorrência desleal, p.ex.), ou entre fornecedores e consumidores (publicidade enganosa ou abusiva), faz-se necessária a sua regulamentação.

Tanto no plano nacional quanto no internacional, o controle legal é realizado de forma pública, nesta seara Benjamin:

²¹¹ LOCATELLI, Lílana. Sociedade de Consumo, globalização e cidadania sob a perspectiva de Canclini. In: OLIVEIRA JUNIOR, Alcebiades de (org.). **Faces do multiculturalismo: Teoria-política e direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 142.

O controle legal é realizado nos planos internacional (por exemplo, o regramento da publicidade de tabaco, sob o guarda-chuva inspirador da OMS), regional (por exemplo, no âmbito da União Européia e do Mercosul) e nacional (por exemplo, o CDC). Embora Estados e Municípios, nos termos do art. 22, XXIX, não tenham competência para legislar sobre publicidade *per se* (= sobre seu conteúdo), podem regular os meios, particularmente os físicos, e forma de veiculação dos anúncios. Assim, por exemplo, é lícito ao Município impor restrições à localização de *outdoors* ou painéis eletrônicos, bem como regerar a afixação de cartazes na cidade.²¹²

Tal competência legislativa permite ao Estado ou Município, dentro do seu poder de polícia, a restrição de anúncios admitidos, que deverá ser realizado na emissão de licença de forma motivada.

Assim, entende-se que o fenômeno publicitário pode ser controlado de três formas: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto.²¹³

Compreende-se que o sistema exclusivamente privado de regulamentação da publicidade, propõe-se a aplicar punições ao agente econômico que descumprir regras do código de ética da categoria, embora suas decisões sejam de cumprimento espontâneo.

Já o sistema exclusivamente estatal vem ao encontro do sistema de regulação privado, como forma de afirmá-lo em razão de que este se verifica insuficiente para coibir as publicidades abusivas ou enganosas. O sistema estatal se faz exclusivamente por intervenção estatal, ou seja, somente o Estado pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las.

O sistema misto é o sistema privado e o sistema legal tem a função de defender interesses dos associados, ou seja, defender os anunciantes à vista de concorrentes desleais, p. ex., enquanto o sistema legal visa a tutela direta do consumidor²¹⁴. Vale dizer que o anunciante que desrespeita uma norma legal relativamente à publicidade, sendo ele associado ao sistema exclusivamente privado, responderá perante os dois sistemas.

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 317.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*.

2.4.1 Controle da publicidade no Brasil

No Brasil, possuímos um sistema misto de controle da publicidade, o sistema privado de autoregulação publicitária no Brasil, nasceu da necessidade de manter a confiança dos consumidores nas mensagens veiculadas. A aplicação para regulação da publicidade é realizada pelo CONAR- Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária através das normas estabelecidas pelo Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária – CBAP, órgão que será tratado em item específico.²¹⁵

O sistema exclusivamente estatal, é resultado da intervenção exclusivamente estatal, assim, o Estado é competente para legislar normas acerca do controle da publicidade e implementá-las.

Chaise ao afirmar que o controle do Brasil é o misto e que este foi adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, diz: “o CONAR sempre foi atuante e que após o advento do CDC (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) continuou exercendo seu papel”.²¹⁶

2.5 Princípios da publicidade

Alguns princípios foram adotados pelo Código de Defesa do Consumidor para a elaboração da publicidade, com vistas á proteção do consumidor, parte mais fraca nas relações consumeristas. Assim, nesta pesquisa serão analisados alguns destes princípios acerca da publicidade com a finalidade de demonstrar que se trata de limites impostos às técnicas publicitárias pela legislação brasileira.

Inicialmente se verificará o conceito de princípio. Bonavides nos fornece a noção de princípio como sendo “[...] onde designa as verdades primeiras”²¹⁷. Todavia, a maioria da doutrina pátria adota o conceito oferecido pelo conspícuo Mello, para quem princípio é, por definição:

²¹⁵ FURLAN, Valéria Cristina Pereira. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias**. São Paulo. Revista de Direito do Consumidor, n. 10, 1994.

²¹⁶ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29.

²¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 228.

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²¹⁸

Existem na doutrina consumerista alguns princípios que se referem exclusivamente à publicidade. Estes têm objetivo específico de garantir a maior efetividade das regras determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor relativas às formas de publicidades utilizadas pelos anunciantes, a fim de proteger a parte mais fraca da relação de consumo, ou seja, o consumidor. Assim, estes serão abordados de forma separada para melhor explicitar suas especificidades.

2.5.1 Princípio da transparência da fundamentação da publicidade

Conexo ao princípio da boa-fé, reconhece-se o princípio da transparência da fundamentação, disposto no art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Este prevê que a publicidade deve conter informações suficientes para esclarecer ao consumidor os elementos básicos que irão fundamentar a eventual formação segura e satisfatória de um contrato que atenda a seus interesses econômicos.

A ausência de informação essencial será sempre interpretada contra o fornecedor, pois é este que tem o dever legal de informar de modo preciso, claro, ostensivo e em língua portuguesa.²¹⁹

Benjamin define tal princípio:

Em conexão com o princípio da inversão do ônus da prova, reconhece-se o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, expresso no art. 36, parágrafo único. É o aperfeiçoamento da teoria do *ad substantiation* dos norte americanos, ou seja, é a exigência que a lei faz que toda mensagem publicitária seja devidamente fundamentada pelos dados fáticos, técnicos e científicos.²²⁰

²¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 230.

²¹⁹ SILVA, José Luiz Toro da. **Noções de Direito do Consumidor**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

²²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 280.

Existe a liberdade em anunciar, mas o consumidor deverá ser sempre respeitado, assim, antes mesmo de veicular o anúncio, o fornecedor deverá manter um estudo com dados técnicos e científicos demonstrando toda a intenção da campanha publicitária, e disponibilizar estes dados para quem interessar.

A informação tornou-se essencial em qualquer atividade humana, incluídas espontaneamente nas relações de consumo, seja a matéria contratual ou não.

Fundamentalmente democrático, o princípio da transparência reconhece que na sociedade o poder não é exercido só no plano da política, mas também na economia. Assim, este princípio é primordial e ganhou relevância no Código de Defesa do Consumidor, pois através deste se controla o abuso do poder econômico, passando-se a exigir visibilidade e lisura nas relações jurídicas de consumo.²²¹

Por todo o exposto, conclui-se que o princípio da transparência, regente no Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível para a qualidade nas condições de serviços, pois através dele é seguida uma postura de consideração ao consumidor.²²²

2.5.2 Princípio da identificação da publicidade

De acordo com o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la, devendo ainda ser imediata e fácil, sem que o consumidor tenha que utilizar capacitação técnica, em razão de sua vulnerabilidade.

Previne-se assim, contra as chamadas publicidades clandestinas, ocultas e subliminares, através da técnica do *Merchandising*, de freqüente utilização em espetáculos, novelas, teatros, ou seja, a aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Busca-se, desta forma, combater as técnicas psicológicas com fins publicitários.²²³

Esclarecendo sobre o conceito de *Merchandising*, Benjamin explica:

O que hoje no Brasil é chamado de *merchandising* nada mais é que uma corruptela da mesma expressão que, em teoria de *marketing*, tem sentido

²²¹ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 68.

²²² *Ibidem*, p. 69.

²²³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 317.

bem diverso. Denomina-se *merchandising* em técnica publicitária (no *marketing* tem significado bem diferente) "a aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca."²²⁴

O fenômeno, embora concebido como nocivo por alguns doutrinadores, deverá se adaptar ao princípio em tela, compatibilizando-se com as regras ditadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Outro “artefato”, diretamente ligado ao princípio da identificação na publicidade é o *teaser*, mensagem que deixa curiosidade e expectativa no consumidor. Segundo o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, *teaser* é a "mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público" (art. 9º, § 2º).

A mensagem através do *teaser* apresenta um maior impacto ao anúncio, ou seja: assegurar um elevado índice de audiência para a campanha de propaganda, mas trazem intrínseco o problema de não se ter a real identificação de seu caráter publicitário.

Pasqualotto ao referir-se sobre a falta e a delonga de informação da publicidade:

[...] não é só o consumidor que pode estar sendo enganado. Também pode haver fraude á lei, pois a falta de identificação possibilita a transgressão de regras como a advertência necessária de restrição ao uso de alguns produtos (cigarros), o horário ou o local de exposição do anúncio (bebidas alcoólicas) ou a proporção de publicidade em relação á programação (rádio e televisão) ou o noticiário e reportagens (jornais e revistas).²²⁵

Para os anunciantes, identificar a publicidade traz falta de credibilidade à mensagem. Desta maneira os anunciantes usam de vários métodos que possam esconder tal identificação. O mesmo autor traduz nos seguintes termos:

A mensagem publicitária então se torna dissimulada ou clandestina, sendo veiculada sem a identificação do anunciante. Por vezes, é confundida propositadamente com uma reportagem, como se fosse matéria editorial de um veículo de comunicação. Outras vezes, é feita a exposição de um produto de forma casual, como se estivesse integrando naturalmente uma cena, na televisão ou no cinema. Com esses procedimentos, não apenas evitam um abalo da credibilidade, como se creditam de um testemunho aparentemente desinteressado do órgão ou do programa que veicula a mensagem sub-reptícia.²²⁶

²²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Teoria da Qualidade. In: **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007 p. 100 -111.

²²⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

²²⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Assim, a publicidade clandestina e a subliminar são meios considerados ilícitos e por isto são vedados pela legislação, isto porque causam dificuldades para que o consumidor obtenha a informação devida da publicidade.

2.5.3 Princípio da vinculação contratual da publicidade

Este princípio está inserido nos arts. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor e traduz que no plano contratual, o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária.²²⁷

A publicidade é um verdadeiro negócio jurídico unilateral, na medida em que obriga o fornecedor a cumprir com a promessa, desde a sua difusão. Assim, prima-se pela preservação da situação de inferioridade do consumidor trata-se especificamente, sobre o fato de que a relação negocial não pode estabelecer benefícios ao fornecedor sem fixar iguais vantagens ao consumidor.

2.5.4 Princípio da veracidade da publicidade

Disposto no § 1º do art. 37 da lei consumerista, informa acerca da adequação entre aquilo que se afirma sobre o produto ou serviço e aquilo que realmente é²²⁸. Desta forma, é necessário que as mensagens publicitárias sejam verdadeiras e respeitem a vulnerabilidade do consumidor.

Assim, o legislador preocupou-se em coibir a publicidade enganosa. Pois sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor à erro, independentemente da vontade do fornecedor, está caracterizada a enganiosidade da publicidade, o que se justifica no fato de que o objetivo é a proteção do consumidor, e não a repressão do comportamento enganoso do fornecedor.

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 317.

²²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 243.

2.5.5 Princípio da não abusividade da publicidade

Este proíbe mensagens que venham agredir os valores sociais do homem, elencado no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe de qualquer forma, dentre outras, a publicidade discriminatória, que incite a violência, que desperte o medo ou a superstição, que se aproveite da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, atinja valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.²²⁹

Os tipos de publicidade abusiva dispostos no artigo são apenas exemplificativos, podendo existir outras formas de abusividade, que serão determinados pelos aplicadores da lei.

2.5.6 Princípio da inversão do ônus da prova

O princípio da inversão do ônus da prova decorre dos princípios da veracidade e da não abusividade da publicidade, bem como do reconhecimento *opis legi*, da vulnerabilidade do consumidor.²³⁰

Este objetiva a facilitação da defesa do consumidor em juízo, cabendo ao fornecedor demonstrar que sua publicidade foi veiculada dentro deste princípio, Bittar expõe:

[...] trata-se, pois, de ação tendente a instruir, ilegitimamente, o consumidor, a respeito de bens ou serviços oferecidos, condicionando o seu comportamento para a respectiva aquisição ou fruição; daí por que se desloca para o patrocinador o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou da comunicação publicitária.²³¹

²²⁹ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34.

²³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 317.

²³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra publicitária**. São Paulo: RT, 1981. p. 73.

Assim, percebe-se que no caso de lesão ao consumidor por publicidade enganosa ou abusiva, deverá o anunciante provar que não teve culpa por tal ato. Isto se deve ao fato do anunciante ser o responsável de forma objetiva.

2.5.7 Princípio da correção do desvio publicitário

Ocorrido o desvio publicitário, além da sua reparação civil, e repressão administrativa e penal, necessário que sejam desfeitos o seu impacto sobre os consumidores, o que se faz através da contrapropaganda.²³²

Nada mais é que uma publicidade obrigatória e adequada que se segue a uma publicidade enganosa ou abusiva, tendo como objetivo apagar a informação inadequada da percepção do consumidor, restaurando dessa forma, a realidade dos fatos.

Isso nos permite vislumbrar que, embora existam princípios que regem a publicidade e uma preocupação atual em torno da publicidade ora como influência, ora como informação, se verifica que por diversas vezes há incidência dos meios de controle para reprimir os abusos que levam os consumidores, partes vulneráveis da relação de consumo, a prejuízos morais e materiais. Assim, no próximo capítulo buscar-se-á a análise de casos que retratam a atual situação da atividade publicitária, além dos limites legais dispostos no Código de Defesa do Consumidor e os limites éticos, dispostos no Código de Autorregulamentação Publicitária.

²³² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 318.

CAPÍTULO III – PUBLICIDADE: OS LIMITES À SUA AUTUAÇÃO E FORMAS DE CONTROLE

Conforme estudado, a crescente aquisição de bens de consumo cada vez mais diversificados, buscando a satisfação das necessidades de aceitação social, de realização pessoal e mesmo de conforto físico, cabe preocupar-se com a influência dos meios de comunicação em massa na Sociedade de Consumo, que, por meio da publicidade, afastam dos consumidores a compreensão da sociedade que pertencem e fazem com que desconheçam seus direitos.

Embora se admita que as informações não possam ser eliminadas pela garantia de livre iniciativa de exploração de qualquer atividade econômica lícita para a produção de bens e serviços, prevista na Constituição Federal Brasileira, é essencial que esta sofra limites para que sejam protegidos os direitos da sociedade brasileira contra os potenciais males causados pela voracidade que caracteriza a lógica mercantilista fortemente hegemônica em nossa sociedade.

Assim, com o objetivo de limitar e como um exemplo de possibilidade de intervenção do Direito na atuação dos meios de comunicação de massa e na publicidade, e conseqüentemente na formação de padrões de consumo, o legislador nacional ocupou-se do Código de Defesa do Consumidor que através da imposição de limites legais, reprimem as publicidades enganosas e abusivas, além do Código de Autorregulamentação Publicitária que apresenta limites éticos que equilibram as relações de consumo e garantem os direitos aos cidadãos brasileiros.

Para tanto, verificar-se-á neste capítulo os parâmetros éticos e legais, uma vez que são de grande relevância para se impor limites aos instrumentos utilizados na difusão das práticas de consumo, como a publicidade, mais do que normas que regulem os interesses comerciais envolvidos, faz-se mister atentar para todos os valores difundidos por meio das técnicas publicitárias.

3.1 Código de defesa do consumidor e publicidade

De acordo com o exposto nos demais capítulos, restou evidente que a matéria de Direito do Consumidor passou a ter relevo especial ao ser consolidado o Código de Defesa do Consumidor, que priorizou a conscientização dos consumidores acerca dos seus direitos e deveres, assim como, os anunciantes, os fabricantes, fornecedores e prestadores de serviços sobre suas obrigações. Necessário assim, a verificação do conceito de consumidor para fins de publicidade e os limites legais impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro aos anunciantes, que através da publicidade, incentivam e divulgam seus produtos e serviços além de criarem novos padrões de consumo.

3.1.1 Conceito de consumidor para fins de publicidade

Toda relação que pode ser caracterizada como de consumo há a incidência do Código de Defesa do Consumidor ou medidas éticas a fim de preservar a incolumidade das partes envolvidas. Desta forma, haverá a relação jurídica de consumo sempre que puder ser identificado em um dos pólos da relação o consumidor, e no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.²³³

Como já tratado nesta pesquisa, foram às modificações das relações de consumo, configuradas pela identificação dos interesses difusos e coletivos e a nova postura em relação à legitimidade ativa que reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, os impulsionadores da necessidade de uma tutela protetiva²³⁴. E com a criação de legislação protetiva específica, foram criados termos que conceituam consumidor e fornecedor.

Cabe salientar que não é tarefa fácil conceituar o consumidor no ordenamento jurídico pátrio, em razão da diversidade de enfoques e diante da realidade vivida pelo indivíduo, que adquire bens e serviços ao mesmo tempo em que se enquadra no contexto econômico e social.²³⁵

²³³ JUNIOR, Alberto do Amaral. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

²³⁴ ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

²³⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

O conceito padrão de consumidor na legislação consumerista, está previsto no art. 2º, e estabelece como sendo consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final. Assim, a discussão doutrinária é quanto a quem seja o destinatário final, a crítica que se faz é que no caso de o consumidor adquirir um insumo e não um produto de consumo, para tanto, a da teoria finalista não aceitar como sendo consumidor, pois não é destinatário final. Já a teoria maximalista aceita, pois o produto foi retirado do mercado.²³⁶

Ainda, numa relação jurídica com um fornecedor, bastará que alguém se posicione como destinatário final de um bem ou serviço, para que saibamos se referir de consumidor. O Estado, grandes empresas ou um só cidadão, quando são destinatários finais de produtos ou serviços, são eles considerados consumidores.²³⁷

Para não gerar dúvidas, o Código enquadra, também, como consumidora a coletividade de pessoas que intervenha absorvendo bens e serviços ou se aprestando para tais absorções, ao tempo em que considera consumidoras as pessoas que estejam sujeitas às práticas comerciais e à proteção contratual. Uma outra equiparação a consumidor é a que o Código reserva à vítima do acidente de consumo, embora não fosse ela a consumidora direta do bem ou do serviço que a atingiu.²³⁸

O Código do Consumidor brasileiro criou também a figura do consumidor por equiparação, como o caso da coletividade de pessoas indetermináveis, parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, a pessoa que é vítima de um acidente de consumo, art. 17 do Código de Defesa do Consumidor,

Além destes casos criou o consumidor por equiparação que se utilizará nesta pesquisa para fins de publicidade, que são aqueles consumidores que não adquiriram ou utilizaram do produto ou serviço, mas foram expostas a uma prática comercial ou contratual abusiva, de acordo com o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Conforma Gama equiparam-se ao consumidor na forma do art. 29 e art. 2, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, “[...] as pessoas expostas à oferta, à publicidade, às práticas comerciais abusivas, às cobranças de dívidas e aos bancos de dados e cadastros dos consumidores, bem como as vítimas dos acidentes de consumo”.²³⁹

²³⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

²³⁷ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 28.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Ibidem*.

Zanardo também, neste sentido, entende que o consumidor equiparado é também a pessoa que foi exposta a uma prática comercial, assim, as práticas comerciais são técnicas, meios de que o fornecedor se utiliza para comercializar, vender, oferecer o seu produto ao consumidor potencial, atingindo a quem se pretende transformar em destinatário final: o consumidor/adquirente.²⁴⁰

Desta forma, conforme demonstrado, o conceito jurídico previsto no art. 2º caput, é denominado pela doutrina como conceito padrão, pois a lei consumerista reconhece outras pessoas como consumidoras denominando-as de consumidores por equiparação.

Deve-se, também, levar em consideração a liberdade em consumir que acaba deixando o consumidor a mercê dos meios de comunicação.

Jefferson assim concebia a liberdade: “Da liberdade, pois, diria que, em toda a plenitude de seu alcance, ela está na ação não obstruída de acordo com nossa vontade, mas a liberdade justa é a ação livre de conformidade com nossa vontade dentro dos limites traçados em torno de nós pelos direitos iguais de outros”.²⁴¹

Martins Filho, que assevera, ainda:

A idéia que as pessoas geralmente têm de liberdade é a de ausência de condicionamentos. ‘Liberdade é fazer o que se quer’, dizem muitos. Ser livre seria estar completamente aberto, a todo momento, para escolher o que se quer, o que se apetece, o que se deseja, sem qualquer limitação moral: ‘Livre para voar’, apregoa o *slogan* publicitário. Essa seria a liberdade total.²⁴²

O problema da liberdade reside nas sucessivas escolhas por bens aparentes, que o degradam, vão forjando vícios, que escravizam o homem, dificultando-lhe, depois, o exercício da liberdade e tornando-o incapaz de aspirar e perseguir bens convenientes à sua natureza.

A pressão da padronização ditada pela sociedade massificada retira a liberdade de escolher, pois os padrões nos vêm impingidos de fora. Ter liberdade não é apenas ter a possibilidade de escolher, mas principalmente escolher bem, tendo em vista os valores que realizam efetivamente o homem.

Hodiernamente, o indivíduo imagina estar exercendo seu direito de liberdade, sendo que, inconscientemente esta na verdade sendo movido pela vontade do fornecedor, que dita o que consumir.

²⁴⁰ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: RT. 1993. p. 263.

²⁴¹ JEFFERSON, Thomas. The Political Writings of Thomas Jefferson. Coleção Os Pensadores, vol. XXIX, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

²⁴² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Reflexões sobre a Liberdade. Revista de Direito Público / ano 1 – n. 4 - abr, maio, jun / 2004.

Lima baliza:

O fenômeno consumerismo é visível tanto nas sociedades industrializadas, quanto nas economias em desenvolvimento. Persegue-se freqüentemente a satisfação de necessidades irreais ou incorretamente hierarquizadas, em função do condicionamento psicológico criado por uma estratégia de produção industrial extremamente dinâmica no oferecimento de novidades.²⁴³

Assim, apesar do entendimento que todo ser humano possui suas próprias opiniões morais, políticas e ideológicas, se percebe que a Sociedade de Consumo o indivíduo possui o atributo da liberdade em seu sentido formal, ou seja, é livre para adquirir esse ou aquele produto, mas, na realidade é orientado por forças sutis em suas escolhas, restando suprimida a autodeterminação individual em função da escolha feita, tudo isso assistido pelo Estado, inclusive, que acaba por conceder excessiva liberdade aos fortes, importando em um esmagamento dos fracos.²⁴⁴

Essa relação entre o consumidor, o Estado e o poder econômico, caracteriza-se pela busca da proteção do pólo mais fraco nas relações de consumo, compatibilizando com o desenvolvimento econômico, harmonizando, assim, os interesses dos partícipes das relações.

Contudo, tal harmonia ainda está longe de ser alcançada. Mesmo com a liberdade assegurada ao consumidor sobre o poder de opção pela contratação, este ainda se encontra submisso ao poder econômico, sofrendo o constrangimento da necessidade de contratar, a fim de que não fique socialmente excluído.

Diante dessas considerações gerais, para se ter conhecimento do conceito de consumidor para fins de publicidade, prioriza-se nesta pesquisa as formas de limites impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de proteção e garantia desta parte.

3.1.2 A publicidade como oferta

O Código Defesa do Consumidor em seus arts. 30 e 35 incluiu a publicidade como oferta, como declaração unilateral de vontade, pré-contratual, que caracteriza o vínculo com o

²⁴³ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 226.

fornecedor e automaticamente proporciona ao consumidor a possibilidade de exigência daquilo que foi anunciado. Diante disto, a partir do momento que anunciante propaga determinado anúncio, automaticamente já estar caracterizada sua obrigação em cumprir aquilo que fora anunciado para o consumidor.

Importa nesta pesquisa a análise da publicidade enganosa e abusiva, pois estas formas foram expressamente vedadas pela legislação protetiva do consumidor, assim, garantindo o direito da parte vulnerável da relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor não regula a publicidade comparativa e a concorrência desleal, medidas utilizadas pelos meios de comunicação e publicidade para influenciar o consumidor, mas verificar-se-á estas outras medidas de proteção em um segundo momento deste capítulo quando se dará atenção especial aos limites éticos impostos à publicidade.

3.1.3 Publicidade enganosa

O Código de Defesa do Consumidor ao referir-se à publicidade enganosa foi bastante amplo, garantindo que o consumidor não seja enganado por uma mentira, ou por meia mentira. Frise-se, por oportuno, que a publicidade enganosa atinge não só o consumidor, mas também a sanidade do mercado. Provoca a distorção no processo decisório do consumidor influenciando assim seu direito, de ordem pública, de escolha de produtos e serviços.²⁴⁵

O sistema protetivo em relação à publicidade enganosa, prescinde que haja prova da enganiosidade real, bastando mera enganiosidade potencial, quando se induz a erro, nas sábias palavras de Benjamin:

[...] é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância seu estado mental, uma vez que a enganiosidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio- como ausência da informação positiva- pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixa de ser enganosa; o standard de enganiosidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idoso, doentes, rurícolas e indígenas são

²⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 326.

particularmente protegidos).²⁴⁶

Resta evidenciado que na caracterização da publicidade enganosa pode não existir a intenção de enganar, a boa ou má-fé são irrelevantes, apenas o induzimento do consumidor, por parte do anunciante, em erro, já configura esta modalidade. Não se exige a intenção de enganar do anunciante, basta somente a veiculação do anúncio enganoso e estará configurada a publicidade enganosa.²⁴⁷

Outrossim, mister destacar que é inexigível que o consumidor tenha sido concretamente enganado, ou tenha havido algum prejuízo, a legislação brasileira avalia dentro do regramento civil, o próprio anúncio e não a mente, ou os benefícios da pessoa que o produziu.

3.1.3.1 Publicidade enganosa por comissão

Disposta no § 1º art. 37 do Código de Defesa do Consumidor é proibida toda mensagem enganosa caracterizada por 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.

Não é a simples veiculação de informações total ou parcialmente falsas que configura a ilicitude da enganabilidade. A presença no anúncio de informações não confirmadas pela experiência dos espectadores não é fator suficiente para a caracterização de publicidade enganosa. É necessário, ainda, que os dados falsos tenham efetivo potencial de indução dos consumidores em erro.²⁴⁸

Desta forma, a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro, independe, assim, que o consumidor tenha de fato sido enganado.

²⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 327.

²⁴⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 91.

²⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 248.

Neste sentido Pasqualotto tem o entendimento seguinte:

A capacidade de indução em erro significa a potencialidade lesiva da mensagem publicitária. É um dado de aferição objetiva, afastado de qualquer consideração de inexistência de má-fé do anunciante. Essa alegação é irrelevante porque não há lugar para o elemento subjetivo. A ilicitude existe, ainda que não haja a intenção de enganar.²⁴⁹

Denota-se que as mensagens publicitárias se tornam enganosas, no momento que o conteúdo da mensagem induza o consumidor em erro.

3.1.3.2 Publicidade enganosa por omissão

O diploma consumerista tratou da questão de forma expressa no parágrafo 3º do art. 37 que existe publicidade enganosa por omissão quando esta deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Ao diferenciar publicidade enganosa por omissão da publicidade enganosa por comissão, Benjamin salienta:

Já indicamos que de duas maneiras manifesta-se a enganabilidade publicitária: ativa ou passivamente. Esta é denominada publicidade enganosa por omissão, e aquela, publicidade enganosa por comissão. Uma (a comissiva) envolve um critério de dever negativo de conteúdo, enquanto a outra (a omissiva) refere-se a um dever positivo de conteúdo.²⁵⁰

Importante destacar que os dados essenciais exigidos pela regra necessitam que a informação apresente tudo aquilo que é indispensável, necessário e importante naquilo que importa à publicidade. Assim, essencial é o elemento que influencie a decisão do consumidor em adquirir determinado produto ou serviço, ou, por se uma novidade da qual o consumidor desconheça, seja diverso ao conhecimento normal do ser humano.

²⁴⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

²⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 333.

3.1.3.4 Alegações expressas e alegações implícitas

Uma mensagem publicitária pode ser enganosa não apenas quando diz expressamente algo capaz de induzir em erro, mas também quando, mesmo não o dizendo claramente, a informação realmente passada difere do significado real da mensagem.²⁵¹

3.1.4 Publicidade abusiva

A publicidade abusiva é disposta no Código de Defesa do consumidor como aquela tendente a desrespeitar valores fundamentais da sociedade, bem como a atingir o consumidor, seja o indivíduo, coletiva ou difusamente considerado, em sua característica fundamental: a dignidade.

Na precisa lição de Benjamin:

O conceito de publicidade abusiva, mais recente que o de publicidade enganosa, deixa, gradativamente, o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do direito do consumidor. O direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso.²⁵²

Grinover ao exemplificar publicidade abusiva explica:

No CDC, [...] a abusividade foi tratada pelo legislador como conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido na construção do caso concreto. Leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana. Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio a violência e a qualquer comportamento discricionário de origem, raça, sexo, cor, idade, da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

²⁵² BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da Qualidade. In: Manual de Direito do consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 100-111.

idoso, da tutela enérgica da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural.²⁵³

Outrossim, mister destacar que a campanha publicitária abusiva não condiz com a vida em sociedade no Estado Democrático de Direito, pois diferencia cidadãos, ofende pessoas e grupos, e se aproveita da ignorância de pessoas. Devem-se priorizar neste campo os princípios da verdade e da dignidade, como valores éticos fundamentais.

Diante da liberdade de comunicação e expressão do pensamento, prevista na Constituição Federal, abre-se discussão sobre a limitação imposta pelo Código de Defesa do Consumidor. Mas tratando-se de hierarquia normativa, ambos dispositivos são previstos na Lei Maior, e, em prol do consumidor, o art. 220, II, e § 4º da Constituição Federal Brasileira, trata especificamente da proteção contra a abusividade da publicidade e esta é considerada técnica de venda e não como o direito fundamental de comunicação e expressão de pensamento. Jacobina quanto ao controle da abusividade da publicidade baliza:

O controle da abusividade da publicidade decorre, aliás, de imposição constitucional, constante no artigo 220, II, e § 4º da Lei Maior. Ali, exige-se que a lei estabeleça os meios que garantam a possibilidade, à pessoa e à família, de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Outrossim, o § 4º restringe a propaganda dos produtos ali elencados (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias) e o art. 221 garante que programação das emissoras de rádio e televisão atenderá ao princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Tudo isso, combinado com o princípio da defesa do consumidor, previsto em diversas passagens da Constituição (ver art. 5º, XXXII, e art. 170, V), dão a necessária fundamentação a tal controle. É preciso lembrar que não existe, no estado de Direito, liberdade fora ou acima do direito. A liberdade é sempre exercida dentro dos limites jurídicos. Se a publicidade não pode se conter dentro dos limites do ordenamento jurídico democrático, há algo errado com a publicidade, não com o ordenamento jurídico.²⁵⁴

Embora seja explícito o Direito Constitucional de liberdade de expressar, deve-se, no entanto, aquele que se expressa principalmente para fim comercial, ter consciência de que o efeito nocivo de caráter moral ou material gera danos que deverão ser responsabilizados. Nesta senda, a regulamentação das questões relacionadas com a publicidade é de grande necessidade, para que se imponham limites às agências e aos anunciantes, ou seja, o Estado contra o setor empresarial privado através de seu poder intervencionista.

²⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 341.

²⁵⁴ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta um rol exemplificativo de publicidades abusivas, dentre estas é abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, quanto a raça, ao sexo, a preferência sexual, a condição social, a nacionalidade, a profissão e quanto as convicções religiosas e políticas.

A publicidade que se utiliza do medo ou superstição para persuadir o consumidor a adquirir o produto ou serviço também é abusiva, bastando que o anúncio utilize-se da persuasão para ser considerado ilegal.

Aquela que incita agressividade também é abusiva e proibida, assim como a publicidade antiambiental, como traduz Benjamin:

O meio ambiente, modernamente, passou a integrar a esfera de preocupação dos consumidores. Já há toda uma linha de produtos "amigos do meio ambiente". Dá-se destaque aos produtos biodegradáveis. Nada mais compreensível, portanto, que incorporar tal visão ambiental ao seio do Código. E abusivo, por exemplo, o anúncio de uma motosserra em que o anunciante a testa em uma área protegida ou contra uma árvore centenária. Isso mesmo que nenhum conteúdo enganoso tenha a publicidade.²⁵⁵

Outro tipo de publicidade abusiva é aquela dirigida aos hipossuficientes. Estes podem ser conceituados como certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas e os moradores da periferia.

A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários. A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária.²⁵⁶

Destarte, qualquer publicidade dirigida à crianças de certa idade são abusivas e em razão disto, o Código dispõe que a publicidade que envolva a criança merece atenção especial.

²⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da Qualidade. In: **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 100-111.

²⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 343.

3.1.5 Parâmetros para aferição de abusividade e enganabilidade

Diante das publicidades enganosas e abusivas utilizadas no cotidiano das empresas que tentam iludir o consumidor a adquirir determinado serviço ou produto, o Código de Defesa do Consumidor determina alguns limites legais, como os já verificados neste capítulo, como forma de proteção dos vulneráveis, mas, algumas manobras publicitárias, desde que não levem o consumidor a erro, podem ser utilizadas, e em razão disto, deve-se ter parâmetros para aferir quando realmente há a abusividade e enganabilidade.

3.1.5.1 Exagero publicitário

A técnica publicitária de utilização de exagero é denominada *puffing*. Contudo, tal exagero não pode induzir o consumidor em erro²⁵⁷. Assim, o exagero publicitário, se for utilizado de forma inofensiva, é admitido e permite a isenção de responsabilidade do fornecedor.

Nessa toada, um dos maiores expoentes no assunto na atualidade, Benjamin assevera:

O Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o disposto no artigo 30, não permite o exagero. Caso o anunciante faça uma afirmação. Uma vez que a afirmação do anunciante, por mais exagerada que seja, preste-se para induzir o consumidor em erro, configura-se a publicidade enganosa. Só a vagueza absoluta e inofensiva do anúncio permite a isenção de responsabilidade do fornecedor. 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 benéfico aos seus negócios, e tal só pode ser pela sua convicção de que alguns consumidores acreditarão na mensagem exagerada.²⁵⁸

Evidencia-se que a lei consumerista só permite a utilização de exagero dos efeitos do princípio da vinculação quando lhe faltar precisão suficiente, mas se este se mostrar capaz de induzir o consumidor em erros ou abusando dos valores sociais, caracteriza-se como

²⁵⁷ CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17.

²⁵⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da Qualidade. In: **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 100-111.

publicidade enganosa ou abusiva, mesmo que não contenha precisão suficiente.²⁵⁹

O Código de Defesa do Consumidor só libera o exagero dos efeitos do princípio da vinculação quando lhe faltar a "precisão suficiente". Exceção como essa não se encontra em referência aos princípios da veracidade e da não-abusividade. Conclui-se, então, que o exagero, mostrando-se capaz de induzir o consumidor em erro ou abusando dos valores sociais, presta-se à caracterização da publicidade enganosa e abusiva, mesmo quando não tiver "precisão suficiente".

3.1.5.2 Ambiguidade

Se um anúncio tem mais de um sentido, é necessário que apenas um destes sentidos seja enganoso para que toda a mensagem passe a ser enganosa e responsabilizada pela esfera jurídica. O anúncio que em seu conteúdo expressar mais de uma interpretação e uma ou ambas levar a enganabilidade, será considerado enganoso. Segundo Benjamin:

Uma única frase pode, realmente, passar, ao mesmo tempo, uma (ou diversas) informação verdadeira e outra (ou diversas) informação enganosa. São as mensagens com sentidos múltiplos. Se um anúncio permite mais de uma interpretação e uma destas é falsa ou capaz de induzir em erro uma porção apreciável da audiência, estamos, então, diante de uma publicidade enganosa. Ou seja, se a mensagem é ambígua, há enganabilidade se um dos seus sentidos é falso e o outro absolutamente verdadeiro.²⁶⁰

Assim, Vasconcellos salienta: “Se um anúncio permite mais de uma interpretação e uma destas é falsa ou capaz de induzir em erro uma porção apreciável da audiência, estamos, então, diante de uma publicidade enganosa”.²⁶¹

Cabe ressaltar que, quando existir a danosidade ao consumidor em qualquer destes casos, haverá a responsabilização penal, de acordo com o disposto no Código de Defesa do Consumidor. O comando penal previsto no art. 66 da legislação, pune quem fizer afirmação falsa ou enganosa, ou quem omitir dados ou informações relevantes e que digam respeito à

²⁵⁹ CENEVIVA, Walter. **Publicidade e Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 120.

²⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da Qualidade. In: **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 100-111.

²⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 335.

natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços, igualmente será punido quem de alguma forma patrocinar a oferta. Mas a responsabilidade não é objeto desta pesquisa, razão pela qual se passará a discorrer sobre o controle privado de regulamentação publicitária, considerado nova e efetiva forma de resolução de conflitos.

3.2 Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e publicidade

Depois de verificados os limites legais impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro que prevê a proibição da publicidade enganosa e abusiva, tratar-se-á nesta pesquisa dos limites éticos, ou seja, analisar-se-á a publicidade ética na visão dos próprios agentes capazes de produzi-las.

3.2.1 Criação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária-CBAP

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária- CBAP- foi estabelecido no final dos anos 70, quando o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda. O Código apresentou como principal função zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor. A idéia brotou naturalmente a partir do modelo inglês e ganhou força pelas mãos de alguns dos maiores nomes da publicidade brasileira.

A autorregulação publicitária é, no Brasil, a mais interessante experiência de disciplina de atividade econômica por iniciativa dos próprios agentes nela envolvidos.²⁶²

Os principais redatores do Código foram Mauro Salles e Caio Domingues, secundados por Petrônio Correa, Luiz Fernando Furquim de Campos e Dionísio Poli, representando respectivamente as agências, os anunciantes e os veículos de comunicação. Foram os três que

²⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 232.

articularam longa e pacientemente o reconhecimento do Código pelas autoridades federais, convencendo-as a engavetar o projeto de censura prévia e confiar que a própria publicidade brasileira era madura o bastante para se autorregular.²⁶³

Resultou em sucesso no Brasil, pois em um curto período de tempo, anunciantes, agências e veículos subordinaram seus interesses comerciais e criativos ao Código, solenemente entronizado durante o III Congresso Brasileiro de Propaganda, em 1978, assim em 05 de maio de 1980 foi editado o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

3.2.2 Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR

Assim, a partir deste código, foi criado no campo privado o CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Esta instituição não-governamental teve sua criação em meados de 1978, através das próprias agências de publicidade, anunciantes e veículos de comunicação, encarregado de fazer valer o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. O Conselho foi fundado por seis entidades, que congregam, em âmbito nacional, os anunciantes, as agências de publicidade e a mídia. São elas: a ABA – Associação Brasileira de Anunciantes, a ABAP – Associação Brasileira de Agências de Publicidade; a ANJ – Associação Nacional de Jornais; a ANER – Associação Nacional de Editores de Revistas; a ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, e a Central de *Outdoor*.

Quanto a sua criação, Correa expõe:

O Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR) foi fundado em 5 de maio de 1980 impulsionado pelo advento do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e, apesar da nomenclatura, de Código como norma legal não se trata, pois o conteúdo do diploma cinge-se apenas a diretrizes à atividade publicitária. Certo que havia sanções, aplicadas por Comissão Nacional, porém, não havia estrutura apta à aplicação dos instrumentos éticos previstos no Código.²⁶⁴

²⁶³ Conselho Nacional de Auto Regulamentação Publicitária. **CONAR**. História. Disponível em <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

²⁶⁴ Petrônio C. Correa. Da auto-regulamentação publicitária: lineamentos de sua introdução no Brasil. In: BRANCO, Renato Castelo et al. **História da propaganda no Brasil**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1990. p. 45.

Quanto à natureza jurídica do Conselho, o artigo 1º de seu estatuto social o denomina como sociedade civil sem fins lucrativos, composta por entidades representativas do ramo publicitário, vale dizer, agências de publicidade, veículos e anunciantes, principal, serão integradas por esses agentes isoladamente, além de entidades de defesa do consumidor. Por conseguinte, a regra da autorregulamentação ou autodisciplina não vincula todos os operadores, limitando-se àqueles que aderem, voluntariamente, a tal modalidade de controle.

Logo, o mesmo é responsável por instaurar processos éticos e promover inúmeras conciliações entre os associados em conflito, além de sua agilidade, tem credibilidade frente à Sociedade de Consumo. O Conselho 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 Conselho recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda, mas, poderá ainda, advertir anunciante e agência.²⁶⁵

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, todos trabalham em regime voluntário.²⁶⁶

A publicidade que contenha anúncios com infração flagrante ao Código, tem sua sustação recomendada de forma liminar aos veículos de comunicação, para tanto o Conselho é capaz de adotar medida liminar de sustação no intervalo de algumas horas a partir do momento em que toma conhecimento da denúncia.

Importante observação é exposta por Pasqualotto "[...] o problema é que as decisões do CONAR são de cumprimento espontâneo. Os estatutos da entidade não lhe outorgam nenhum poder coativo – e, de qualquer modo, esse poder sempre seria limitado, por se tratar de sociedade privada".²⁶⁷

Destarte, percebe-se a deficiência deste sistema, haja vista que o sistema privado de regulamentação, não tendo poder coercitivo e se estendendo somente aos associados, não consegue por fim às mensagens nocivas. De acordo com Nelson Nery Júnior: "O CONAR

²⁶⁵ Conselho Nacional de autorregulamentação publicitária. **CONAR**. História. Disponível em <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 78.

(Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária) podia eticamente tentar retirar de circulação publicidade enganosa ou abusiva, mas não tinha poder de fogo para tanto: Os veículos e os anunciantes não tinham e não têm o dever legal de acatar decisão do CONAR".²⁶⁸

3.2.3 Preceitos básicos da ética publicitária

Alguns preceitos são considerados básicos, pois definem a ética²⁶⁹ publicitária dentro das normas previstas pelo Código de Autorregulamentação Publicitária. É a própria autorregulamentação que declara que seus preceitos devem se respeitadas por todos os que estiverem envolvidos na atividade publicitária, tais como anunciante, a agência de publicidade, o veículo de divulgação, o publicitário, o jornalista e qualquer outro envolvido no processo comunicatório.

Neste sentido Fleury entende:

A auto-regulamentação define princípios gerais que balizam todas as mensagens publicitárias, dentre as quais destaco as que rejeitam a discriminação em todas as suas formas, as que preconizam o respeito às crianças e adolescentes (art. 37), à ecologia, e, ainda, as que garantem a propaganda comparativa realizada em termos objetivos, na certeza que esta técnica proporciona informações que podem ajudar o consumidor a exercer melhor o direito de escolha. Além desses princípios gerais, o Código de Auto-regulamentação Publicitária prescreve normas éticas específicas para 20 categorias de anúncios de produtos e serviços, tais como: alimentos, bebidas alcoólicas, medicamentos de venda livre, veículos motorizados e outros.²⁷⁰

Primeiramente o Código citado dispõe que todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país; caracteriza ainda, como honesto o anúncio que se realiza de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento, nem beneficiar de sua credibilidade. E verdadeiro é aquele que tenha por base

²⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. Revista de Direito do Consumidor, n. 3, 1992. p. 66.

²⁶⁹ O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-CONAR-, conforme infere-se de seu Estatuto, adota a concepção de “princípios éticos” como aqueles princípios reguladores da atividade publicitária –criados por este conselho, os quais não têm força de lei e estabelecem regras morais mínimas de conduta neste ramo de atividade, aos seus associados.

²⁷⁰ FLEURY FILHO, Luiz Antonio. Cidadãos responsáveis, consumidores conscientes. In: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Disponível em <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

dados da realidade, assim, por exemplo as descrições ou comparações apresentadas no anúncio devem estar relacionados com fatos ou com dados baseados em provas reais.

O Código declara que o anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais, desta forma, a publicidade será respeitável quando proteger a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social, as instituições, os símbolos nacionais, as autoridades instituídas e o núcleo familiar, assim, percebe-se que o Código está em acordo com os ditames constitucionais, pois é um defensor dos direitos fundamentais.²⁷¹

O medo, superstição e violência são temas de anúncios que também não se permite a veiculação, mas o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária permite a utilização do medo para aqueles anúncios que apresentem motivo socialmente relevante ou plausível a razão que o justifique.

Expressamente se proíbe o descaso pela segurança e pela prevenção de acidentes com alguns produtos e serviços. Ainda prescreve o código de autorregulamentação normas protetivas às crianças, jovens, meio ambiente e patrimônio cultural.

Ainda, deve-se ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor; deve respeitar o princípio da leal concorrência e; deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.²⁷²

Destarte, o Código ético que limita a ação dos publicitários que são os responsáveis pelas mudanças ocorridas nos padrões de consumo através dos meios de comunicação em massa, apresenta regras conscientes que servem de parâmetro para se aferir a enganosidade e a abusividade do anúncio publicitário.

3.2.4 Publicidade comparativa

O Código de Defesa do Consumidor não tratou da publicidade comparativa, isto é, deixou a mercê de entendimento posterior o julgamento de sua procedência. A publicidade comparativa é aquela que os anunciantes comparam seus produtos através dos elementos essenciais e verificáveis do produto ou serviço, ou seja, o conteúdo desta forma de

²⁷¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁷² *Ibidem*, p. 460.

publicidade tem de ser absolutamente objetivo, não se admitindo a comparação que seja excessivamente geral.²⁷³

Contudo, a publicidade comparativa de forma objetiva, é admitida. Sendo inadmissível a abusividade e enganosidade, mais principalmente, inadmissível a publicidade comparativa sobre características subjetivas.

Segundo diz, para Siqueira a publicidade comparativa pode ser definida como “aquela na qual o anunciante, com o intuito de promover a implementação do consumo de seus produtos, coloca em contraposição determinadas características de produtos concorrentes, de modo a demonstrar aos consumidores algum tipo de superioridade de seu produto em relação aos demais”.²⁷⁴

O Código de Autorregulamentação Publicitária dispõe sobre a publicidade comparativa através de seu art. 32, este artigo dispõe das condições que devem ser observadas para que se possa utilizar a comparação.

Os princípios e limites são os seguintes:

- a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.²⁷⁵

Conclui-se, desta forma que quando a publicidade comparativa for subjetiva e não atender aos limites éticos previstos será alvo de regulação e punição dos anunciantes.

²⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 305.

²⁷⁴ SIQUEIRA, Ricardo Lagreca. **A publicidade comparativa no Brasil e no direito comparado**. Rev. do Direito do Consumidor, São Paulo, n. 28, 1998.

²⁷⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 462.

3.3 Controle público X controle privado

Diversos limites são impostos na tentativa de regradar a publicidade e impor respeito aos valores primordiais do ser humano, assim, depois de verificada as duas óticas de regulação da publicidade, ou seja, na seara jurídica, através das normas impostas pelo Código de Defesa do Consumidor; e na seara ética, com ditames do Código de Autorregulamentação Publicitária, propõe-se neste trabalho de pesquisa a análise de algumas decisões dos Tribunais Brasileiros sobre a publicidade enganosa e abusiva e das decisões éticas do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

3.3.1 Análise da aplicação da lei acerca da publicidade no Brasil

Os limites legais impostos pelo Código de Defesa do Consumidor são aplicados pelos Tribunais Brasileiros como forma de se regular a prática da publicidade enganosa e abusiva, maneiras de induzir o consumidor/cidadão ao consumismo extremo, sem ter consciência dos prejuízos e/ou malefícios que o produto ou serviço possam causar, assim, se propõe nesta pesquisa abordar algumas decisões que condenam e/ou inibem a publicidade enganosa e abusiva.

a) Publicidade enganosa

Através do acórdão dos Juízes de Direito integrantes da Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul entre estes a Relatora Dra. Fernanda Carravetta Vilande, Dra. Leila Vani Pandolfo Machado e Dr. Afif Jorge Simoes Neto, foi constatado:

CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. VÍCIO DO PRODUTO. PROVA DOCUMENTAL QUE DEMONSTRA A PUBLICIDADE ENGANOSA, CAPAZ DE INDUZIR O CONSUMIDOR EM ERRO. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR. DEVER DE RESTITUIÇÃO

DOS VALORES PAGOS. DANO MORAL CONFIGURADO, PELO CARÁTER DISSUASÓRIO DO INSTITUTO. RECURSO PROVIDO.²⁷⁶

O caso apresenta a hipótese de publicidade enganosa, no qual o autor, confiando no produto anunciado no *site* da empresa Ponto Frio Comercio Eletrônico S/A, adquiriu uma cama box, com colchão acoplado, enquanto tal se apresentou desacompanhado do colchão, assim tomou conhecimento, apenas na entrega, de que não se tratava de bem semelhante ao ofertado.

Nos termos do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva, considerando-se como tal:

[...] 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.²⁷⁷

Nesta ocasião foi detectada a indução em erro do consumidor, que acreditou estar comprando um produto, ou seja a cama Box, com colchão acoplado, sendo que esta não acompanhava o colchão, restando evidente a caracterização da publicidade enganosa, que apenas exige-se o induzimento do consumidor, independente da intenção boa ou má parte do anunciante. Tendo sido veiculado, esta já incide na enganabilidade publicitária.

Assim, diante da ação indenizatória, em que a parte autora postulou a condenação da ré à restituição do valor pago pelo produto adquirido, o qual não apresentava consonância com as especificações da publicidade, a empresa foi condenada à restituição do valor pago pelo produto, mediante a devolução deste.

Decisão efetivada também como forma de limitar a publicidade enganosa foi acordada pelos juízes de direito integrantes da Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul. Participaram do julgamento, Dr. Luis Francisco Franco, como relator, o Dr. Ricardo Torres Hermann, como presidente e a Dr.^a Thais Coutinho de Oliveira.

Segue a ementa:

²⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Tj**. Recurso Cível n. 71002571875. Ementa. Fernanda Carravetta Vilande. Porto Alegre, 28 de julho de 2010. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Tj**. Recurso Cível n. 71002571875. Ementa. Fernanda Carravetta Vilande. Porto Alegre, 28 de julho de 2010. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. CUMPRIMENTO DE OFERTA. AQUISIÇÃO DE AUTOMÓVEL. CATÁLOGO QUE INDUZ O CONSUMIDOR A ERRO. VIDROS ELÉTRICOS AUSENTES NAS PORTAS TRASEIRAS. APLICAÇÃO DOS ARTS. 30, 31, 35 E 37, DO CDC.²⁷⁸

A ação interposta pelo consumidor, requer o cumprimento da oferta veiculada pelas empresas (concessionária e fabricante) e contratada no momento da aquisição de automóvel, ou seja, vidros elétricos nas portas dianteiras e traseiras do veículo. Em análise aos documentos referentes da publicidade do veículo adquirido pelo consumidor, constatou-se que de fato, não havia qualquer informação acerca da restrição do opcional ser exclusivo das portas dianteiras do veículo, o que certamente induziu o consumidor em erro.

As empresas alegam a inexistência de publicidade enganosa, informando que, muito embora no item “kit class” conste genericamente a expressão “vidros elétricos”, a informação é completada pelo item “outros equipamentos”, onde consta expressamente que o acessório, na versão 1.0, é exclusivo para portas dianteiras.²⁷⁹

Na sentença, o pedido foi julgado procedente. As rés foram condenadas, solidariamente, a instalarem no veículo do requerente os vidros traseiros elétricos.

Desta forma, obteve-se a decisão: “O recurso não merece provimento, a sentença merece ser confirmada por seus próprios fundamentos, o que se faz na forma do disposto no art. 46, da Lei nº 9.099/95, com os acréscimos constantes da ementa que integra este acórdão”.²⁸⁰

Assim, aplicou-se devidamente os arts. 30, 31, 35 e 37, do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, visto que tais previsões legais regulamentam além da necessidade de a oferta conter informações claras, o direito de o consumidor exigir o cumprimento da oferta, bem como a vedação da prática de publicidade enganosa.

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tj. Recurso inominado n. 71002374353. Ementa. Luis Francisco Franco. Porto Alegre, 26 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tj. Recurso inominado n. 71002374353. Ementa. Luis Francisco Franco. Porto Alegre, 26 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

²⁸⁰ Ibidem.

b) Publicidade abusiva e enganosa

Outro caso retrata os limites legais impostos à publicidade. Da apelação civil, foi acordado de forma unânime pelos Juizes de Direito integrantes da Décima Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul entre estes o Relator Dálvio Leite Dias Teixeira, o Presidente e Revisor Des. Orlando Heemann Júnior e Des. Jorge Luiz Lopes do Canto o que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RESCISÃO DE CONTRATO. DIREITO DO CONSUMIDOR. PRODUTO NOCIVO À SAÚDE E SEGURANÇA. INFORMAÇÃO INSUFICIENTE. CONDUTA CONTRATUAL ABUSIVA E ENGANOSA.

- A prova dos autos não deixa dúvidas acerca da conduta enganosa e abusiva da empresa requerida na colocação e venda do seu produto no mercado. Ausência de insurgência da apelante quanto à inversão do ônus da prova no processo. Art. 6º, inc. VIII, CDC.

- Conduta atentatória a diversos direitos do consumidor. Art. 6º, CDC. Direito à proteção da vida, saúde e segurança (inc. I). Direito à informação adequada e clara (inc. III). Direito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (inc. IV).

- Caso concreto. Prova suficiente a demonstrar que o produto vendido ao consumidor causou problemas à sua saúde. Importante notar, ainda, que a hipótese dos autos apresenta notável agravante, pois o produto em tela foi vendido sob a promessa de melhora à saúde do consumidor. E se o fornecedor se utiliza justamente de promessas de contribuição e melhora à saúde do consumidor para vender o seu produto e, posteriormente, esse mesmo produto se mostra, ao contrário, nocivo à sua saúde, fica configurada com evidência a sua conduta enganosa e abusiva. Nesse contexto, o consumidor é claramente induzido em erro pelo fornecedor, que desvirtua informações sobre o produto para conseguir a sua venda. Mantido o deferimento do pedido do consumidor de rescisão do contrato. Inaplicável o prazo do art. 49 do CDC, que trata da hipótese de arrependimento do consumidor. Apelo improvido.²⁸¹

Trata-se de ação por meio da qual o consumidor pretende a rescisão de contrato celebrado com a empresa para a compra de produto que se revelou nocivo à sua saúde.

A jurisprudência foi resultado da apelação interposta por Thermomed – Comércio de Produtos Fisioterápicos Ltda., nos autos da ação de rescisão de contrato com pedido indenizatório movido por Adolfo Pereira Ramos, em face da decisão que julgou parcialmente

²⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tj. Recurso Cível n. 70020637252. Ementa. Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 6 de dezembro de 2007. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 05 ago. 2010.

procedentes os pedidos descritos na inicial declarando a rescisão contratual e determinando a restituição das parcelas já pagas. Assim, reconheceu que a empresa ré não cumpriu devidamente com o seu dever de informação na relação de consumo que estabeleceu com o consumidor que comprou o produto oferecido acreditando que não havia contra-indicações ao seu uso, o que se revelou inverídico pelos fatos comprovados na inicial.

Ao interpor o recurso, a empresa alegou que o consumidor recebeu todas as informações e orientações necessárias à utilização do produto, contrária as declarações relatadas pelo consumidor:

[...] em meados de fevereiro do corrente ano (2006) foi procurado em sua residência para efetuar a compra do produto ‘esteira de massagem Relaxsystem’ através dos vendedores Loreni e Volnei. (...) Ocorre que assim que começou a utilizar o produto em questão, os problemas de saúde seus e de sua esposa agravaram-se, de tal forma que seus médicos lhe aconselharam a devolver a esteira de massagem adquirida, [...].

Restou evidenciado que a prova juntada pelo consumidor não deixa dúvidas acerca da conduta enganosa e abusiva da empresa na colocação e venda do seu produto no mercado. Ainda, evidenciou-se no Tribunal que a empresa não faltou apenas com o dever de informação, sua conduta mostrou-se atentatória a diversos direitos do consumidor.

Verificou-se também o desrespeito direto a, pelo menos, três dos direitos básicos listados no rol do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor:

[...] direito à proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (inc. I); direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (inc. III); e direito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (inc. IV).²⁸²

Os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor garantem que o consumidor não seja exposto a produtos e serviços que ocasionem perigo à sua incolumidade física, proibindo ao fornecedor colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, garantem ainda medidas de proteção à saúde e segurança do consumidor.

²⁸² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

No referido diploma encontra-se artigos que prevêm a exigência de ostensiva e adequada informação sobre os riscos que os produtos ou serviços possam apresentar, e o produto no caso tratado foi vendido sob a promessa de melhora à saúde do consumidor, restando configurada a conduta enganosa e abusiva.

As mensagens contidas no manual utilização demonstram a abusividade e enganosidade por parte do anunciante:

[...] um dos aparelhos fisioterápicos mais completos do mercado”, que cria um “campo magnético que benéficamente age sobre o corpo humano” (sic) trazendo os seguintes benefícios: a) ativação da circulação sangüínea e aumento da oferta de oxigênio para as células; b) diminuição e inclusive detenção de processo cancerígeno; c) aumento dos fatores de defesa orgânica; d) aumento do processo de desintoxicação das células; e) atenuação de dor muscular e regeneração da pele; f) redução de stress, cansaço e dor; g) “aumento da circulação sangüínea” e “maior oxigenação tecidual”; h) “aumento das defesas do corpo (leucócitos, fagócitos, anticorpos, etc.)”; i) “vasodilatação nas arteríolas e capilares”; j) “diminuição dos espasmos do tecido muscular e relaxamento muscular” etc.²⁸³

Percebe-se com isto que o anúncio com a promessa de melhora de sua saúde, é fator determinante para a aquisição do produto e a celebração do contrato, induzindo o consumidor em erro, pois desvirtua informações sobre o produto para conseguir a sua venda. Disposta no art. 37 do Código de defesa do consumidor é proibida toda mensagem enganosa caracterizada por qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta um rol exemplificativo de publicidades abusivas, dentre estas é abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, quanto a raça, ao sexo, a preferência sexual, a condição social, a nacionalidade, a profissão e quanto as convicções religiosas e políticas e o fato de os consumidores que esta empresa procura serem pessoas idosas, com pouca instrução, moradoras de municípios muito pequenos resta demonstrado o desrespeito ao disposto na Lei n.º 8.078/90 em seu art. 39, inc. IV, que veda ao fornecedor de produtos ou serviços “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor,

²⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tj. Recurso Cível n. 70020637252. Ementa. Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 6 de dezembro de 2007. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 05 ago. 2010.

tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.²⁸⁴

Certo e positivado também que o Código de Defesa do Consumidor coíbe a publicidade falsa ou capaz de induzir em erro, tanto por ação quanto por omissão. E que não há necessidade de configuração da enganosidade, basta a potencialidade de enganar.

Assim, outra decisão que demonstra o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça senão vejamos:

Todas as relações de consumo devem se guiar pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor, proibindo-se a publicidade enganosa. Configura publicidade enganosa e abusiva mensagens enviadas à residência do consumidor com informações apelativas e maliciosas, pois ofende sua sensibilidade, expectativas e fragilidade. (Apelação Cível Nº 70018726976, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 11/10/2007) Publicidade enganosa também se configura pela omissão de informações importantes. (Recurso Cível Nº 71001081777, Julgado em 10/05/2007) A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. (Recurso Especial Nº 327.257 - SP 2001/0057239-4, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 22/06/2004).²⁸⁵

Observou-se o caráter imperativo na relação de consumo, sendo possível perceber que a publicidade/oferta tem caráter vinculativo. Nesta senda, destaca-se a decisão do Recurso Especial 595.734 - RS (2003/0167305-1). O caso fático tratava de ação de indenização ajuizada em desfavor da Carrefour Comércio e Indústria Ltda. onde se buscava a reparação por danos morais que teria sofrido, João Batista de Carvalho Vieira pela restrição ilegal na compra de 50 pacotes de café que estariam em promoção. A sentença julgou improcedente.

Na decisão do recurso chama atenção a fundamentação dada pela Ministra Nancy qual seja:

Na ausência de vedação, implícita ou explícita, relativa à quantidade de produtos possíveis de serem adquiridos, os recorrentes deslocaram-se até o estabelecimento comercial do recorrido onde foram impedidos de realizar a compra de cinquenta unidades do produto ofertado. Aferra-se a hipótese, de modo irremediável, à redação do art. 37 do CDC: a publicidade realizada, omissa que foi quanto a possível limitação, induziu o consumidor a erro, fazendo que se deslocasse até o supermercado para

²⁸⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Tj**. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2010.

adquirir a quantidade que desejava do produto ofertado.

De se ressaltar que ilações referentes à motivação íntima do recorrente quando quis adquirir um total de 25 kg de café não tem o condão de afastar o expreso comando legal que resguarda o consumidor contra publicidade enganosa. [...]

De igual forma, não há de se perquirir se houve por parte do recorrido a intenção de ludibriar o consumidor, induzi-lo a erro ou fazê-lo crer ser possível a aquisição do produto na quantia que queria. A omissão, tal qual consignada, impõe a vinculação do comerciante com a oferta.

Dessa forma, tenho por caracterizada a violação ao art. 37 do CDC, o que por certo, dá ensejo à reparação pleiteada pela dicção do art. 6º do mesmo diploma legal (...). (Recurso Especial 595734 / RS, 2003/0167305-1, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 02/08/2005)

Constatou-se que a publicidade se dá nas mais diversas formas, sendo a maioria veiculada através de merchandising, de apelos visuais e de propostas. Existe também a publicidade subliminar, que, embora vedada, ainda é muito presente.

Os pesquisas de casos reais e as decisões de Tribunais Superiores seguem de forma unânime as normas editadas pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicando as penalidades ali previstas quando na veiculação ou edição de publicidade e propaganda se desviam das mesmas. Hoje a jurisprudência é pacífica quanto a aplicação das normas e princípios que regem o direito do consumidor.

Ficou claramente demonstrado que há proteção contra a publicidade enganosa através da legislação e de órgãos não governamentais, embora ainda existam e sempre existirão casos de violação destes princípios.

Para reparar o direito violado, o consumidor ampara-se nas normas do Código de Defesa do Consumidor, lei, criada e sancionada pelo Poder Legislativo, oriunda do Estado, que possui força coercitiva para punir, por meio das sanções que prevê aquele desrespeitar o que ditam suas normas.

As sanções impostas pelo Código de Defesa do Consumidor podem ser tanto de cunho civil, através reparação/indenização material, quanto no penal e administrativo, pelo dever da contrapropaganda.

O Brasil conta com mecanismos efetivos na proteção dos direitos do consumidor, podendo este utilizar-se de vários meios para defesa destes direitos, como o Procon, que visará primeiramente uma conciliação, ou então, o poder jurisdicional do Estado, ingressando com ação civil de indenização em instância ordinária ou sumária (Juizados Especiais Cíveis).

3.3.2 Análise dos princípios éticos aplicados nas decisões do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

De acordo com as normas impostas pelo Código de Autorregulamentação Publicitária, após ser veiculado o anúncio, os serviços de monitoria do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária analisam as possíveis falhas, e se, estas forem detectadas, inicia-se um processo que determinará o exame do anúncio pelo Conselho de Ética, ainda, qualquer pessoa que se sentir ofendida com determinada publicidade poderá dar queixa ao Conselho.²⁸⁶

No processo realizado pelo Conselho, o anunciante e a agência terão prazo formal para oferecer defesa que será anexada ao processo e deste será emitida opinião sobre um relator, escolhido entre os membros do Conselho de Ética, posteriormente será julgado na respectiva Câmara, momento em que o assunto será debatido e levado a votos. Dessa decisão, sempre cabe recurso.

Esta decisão poderá ser uma recomendação que poderá, ainda, determinar a alteração do anúncio ou impedir que ele venha a ser veiculado novamente, ainda é possível propor a Advertência do Anunciante e ou sua Agência e, excepcionalmente, a Divulgação Pública da reprovação do CONAR, ou, poderá ser arquivada se for constatado que o anúncio não fere qualquer dispositivo do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

a) Anúncio dirigido a crianças e jovens

Dentro deste procedimento, uma campanha publicitária da empresa Grendene sobre a “melissinha transparentinha” teve sustada sua veiculação em razão de o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária entendê-lo veiculado com total falta de respeito humano e de respeito à classe dos professores; e, estimulador da prática de atos socialmente condenáveis.

A publicidade, de acordo com relatório do Conselho, tinha o seguinte texto:

²⁸⁶ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Disponível em <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

(Professora) - "Bom dia!" (Classe) - "Bom dia!" (Professora) - "Dona Nina o que é isso? Onde estão os seus sapatos?" (Menina) - "Sabe o que é professora, é que eu estou usando uma nova Melissinha, ela é toda transparente, por isso que a senhora não está vendo, mas ela está aqui, ó." - (Professora) - "Pare com isso se não eu chamo o Diretor, eim." (Professora) - "Agora mostra pro Diretor a sua Me... (Menina) - "...lissinha transparentinha, não é uma gracinha seu Diretor?" - (Diretor) - "Realmente é uma belezinha. A senhora, professora, queira passar na diretoria depois da aula, sim?" - (Locução) - "Melissinha agora vem transparentinha, viu?"²⁸⁷

Este anúncio teria infringido os arts. 1º, 6º e 37 A, F e G do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, pois se baseia na crença de que a menina retratada no anúncio publicitário da melissinha transparentinha "se contrapõe ao comportamento que lhe é recomendado pela mestra, expondo esta última ao ridículo e à presumível e injusta repreensão de seu superior", segundo entendimento de Dr. Edney Narchi, Diretor Executivo da Entidade.²⁸⁸

Em sua defesa a empresa alega que o comercial em questão não fere o disposto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, por ser verdadeiro e em consonância com a nossa realidade econômica, cultural e educacional, por não recorrer a qualquer distorção psicológica da modelo e por impedir a promoção de comportamentos socialmente condenáveis, além disto, se apoiaram na defesa de que a "insubordinação" da personagem aluna é apenas fruto do fato de a professora haver se recusado a participar da brincadeira, sendo evidente que a aluna está disposta a assumir "até o fim" as consequências de seus atos, sendo desconsiderados pelos membros do Conselho, que acertadamente constataram que "o anúncio se posta, no entanto, no limite tolerável pela ética, razão pela qual faz um apelo ao anunciante e à sua agência para que, em sua futura publicidade, não permitam que o aspecto lúdico revelado pelo anúncio desborde para situações deseducativas e reprovadas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária".²⁸⁹

Destarte, ao sustar a veiculação da referida publicidade, a recomendação foi baseada na idéia de que o comercial infringiu o disposto nos artigos do Código de Autorregulamentação Publicitária, pois não foi respeitador, especialmente no que tange à classe dos professores; por não estar em consonância com os objetivos culturais e educacionais do país; e ainda, por estimular o menor a praticar atos socialmente condenáveis.

²⁸⁷ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Caso 14. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁸⁸ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Caso 14. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁸⁹ *Ibidem*.

b) Anúncio contendo discriminação

Outro caso decidido pelo Conar foi realizado através da queixa de entidade cultural assinada pelo Coordenador do Programa de Direitos Humanos e Cíveis - SOS Racismo - do Instituto de Pesquisa das Culturas Negras, apontando o anúncio “Conformem-se, dia 12 de outubro é o dia deles” como discriminatório e capaz de contribuir negativamente para a desejável integração das relações sociais e raciais no Brasil.

O anúncio foi criado pela empresa Claroscuro Publicidade e Promoções Ltda que alegou na defesa, ter procurado um tema muito ligado à infância, e que o anúncio demonstrava brincadeiras que crianças normalmente fazem com suas babás além de apresentar uma homenagem recíproca às crianças, travessas, e às babás compreensivas.

Essa denúncia encontrou fundamento nos arts. 1º, 2º, 3º, 6º, 19 e 20 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, pois “[...] mostrava várias crianças, loiras e morenas claras, tentando pintar o rosto de uma babá negra, amordaçada e amarrada a uma cadeira”.²⁹⁰

O relator Conselheiro Álvaro Gabriel M. Almeida assim desenvolveu o seu entendimento:

"Diz o artigo 2º do capítulo I do CBARP: "Todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir."
"Diz o artigo 20 do Capítulo II do CBARP: "Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação social, política, religiosa ou de nacionalidade".

Segundo relator o anúncio em tela feriu o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, tanto no arts. 2º e 20, quanto em outros do mesmo Código.

Ainda, na defesa a empresa salientou que o anúncio teve por finalidade festejar o dia que, sendo das crianças, também “é do anjo a cujo "carinho" confiamos os seus primeiros anos de vida e formação”.²⁹¹

E o relator constatou:

²⁹⁰ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 14. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁹¹ *Ibidem*.

Se carinho é amarrar o citado anjo, com uma grossa corda de nylon e amordaçá-lo com um pano, vamos rever toda a história da escravidão no Brasil; e chegar à conclusão que a escrava Anastácia não passa de um equívoco, pois tudo o que aconteceu na sua vida não passou de manifestações desenfreadas de amor. Diz-se também que a escolha da modelo Maria Isabel não se deveu ao fato de ser negra e sim por sua envolvente simpatia e irradiante ternura. Credenciou-se a leveza de expressão e a suavidade com que se houve nos testes necessários. Ficou faltando explicar se os modelos lourinhos que completam o anúncio foram escolhidos pela agressividade e pela falta de respeito humano que já se expressa em tão tenra idade.²⁹²

Concluiu-se pela sustação da veiculação do anúncio e foi acolhido por unanimidade pelos membros do Conselho por três motivos. O primeiro, pelo anúncio não respeitar a dignidade humana; o segundo, por não respeitar as diferenciações sociais decorrentes do maior e do menor poder aquisitivo; e o terceiro por, levianamente, amesquinhar toda a atividade publicitária.

c) Anúncio em desacordo com a respeitabilidade

Caso de anúncio que ultrapassou os limites toleráveis e foi analisado e decidido pela suspensão da veiculação tinha o seguinte texto:

- 1.- Um rapaz, de início apresentando forte estrabismo, informando que o anunciante vende o melhor pneu, faz o balanceamento e o alinhamento de rodas com perfeição. Seus olhos ficam normais quando ele afirma, concluindo: "E o alinhamento é num piscar de olhos, viu?" - (Título: "Vesgo").
2. Outro modelo, dislállico, informa com dificuldade que o "rateamento" produzido em automóvel deve-se a problemas com a bateria elétrica. - (Título: "Gago").²⁹³

A representação foi apresentada ao Conar em abaixo-assinado de 58 consumidores, instigados pelo Sr. Pierre Farkasfalvy, de acordo com os arts. 19 e 20 do CBARP.

Na defesa a empresa Rede Zacharias de Pneus e Acessórios Ltda., alegou que:

²⁹² Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 14. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁹³ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 20. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

[...] os comerciais se utilizam de recursos perfeitamente adequados à mensagem, ou seja, o "ratear" de um motor expressado aos "trancos", por uma pessoa gaga, e o desalinhamento das rodas ilustrado por outra, de olhos tortos, sem que com isto pretendesse o anunciante e ou sua agência ofender pessoas portadoras de tais problemas físicos.²⁹⁴

O relator Pedro Renato Eckersdorf teve o seu parecer acolhido pela unanimidade da Câmara, que teve o entendimento de que os anúncios não desrespeitam e ou discriminam portadores daqueles tipos de deficiência, e ainda, diz que o anúncio enaltece as possibilidades reais de comunicação, mostrando ao grande público que mesmo os portadores de deficiências físicas podem, perfeitamente, transmitir as suas idéias e alcançar os seus objetivos, a exemplo das pessoas ditas normais. Desta forma foi recomendado pelo relator o arquivamento do processo, registrando-se tratar de uma publicidade limítrofe, do ponto de vista ético, dando-a como tolerável.

Não satisfeitos, os consumidores insistiram através de recurso ordinário, apelando, no sentido de haver o reconhecimento da ofensa e da discriminação contida nos anúncios.

O relator do recurso Conselheiro Dr. Pedro Kassab teve, também, a sua manifestação acolhida por unanimidade da Câmara Especial de Recurso, mas o seu voto, contrário ao parecer do Relator de 1ª Instância, recomendava a sustação da veiculação dos anúncios. Seu parecer foi:

A nosso ver, a infração existe e procuraremos apoiar nosso parecer em fatos nem sempre levados em conta, mas que constituem uma triste realidade bastante tangível. Queremos referir-nos aos indiscutíveis obstáculos, prejuízos econômicos, discriminações sociais e consequentes frustrações, às vezes irremediáveis e definitivas, a que estão sujeitas as pessoas deficientes ou portadores de quaisquer anomalias. Mesmo quando seus defeitos não causam prejuízos ao bom desempenho das atividades a que se propõem, constituem motivo freqüente para que sejam preteridas. Exames admissionais, tanto em atividades públicas como privadas, raramente deixam de ser influenciados por desvio da normalidade, mesmo que estes não sejam incapacitantes para as atribuições visadas. Essa tendência, quando presente - e, reiteramos, isto se dá com freqüência - transforma em inválido um indivíduo com múltiplas capacidades.²⁹⁵

E continua relatando:

É evidente que as pessoas "normais", ou que aparentam ou têm boa saúde, vezes sem conta, procuram não conviver com "anomalias" ou

²⁹⁴ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 20. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁹⁵ *Ibidem*.

doenças, pelo desconforto que lhes causam e para não serem remotamente perturbadas por fatos que talvez resultem dos males identificados, que desconhecem mas imaginam que possam existir.²⁹⁶

Com base nestas razões, aplicaram a sanção prevista na letra "c" do art. 50 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, pois não duvidaram na ideia de que o anúncio teve intenções de discriminar, desrespeitar e ofender, estando em desacordo com o limite tolerável.

d) Anúncio contendo ofensa religiosa

Veiculado em revistas e outdoors, legendado apenas com a assinatura "UNITED COLORS OF BENETTON", o anúncio mostrava um padre representado por modelo trajando batina e capelo preto e uma freira com hábito e véu branco, se beijando.

Consumidores e católicos ofendidos com a referida publicidade propuseram queixa ao Conar, que, de ofício, denunciou, fundamentou-se nos arts. 1º e 20 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A defesa apresentada ao Conar se apoiou na argumentação:

[...] alegava que o anúncio, embora exibindo o beijo entre dois representantes da religião católica, não sugeriu volúpia, lascívia ou erotismo. Ao contrário, representava a afeição e o carinho em sua acepção mais fraterna. Por isso, não poderia o anúncio constituir ofensa ou desrespeito à Igreja ou aos católicos.²⁹⁷

Esta defesa foi utilizada nas três instâncias, pelas quais passou o referido processo. Em 1ª instância o processo foi relatado no sentido de arquivamento da representação, nos termos do art. 24, nº I, letra "a" do Regimento Interno. Na Câmara Especial de Recursos o voto pela sustação da veiculação dos anúncios e foi acolhida por maioria de votos. O Recurso Extraordinário, levado a julgamento pelo Plenário do Conselho de Ética, o relator Conselheiro Ricardo Rodrigues Pereira promoveu as seguintes conclusões:

²⁹⁶ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 20. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁹⁷ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 28. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

O Brasil tem uma condição ímpar no mundo de pluralidade social, étnica, religiosa e econômica favorável, que o torna um país privilegiado entre os povos. O país nasceu sob o signo da cruz e foi forjado à sombra dos religiosos. A educação dos milhões de brasileiros espalhados por todo o país foi consolidada por centenas de anos, em sua grande maioria, por organizações religiosas. Padres e freiras, de ordens variadas ou seculares, embrenharam-se por este Brasil, oferecendo pão para os espíritos, ensinando a ler e a escrever e, mais que tudo, lutando sempre pela máxima evangélica de amor e respeito ao próximo. As figuras do padre e da freira são familiares a todos os brasileiros e estão geralmente presentes onde se encontram a aflição e a dor nos sanatórios, nas santas casas, nos orfanatos, nos asilos e nos leprosários. Mais do que pessoas, são símbolos vivos da caridade e do desprendimento e a sua marca se encontra nos mais longínquos rincões do país. Sobre eles paira a aura da docilidade, da compreensão e da pureza.²⁹⁸

Ao descrever e reconhecer o trabalho diuturno e anônimo destas figuras que fazem o bem, o relator do Plenário do Conselho de Ética, entende que “desconhecendo ou mesmo menosprezando este valor cultural brasileiro, uma empresa coloca no Brasil uma campanha onde um padre e uma freira se beijam, não se poderia esperar reação diferente da que vimos em todas as partes do Brasil, protestando contra essa agressão à sensibilidade cristã”.²⁹⁹

Assim, restou claro para o referido relator que nada esconde o fato de que tal propaganda agrediu não só os consumidores brasileiros foi além ao utilizar uma comunicação de forma abusiva e incomum, cujo único objetivo foi o de impactar a opinião pública com a mensagem publicitária.

Nesta seara continuou seu parecer:

E não há dúvida que esta campanha publicitária, que utilizou o padre e a freira, atingiu duramente o modo de ser, a educação e o respeito que primam em nosso país. As manifestações internacionais dão conta de que reações diversas aconteceram em outros países. Achamos que é hora de, via Conar, o país mostrar que tem compromissos com a moral, com a verdade e com o respeito aos outros.³⁰⁰

A Constituição Federal dispõe sobre a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, mas, de acordo com o mestre em Direito Penal, E. Magalhães Noronha, citado pelo relator, entende que em um Estado que prima pela liberdade, compreende-se que sejam admissíveis os debates, as críticas, as polêmicas de natureza religiosa, mas sempre permitido ao crente o direito de ser respeitado em sua fé. Uma das formas mais reconhecidas de fundamentação das

²⁹⁸ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 28. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ *Ibidem*.

normas morais é a tradição, coisa que os antigos souberam perceber e nos transmitir através da própria etimologia da palavra.

Assim, relatou o Conselheiro Ricardo Rodrigues Pereira:

Em função disso, é nosso entendimento que o comportamento social de um povo não seria possível sem que houvesse também uma compreensão do meio, no qual ele vive. As regras, leis, instituições, costumes e meios de comunicação, que regulam o comportamento social dos brasileiros, estão incluídos no componente sociológico da cultura, que serve de meio de relacionamento entre o homem e o ambiente físico e assim ajuda a preservação da vida e da nacionalidade.³⁰¹

A decisão final, por maioria de votos, amparada no entendimento de que faltou sensibilidade à empresa anunciante ao utilizar o anúncio do padre e da freira se beijando e que este foi feito de forma abusiva e incomum, sugeriu que fossem aplicadas as hipóteses previstas nas letras "a" e "c", do art. 50, ou seja, a advertência do anunciante e a suspensão da veiculação dos anúncios.

3.4 Abrangência e aplicação das formas de regulação

De acordo com o referido no Capítulo segundo desta pesquisa, acerca dos sistemas de controle, restou demonstrado que o fenômeno publicitário pode ser controlado de três formas: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto, que é a forma de regulação utilizada no Brasil.

Destarte, as decisões tanto dos Tribunais Brasileiros, quanto do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária se mostram efetivos ao limitarem as publicidades que prejudicam e influenciam de forma negativa os consumidores/cidadãos.

Tem-se verificado que as decisões do Conselho de ética são mais efetivos quanto a retirada das publicidades que atingem em cheio o cidadão e sua maneira de exteriorização na sociedade contemporânea. Necessário observar que, se a publicidade, além de transmitir valores sociais e pessoais e de se constituir em modelo de referência, tem ainda a função de demonstração de modelos a serem seguidos, isto é, a apresentação de padrões físicos,

³⁰¹ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 28. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

estéticos, sensuais, comportamentais, aos quais as pessoas devem se amoldar³⁰², ela efetivamente desenvolve uma ação de influência na sociedade, sendo assim, imprescindível a atuação deste sistema privado como meio eficaz de limitar a publicidade.

A atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária tem como metas coibir práticas enganosas ou abusivas na publicidade, defender a liberdade de expressão, dentro de limites éticos, atuando no atendimento de denúncias, apurando, assim, as respectivas responsabilidades. É um organismo não-governamental, composto por anunciantes, editoras, agências publicitárias e outros veículos de comunicação.

Assim, com base em normas próprias, bem como na legislação vigente, o CONAR tem atuado de forma significativa na imposição de limites éticos à atividade publicitária no país. Somente em 2009, foram 343 processos instaurados, sendo 83 pelos próprios consumidores, tendo 268 anúncios sustados³⁰³. A atuação não é de censura, uma vez que as denúncias ocorrem após os anúncios serem exibidos e as decisões não têm força legal. Apesar disso, a efetividade das decisões tem se mostrado muito significativa, sobretudo se comparada ao controle estatal.

Este órgão tem se mostrado atento às práticas publicitárias que visam o público infantil, que difundem práticas ou posturas discriminatórias ou preconceituosas, além de atuar na questão comercial, como concorrência desleal. Denota-se, assim, que constitui um importante aliado, senão o único, na imposição de limites à indústria publicitária e aos seus reflexos na sociedade atual.

Observa-se, assim, que os meios de comunicação contam com poucos limitadores à sua atuação, sobretudo em nome da liberdade de expressão. Ressalta-se, neste sentido, que esta crítica não busca a imposição de qualquer censura, mas destacar a necessidade de se repensar a importância que estes meios têm assumido na formação dos valores de uma dada sociedade e buscar alternativas que resgatem ao cidadão sua história e cultura local, a noção do que lhe é próprio. Isto implica em absorver o novo e o global, sem abrir mão dos valores culturais locais. Como já mencionado, fomentar a idéia da relevância de que outros atores ocupem este cenário, como, por exemplo, da esfera pública, para que possamos difundir valores políticos éticos e consigamos evoluir tanto como cidadãos, como temos evoluído como consumidores.

³⁰² MARCONDES FILHO, C. *Televisão: a vida pelo vídeo*. 8. ed. São Paulo, Ed. Moderna, 1992. p. 77.

³⁰³ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Sociedade e as relações de consumo evoluíram, assim como o movimento pela conquista e aplicação dos direitos consumeristas. Na sociedade atual surge uma nova forma de consumo que vai além da antiga idéia de negócios interpessoais realizados pela igualdade entre consumidor e fornecedor, sendo que as relações de consumo passaram a ganhar foro de universalidade, tornando-se pluripessoais e difusas a partir do industrialismo e das produções em largas escalas, revolucionando os negócios.

Percebe-se que a sociedade atual, também é marcada por padrões de consumo diferenciados que estão diretamente vinculados às transformações culturais verificadas nos últimos anos. Analisaram-se nesta pesquisa alguns destes padrões como o consumo ligado ao simbolismo, verificando que existe um induzimento ao consumismo que se estabelece através do desejo da compra, mesmo de coisas sem necessidades, apenas como conotação simbólica, que prevalece sobre o valor real dos bens. Também se evidenciam nas relações de consumo os novos modos de organização das atividades econômicas, novas maneiras de produzir e vender, de comunicar e distribuir, caracterizando a economia atual como uma novo padrão de consumo.

Como forma de consumir, também se manifesta o padrão que determina a inclusão ou exclusão de determinado indivíduo no grupo social, sendo que o modo como se consome constitui estratégias de distinção no meio social. Neste contexto, também se observou como o consumo e a cidadania estão relacionados, verificando-se que o comportamento do consumidor condiciona a sua capacidade de agir enquanto cidadão, uma vez que a atuação deste está intrinsecamente relacionado às suas fontes de informação e entretenimento. Estas por sua vez consolidam uma lógica individualista, voltada essencialmente para o consumo, relegando para segundo plano a participação política.

Diante destas constatações observadas a partir da atual Sociedade de Consumo, passou-se a reconhecer a figura do consumidor e, sobretudo, de sua vulnerabilidade, exteriorizada pela deficiência educacional, informativa, material e legislativa dessa nova classe, culminando na necessidade do aparecimento de legislações protetivas.

Neste sentido, resta verificada a relevância dos meios de comunicação de massa na consolidação desses novos padrões de consumo, bem como nas demais transformações por

que passa a sociedade. Não se pode negar que o mecanismo de difusão de informações mais acessível aos cidadãos são os meios de comunicação, e a partir destes são construídas novas identidades, difundidas novas culturais e valores morais, criadas novas necessidades e consolidado um novo perfil de cidadão.

Destaca-se, que a publicidade é um dos instrumentos, dentre os meios de comunicação de massa, mais utilizados na disseminação destes padrões de consumo. Identificou-se assim, que a publicidade invade espaços cada vez mais inusitados, estando associada a personalidades, estilos de vida, valores morais e políticos, entre outros. Desta forma, conclui-se que o papel da publicidade neste cenário tem sido influenciar os consumidores/cidadãos na concretização de valores sociais, políticos e culturais que perpassam as práticas de consumo. Mais do que meramente informar acerca de produtos ou serviços.

Embora se admita que tais técnicas não devam ser eliminadas pela garantia de livre iniciativa de exploração de qualquer atividade econômica lícita para a produção de bens e serviços, prevista na Constituição Federal Brasileira, é essencial que esta sofra limites para que sejam protegidos os direitos da sociedade brasileira contra os potenciais males causados pela voracidade que caracteriza a lógica mercantilista fortemente hegemônica em nossa sociedade.

O direito vigente enquanto instrumento técnico posto à disposição de seus operadores, além de apresentar a função primordial de decidibilidade de conflitos, é um instrumento de mobilização social de segmentos dominados ou vulneráveis, como forma de garantir os direitos fundamentais constitucionais e o exercício da cidadania. Para tanto, e com o intuito de limitar quaisquer abusos e como um exemplo de possibilidade de intervenção do Direito na atuação dos meios de comunicação de massa na formação de padrões de consumo, especialmente quando disto decorrem abusos, analisou-se que o fenômeno publicitário pode ser controlado de três formas: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto.

No Brasil, possuímos um sistema misto de controle da publicidade. Assim, os limites são aplicados pelo controle público, através das normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Controle privado, através de decisões que são justificadas em princípios éticos próprios do Código de Autorregulamentação Publicitária, ambos na tentativa de reger a publicidade e impor respeito aos valores primordiais do ser humano. Desta forma, são verificadas as duas óticas de regulação da publicidade, ou seja, na seara pública, através das normas impostas pelo Código de Defesa do Consumidor; e na seara privada, com ditames do Código de Autorregulamentação Publicitária.

Conclui-se quanto à aplicação destas formas de resolução de conflitos presentes na Sociedade de Consumo brasileira que, com base em normas próprias, bem como na legislação vigente, o controle privado tem atuado de maneira significativa como um importante aliado, senão o único, na imposição de limites éticos à indústria publicitária e aos seus reflexos na sociedade atual. Suas decisões, embora sejam de cumprimento espontâneo, têm se mostrado muito respeitadas, sobretudo se comparada ao controle estatal.

Esta conclusão se deve ao fato de que esta pesquisa analisou a influência dos meios de comunicação de massa – publicidade – na criação de novos padrões de consumo, e não no controle de publicidades ilícitas, em razão disto é mais apto a regular situações éticas da sociedade. A seara pública embora proíba a prática da publicidade abusiva, que estaria relacionada com a construção de novos padrões, se preocupa mais com as formas enganosas, que também são prejudiciais e atingem os consumidores na Sociedade de Consumo, mas que não são determinantes na criação de novos padrões de consumo, tema que embasou esta pesquisa.

Assim, verificou-se que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, tem se mostrado atento às práticas publicitárias que visam o público infantil, que difundem práticas ou posturas discriminatórias ou preconceituosas, além de atuar na questão comercial, como concorrência desleal. Além do mais, importa destacar que apesar das normas privadas serem de autorregulamentação, estas espelham uma preocupação social.

Os casos estudados acerca do controle da publicidade no Brasil vêm embasar conclusões acima referidas, sendo que, embora existam limites que são estabelecidos pela esfera pública e privada, apenas o Conselho de Autorregulamentação tem se mostrado um instrumento hábil a coibir a criação de padrões que interfiram na concretização de valores sociais, políticos e culturais e éticos.

Mas, embora tenha se observado com esta pesquisa que existem formas de controle que afastam os consumidores e cidadãos de suas identidades, destaca-se, que esta constatação não pretende que haja a imposição de qualquer censura, mas alertar quanto a necessidade de se repensar a importância que estes meios têm assumido na formação dos valores de uma dada sociedade e buscar alternativas que resgatem ao cidadão sua história e cultura local, a noção do que lhe é próprio. Isto implica em absorver o novo e o global, sem abrir mão dos valores culturais locais. Como já mencionado, fomentar a idéia da relevância de que outros atores ocupem este cenário, como, por exemplo, da esfera pública, para que possamos difundir valores políticos éticos e consigamos evoluir tanto como cidadãos, como temos evoluído como consumidores.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, H.W. **Cenas juvenis ¾ punks e darks no espetáculo urbano**. 1. ed. São Paulo: Ed. Página Aberta Ltda., 1994.

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARRETO, Roberto Menna. **Análise transacional da propaganda**. São Paulo: Summus, 1981.

BARROSO, Suzana Faleiro. O uso da imagem pela mídia e sua repercussão na subjetividade contemporânea . **Psicologia em Revista**. v.12. n.19. Belo Horizonte. jun. 2006.

BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. 1. ed. Lisboa: Edições 70. 2007.

_____. **O sistema dos objetos**. São Paulo: Perspectiva, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Teoria da qualidade. In: **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

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

BONATTTO, Cláudio. **Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOURDIEU, Pierre. Gostos de classe e estilos de vida. In: ORTIZ, Renato (org.). **Bourdieu: coleção grandes cientistas sociais**. Ática: São Paulo, 1983.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Constituição Federal. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo et al. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Tj**. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Tj**. Recurso Cível n. 70020637252. Ementa. Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 6 de dezembro de 2007. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 05 de ago. de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Tj**. Recurso inominado n. 71002374353. Ementa. Luis Francisco Franco. Porto Alegre, 26 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 20 de julho de 2010.

_____. Recurso Cível Nº 70020637252, Décima Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 06/12/2007. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 05 de ago. de 2010.

_____. Recurso Cível Nº 71002571875, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relatora: Fernanda Carravetta Vilande, Julgado em 28/07/2010. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 05 de ago. de 2010.

CÁCERES, Eliana. **Os direitos básicos do consumidor** – uma contribuição. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 10, abr./jun. 1994.

CAVALCANTI, Andrew Patrício. Aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor x o aspecto da invariabilidade do conteúdo dos contratos de adesão. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6276>>. Acesso em: 21 mar. 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000.

CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

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

COELHO, Fábio Ulhoa, **O empresário e os direitos do consumidor**, São Paulo: Saraiva, 1994.

Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **CONAR**. Disponível em <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 15 de jun. de 2010.

_____. História. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 15 de jun. de 2010.

_____. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 14. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 de jul. de 2010.

_____. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 20. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 de jul. de 2010.

_____. Decisões e casos – Cad. 5. Decisões e casos – Cad. 5. Caso 28. CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 30 de jul. de 2010.

CORREA, Petrônio C.. In: **Da auto-regulamentação publicitária**: lineamentos de sua introdução no Brasil. In História da propaganda no Brasil. Renato Castelo Branco et alli (coord.) São Paulo: T. A. Queiroz, 1990.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/socespetaculo.html>> . Acesso em: 12 de abr. de 2010.

DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens**: para uma antropologia do consumo. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: RT. 1993.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FLEURY FILHO, Luiz Antonio. Cidadãos responsáveis, consumidores conscientes. **CONAR**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 15 de jun. de 2010.

FURLAN, Valéria C. P., **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias**, São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 1994.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

IDEC E INMETRO. Direitos do consumidor – Ética no consumo, coleção educação para o consumo responsável, 2002. Disponível em: www.alana.org.br. Acesso em: 01 de out. de 2009.

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

JEFFERSON, Thomas. The Political Writings of Thomas Jefferson. In: **Coleção os pensadores**, vol. XXIX, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

JHALLY, Sut. **Os códigos da publicidade**. Porto: Edições Asa, 1995.

JUNIOR, Alberto do Amaral. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

JUNIOR, José Luiz. O CDC e a necessidade de tutelar a relação de consumo. **Direito Net**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2017/O-CDC-e-a-necessidade-de-tutelar-a-relacao-de-consumo>>. Acesso em: 10 set. 2009.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **Inversão do ônus da prova**: regra de julgamento ou de procedimento? Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 138, ago.2006.

KUNISAWA, Viviane Yumy M. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, vol. 37, Jan.-Mar., 2001.

LIMA, Mônica Morrot. Origem e evolução do movimento consumerista. **Mackenzie**. Disponível em: <http://www.mackenzie-rio.edu.br/pesquisa/cade7/mov_consumerista.doc>. Acesso em: 10 nov. 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

_____; ROUX, Elyette. **O luxo eterno**: da idade do sagrado ao tempo das marcas. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____; SERROY, Jean. **A cultura mundo**. Resposta a uma sociedade desorientada. São Paulo: Edições 70, 2010.

LOCATELLI, Liliana. Sociedade de Consumo, globalização e cidadania sob a perspectiva de Canclini. In: OLIVEIRA JUNIOR, Alcebiades de (org.). **Faces do multiculturalismo**: Teoria-política e direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

MAFFESOLI, Michel **O tempo das tribos**. O declínio do individualismo na sociedade de massas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARCONDES FILHO, C. **Televisão**: a vida pelo vídeo. 8. ed. São Paulo: Ed. Moderna, 1992.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Reflexões sobre a Liberdade. **Revista de Direito Público** / ano 1 – n. 4 - abr, maio, jun / 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 3. 1992.

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

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Paulo. Sociedade de Consumo. Disponível em:
<<http://www.knoow.net/cienceconemp/economia/sociedadedeconsumo.htm>> Acesso em: 01 out. 2009.

PASQUALOTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A eficácia jurídica na defesa do consumidor**: O poder do jogo na publicidade: um pesquisa de caso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Práticas de consumo responsável. Disponível em : http://www.consumoresponsavel.com/wp-content/ncr_fichas/RNCR_Ficha_D3.pdf. Acesso em: 02 de julho de 2010.

RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, p. 16, abr.2006.

SERQUEIRA, Paulo. **Uma reflexão sobre a publicidade para um consumidor cada vez mais consciente**. Porto: Edições Fernando Pessoa, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Luiz Toro da. **Noções de Direito do Consumidor**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SIMONETTI, Thiago Galvão. A Vulnerabilidade como Princípio norteador das relações de consumo. **Fernandes & Fernandes**. São Paulo, 26 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ffadvogados.adv.br/detalhes>>.

SIQUEIRA, Ricardo Lagreca. A publicidade comparativa no Brasil e no Direito Comparado. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 28, 1998.

SOUSA, J. **Elementos de teoria e pesquisa da comunicação e dos media**. Porto: Edições Fernando Pessoa, 2003.

Técnicas de propaganda. Disponível em: http://www.portaldosconsumidores.com.br/propaganda_enganosa.htm. Acesso em 03 de ago. de 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

SOCIEDADE DE CONSUMO E MEIOS DE COMUNICAÇÃO: OS LIMITES E O
CONTROLE À PUBLICIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE
CONSOLIDAÇÃO DE NOVOS PADRÕES DE CONSUMO

RENATA EGERT

Santo Ângelo

2010