

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

ELIANA KAMADA GABRIEL

**OFERTA ELETRÔNICA E PUBLICIDADE ABUSIVA NOS MEIOS
ELETRÔNICOS**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2014**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

ELIANA KAMADA GABRIEL

**OFERTA ELETRÔNICA E PUBLICIDADE ABUSIVA NOS MEIOS
ELETRÔNICOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação da Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

São Paulo

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais, João e Diva, que não mediram esforços para a minha formação.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pois sem Ele nada seria possível.

Agradeço ao meu marido, Dimas, sempre as postos para me levar ou me buscar na PUC (SP), e aos meus filhos, Mirella e Guilherme, pela força, incentivo e compreensão, especialmente nos momentos que não lhes dei atenção, por conta dos estudos.

Agradeço à Dra. Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, pelas aulas iluminadoras e pela orientação na realização deste trabalho. Obrigada Dra. Suzana, por tão generosamente dividir os seus conhecimentos!

“No futuro todos terão seus quinze
minutos de fama.”
Andy Warhol

“No futuro todos teremos quinze minutos
de privacidade.”
Scott Monty

RESUMO

GABRIEL, Eliana Kamada. *Oferta eletrônica e publicidade abusiva nos meios eletrônicos*. 2014. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

Tomando como ponto de partida a publicidade no mercado globalizado de consumo, tema que serve de pano de fundo para o desenvolvimento deste estudo, e ao mesmo tempo refletindo sobre as profundas alterações sociais que iniciaram no Reino Unido, com a Revolução Industrial ocorrida em meados do século XVIII, e culminaram na atual sociedade de consumo globalizada, na qual o marketing desempenha papel fundamental ao criar desejos e influenciar o indivíduo em suas escolhas de consumo, pretende-se verificar se as peças publicitárias veiculadas nos meios eletrônicos obedecem às regras contidas no Código de Defesa do Consumidor e em quais situações elas se relevam abusivas. No plano metodológico, o estudo se orienta pela abordagem dedutivista e a técnica de pesquisa bibliográfica. Quanto à estrutura, a pesquisa contempla cinco capítulos. O primeiro se dedica ao estudo da origem dos direitos e garantias individuais, evolução do conceito de cidadania e proteção constitucional do consumidor, inclusive no âmbito das relações firmadas via web. O segundo capítulo discorre sobre o surgimento dos direitos difusos e coletivos como nova categoria de direitos, cujo objetivo é a tutela dos interesses e direitos que transcendem a esfera individual, pois pertencem à coletividade, como o direito à saúde, ao meio ambiente saudável, à qualidade de vida e à publicidade que respeite os princípios insculpidos no Código de Defesa do Consumidor. O terceiro capítulo analisa a integração do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, norma esta de caráter principiológico, de diretriz de defesa do consumidor e, ainda, de natureza de microssistema, haja vista a sua interação com a legislação civil e com normas de outros ramos do direito. O mercado de consumo, a oferta e os meios eletrônicos, as publicidades abusiva e enganosa e seus desdobramentos, bem como os princípios publicitários que protegem o consumidor internauta serão esmiuçados no quarto capítulo. O quinto capítulo aborda o fenômeno das redes sociais online, as novas modalidades de publicidade que aderem ao ambiente virtual, sem olvidar a abusividade que vem a reboque deste processo, justificando a existência de controles institucionais como o Conar e suas normas de autorregulamentação da publicidade. Por fim, é certo afirmar que o marketing é um produto da sociedade de massa e, como tal, pode se tornar agressivo e violar princípios da publicidade insculpidos no CDC, em especial quando se vale dos meios eletrônicos para veiculação da publicidade, caracterizando em alguns casos a abusividade, seja por invadir a esfera privada do indivíduo, seja por apresentar-se como publicidade velada.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Cidadania. Defesa do consumidor. Direitos difusos e coletivos. Mercado de consumo. Publicidade abusiva.

ABSTRACT

GABRIEL, Eliana Kamada. *Electronic offer and abusive advertising in electronic media*. 2014. 130p. Dissertation (Master in Law)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

Having as a starting point the advertising in the globalized consumer market, theme that serves as a background for developing this study, and at the same time, reflecting on the profound changes in society, that began in the United Kingdom with the Industrial Revolution during the mid-eighteenth century and culminated in the current globalized consumer society, in which marketing plays a fundamental role, by creating desires and influencing individuals in their consumption choices, we intend to investigate whether the advertisements aired on electronic media obey the rules contained in code of Consumer Rights and in what situations they fall abusive. Regards methodology, the study is oriented by deductivist approach and technique of bibliographic research. As for the structure, the research includes five chapters. The first is devoted to the study of the origin of individual rights and guarantees, the evolution of the citizenship and the constitutional protection of consumer, even regarding relations firmated at the web. The second chapter discusses the rise of diffuse and collective rights as a new category of rights, whose goal is the protection of rights and interests that transcend the individual level because they belong to the community and include the right to health, a healthy environment, quality of life and the publicity which respects the principles sculptured in the Code of Consumer Protection. The third chapter discusses about the integration of the Civil Code and the Consumer Protection Code, standard character principle which constitutes a guideline for consumer protection, and has the nature of micro system, given their interaction with civil law and other legal branches. The consumer market, the offer and the electronic media, the abusive and misleading advertising and its consequences, as well as advertising principles that protect the internet user consumer, will be scrutinized in the fourth chapter. The fifth chapter discusses the phenomenon of online social networks, new ways of advertising to the online environment, without forgetting the abusive ways that comes within this process, justifying the existence of institutional control as CONAR and its rules of advertising self-regulation. Finally, it is safe to say that marketing is a product of mass society and, as such, can become aggressive and violate principles of advertising sculptured at the Consumer Defense Code, in particular when wants to earn money with electronic media for broadcasting advertisement, featuring abusiveness in some cases, either by invading the private sphere of the individual, either present as a veiled advertising.

Keywords: Fundamental rights. Consumer Defense. Diffuse and collective rights. Consumer market. Electronic offer. Abusive advertising.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 CAPÍTULO 1 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	16
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVADOS.....	23
1.3 DINAMOGÊNESE – A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	29
1.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CLÁUSULA PÉTREA	31
1.5 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL	37
1.6 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DA INTERNET	39
 CAPÍTULO 2 – DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS	43
2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS.....	43
2.2 DIREITOS DIFUSOS – CONCEITO.....	47
2.3 DIREITOS COLETIVOS <i>STRICTO SENSU</i> – CONCEITO	49
2.4 INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – CONCEITO	50
2.5 CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS.....	52
 CAPÍTULO 3 – A INTEGRAÇÃO CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	56
3.1 A DISCIPLINA JURÍDICA DA OFERTA	56
3.2 A OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	62
3.3 NOVA NOÇÃO DE OFERTA ELETRÔNICA.....	70
3.4 VINCULAÇÃO AOS TERMOS DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	73
 CAPÍTULO 4 – MERCADO DE CONSUMO E PUBLICIDADE	77
4.1 O SURGIMENTO DA MARCA E O MARKETING DA PUBLICIDADE	77
4.2 PUBLICIDADE E PROPAGANDA.....	80
4.3 PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE NO ÂMBITO DO CDC.....	87
4.3.1 Princípio da identificação da publicidade	88

4.3.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade	88
4.3.3 Princípio da veracidade da publicidade	89
4.3.4 Princípio da não abusividade da publicidade	89
4.3.5 Princípio da inversão do ônus da prova	91
4.3.6 Princípio da transparência da fundamentação da publicidade	91
4.3.7 Princípio da correção do desvio publicitário	92
4.3.8 Princípio da lealdade publicitária	93

CAPÍTULO 5 – ABUSIVIDADE NA PUBLICIDADE, MEIOS ELETRÔNICOS E CONTROLE INSTITUCIONAL DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA	94
5.1 PUBLICIDADE ENGANOSA E PUBLICIDADE ABUSIVA.....	94
5.2 MEIOS ELETRÔNICOS E ABUSIVIDADE NA PUBLICIDADE	100
5.3 O FENÔMENO DAS REDES SOCIAIS ONLINE	108
5.4 O FENÔMENO DOS <i>BLOGS</i>	112
5.5 CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA ...	115
5.6 CÓDIGO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.....	116
 CONCLUSÃO	 117
 REFERÊNCIAS.....	 121

INTRODUÇÃO

Sociedade de massa, mercado globalizado de consumo e publicidade constituem a matéria-prima da temática escolhida para o desenvolvimento deste estudo, cujo objeto de análise é a oferta de bens no mercado eletrônico, assim entendidas as plataformas virtuais de negócios, e a publicidade abusiva não raro veiculada nestes ambientes.

Para contextualizar o tema, pode-se afirmar que a atual sociedade de massa teve como precursora a sociedade mercantil, na qual já se registravam práticas de comércio, ainda que inicialmente por intermédio do escambo.

O Período Neolítico teve como consequências o acúmulo de reservas e a sedentarização do homem, que, abandonando a vida nômade, passou a se fixar em locais determinados, nos quais praticava a agricultura e a pecuária.

A Revolução Industrial, que iniciou no Reino Unido em meados do século XVIII, foi responsável por uma grande transformação econômica e social, especialmente com a introdução de maquinários na indústria, a superação da economia eminentemente agrícola e uma nova relação entre capital e trabalho. Mais: com a adoção dos maquinários, a indústria aumentou a produtividade e possibilitou a existência de excedentes.

Pela ótica filosófica, a Revolução Industrial foi prevista por Oscar Wilde, que já vislumbrava uma sociedade em que o trabalho do homem seria substituído pelo trabalho da máquina, permitindo tempo livre para contemplações humanas.

O Período pós-Revolução Industrial registrou um grande crescimento populacional nas cidades, ocasionando aumento de demanda, movimento este observado de perto pelas indústrias, que aproveitaram a oportunidade para incrementar a produção dos bens, agora fabricados em série, num processo denominado “standartização”.

A produção em série ou produção homogeneizada foi o grande trunfo do mercado de consumo na medida em que proporcionou diminuição dos custos, aumento da produção e sensível economia quanto ao preço do produto final, tornando-o acessível a um maior número de pessoas.

Em 1914, nos Estados Unidos da América, Henry Ford criou o sistema fordista de produção, que consistia na fabricação do automóvel Ford em linha de montagem, com o objetivo de baratear o custo final.

Comprovada a eficiência do método, o sistema fordista obteve reconhecimento, disseminou-se para outras fábricas dos mais diversos produtos e acabou considerado um dos responsáveis pela produção de qualidade em larga escala.

Outra importante consequência da industrialização foi o desenvolvimento da marca (*brand*), uma vez que os produtos, cada vez mais iguais devido à fabricação em massa, necessitavam de identificação como diferencial de mercado.

De um modo geral, com o novo ritmo do consumo, a partir da segunda metade do século XX já se começa a falar em “sociedade de massa” em todos os cantos do planeta, dando início à denominada globalização.

A globalização, a propósito, fenômeno social de escala global, caracteriza uma integração de caráter político, social, econômico e cultural entre os mais diversos países. A globalização surgiu como evolução natural do desenvolvimento econômico e representou um avanço para o capitalismo, que se tornou predominante no mundo moderno, com o declínio do socialismo.

O fenômeno da globalização tem o condão de proporcionar uma economia maior na produção dos bens de consumo, pois um produto é elaborado para atender as necessidades de um grande número de pessoas, independentemente do país em que essas pessoas habitem.

Mauro Cappelletti¹, em artigo intitulado “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, apontou como características da sociedade atual a produção e o consumo de massa, que tornam as relações mais complexas e conflitantes em distintas áreas, notadamente no âmbito das relações entre as classes sociais. A complexidade dessas relações, continua o doutrinador, clama pelo direito, no anseio de regular as violações que envolvem grupos, classes, ou seja, trata-se de violações de caráter essencialmente coletivo.

Fator importante para o incremento da chamada economia de massa foi o desenvolvimento da tecnologia de ponta, conhecimento que possibilitou a

¹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 5, jan./mar. 1977. p. 130.

modernização dos maquinários industriais, a potencialização da fabricação dos bens e produtos e, conseqüentemente, a redução do preço final, facilitando, assim, sua aquisição por uma significativa parcela da sociedade.

O consumo de bens e serviços, que inicialmente era incipiente, passou a ter mais espaço na vida do homem. Na década de 1940, o consumo das famílias habitantes das zonas rurais se restringia a produtos como querosene e sal; as demais necessidades eram supridas pela agricultura de subsistência. Não havia energia elétrica nos lares rurais e as residências eram simples, sem qualquer conforto.

Mas foi com o crescente acesso aos bens de consumo proporcionado pela economia de mercado e o desenvolvimento da sociedade de massa que, aos poucos, o homem foi abandonando o costume de seus antepassados e agregando um maior número de produtos e serviços ao seu cotidiano, com vistas a aumentar o seu padrão de conforto e bem-estar.

Se antes se praticava apenas a agricultura de subsistência sem grandes aspirações, com o desenvolvimento da sociedade de massa o consumo passou a ser uma das principais aspirações do homem. Acrescente-se que o objetivo de grande parte dos bens e serviços oferecidos é proporcionar maior bem-estar, menos trabalho na execução das tarefas cotidianas e mais conforto.

Nesse passo, a sociedade capitalista contemporânea se fortaleceu e se impôs de forma definitiva na vida do homem, a tal ponto de ser difícil acreditar que exista no mundo pessoa que não tenha passado por uma experiência de consumo.

A expressão “sociedade de consumo”, que data dos anos 1920, teve sua popularização nos anos 1950-1960 e permanece atual em nossos dias². Todo ser humano é um consumidor em potencial.

Gilles Lipovetsky³ relata que no início dos anos 1990 o semanário L'Express chegou a decretar o fim da sociedade consumo, pois detectou um desinteresse do consumidor pelas marcas, uma crescente observação na evolução dos preços dos produtos e um recuo nas compras por impulso. À época, acreditou-

² LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal* – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 23.

³ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal* – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo, p. 23-24.

se que teria ocorrido uma superação do sistema cultural materialista para alcançar uma nova visão de mundo pós-materialista, na qual não havia espaço para coisas, enfim, uma sociedade informacional. No entanto, se o propalado fim da sociedade de consumo significava um abandono das paixões e da necessidade de consumir, a mencionada crença não prosperou, pois a dinâmica de expansão das necessidades permaneceu e até mesmo se prolongou, carregada de novos significados.

Nesse ínterim, surgem os grandes centros comerciais, cuja principal característica é a exposição dos produtos e uma agressiva política de vendas a preços baixos, colocando em prática a democratização do consumo. Em resposta a todo esse movimento engendrado pelos magazines, com a pretensão de excluir a culpa sobre o ato de consumir, nasce a ideia de compra por prazer, não por necessidade: a compra de bens e produtos não essenciais passa ser um estilo de vida da classe média.⁴

As características básicas da sociedade de consumo são o anonimato de seus atores, a complexidade e a variabilidade de seus bens, o papel essencial do marketing, o crédito e a velocidade de suas transações.⁵

É nesse contexto, de expansão dos anseios, perspectivas e necessidades, que a publicidade desempenha papel fundamental, pois ela é capaz de criar uma expectativa, um desejo, uma necessidade real.

Nessa trilha, o próprio Código de Autorregulamentação publicitária, no artigo 7º, reconhece que “a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população”.

Para atingir esses propósitos, a marca é primordial; toda marca, regra geral, é trabalhada para inserção dos valores que acredita e defende, com o objetivo de repassá-los a seus seguidores ou, pode-se até afirmar, adoradores.

O marketing desempenha papel fundamental na atual sociedade de consumo e toda campanha é elaborada para valorizar a marca, incitar desejos e influenciar o consumidor na escolha de determinado bem, independentemente do preço, que passa a ser irrelevante.

⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal* – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo, p. 31.

⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 347.

O crescente acesso da população aos meios eletrônicos também facilitou a disseminação da cultura do consumo: se antes o consumidor necessitava sair de casa para ter conhecimento das ofertas de bens e serviços, atualmente ele é bombardeado por um sem-número de anúncios de produtos, em distintas situações da vida cotidiana: ao ligar o televisor, ao verificar o e-mail pessoal, ao ligar o computador, ao utilizar algum aplicativo do celular e, por fim, ao acessar as redes sociais, no caso de quem delas participa.

Feitas essas considerações, é chegado o momento de apresentar os propósitos do presente esforço de pesquisa.

Pois bem, o seu objetivo geral é conhecer o fenômeno da publicidade no incremento do consumo para verificar se as peças publicitárias veiculadas nos meios eletrônicos obedecem às regras contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e em quais situações elas se revelam abusivas, identificando o âmbito de seu alcance na sociedade de massa.

Para alcançar esse objetivo será necessário, especificamente: (i) discorrer sobre direitos e garantias fundamentais; (ii) conhecer o conteúdo dos direitos difusos e coletivos; (iii) traçar as linhas que demarcam a integração dos códigos dos diplomas legais civilista e consumerista; (iv) analisar a publicidade no âmbito do mercado de consumo e (v) identificar os órgãos e os instrumentos de controle, imbuídos da tarefa de coibir a publicidade perniciosa no âmbito do mercado eletrônico de consumo.

Quadra mencionar, por oportuno, a relevância teórico-prática da presente pesquisa: teórica porque contribui para o aprofundamento da discussão; prática porque ajuda a lançar luz sobre o novo fenômeno do marketing, que consiste na veiculação da publicidade por intermédio de *spam*, nas redes sociais, bem como a publicidade veiculada camuflada em artigos, reportagens, releases etc., na tentativa de responder se tais práticas se configuram abusivas.

Para enfrentar a tarefa, no plano metodológico, a pesquisa se define como de abordagem dedutiva na medida em que vai buscar no referencial teórico sobre a matéria a resposta para a problemática então definida: a publicidade veiculada nos meios eletrônicos respeita a disciplina do diploma legal consumerista – o Código de Defesa do Consumidor – e em quais situações ela se revela abusiva? Para o

levantamento dos dados, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de dados secundários como livros, artigos, revistas, periódicos, julgados e sites especializados.

Por fim, o estudo se estrutura em cinco capítulos. O primeiro aborda as disposições programáticas e os princípios constitucionais conformadores das ordens econômica e social, os direitos e garantias individuais. O segundo capítulo se dedica ao estudo dos direitos difusos e coletivos como nova categoria de direitos, passando pela inserção do direito do consumidor, a sua proteção constitucional e os reflexos advindos para o mercado de consumo, para a publicidade, enfim, para a moderna sociedade atual. Na sequência, estuda-se a integração entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), aí incluída a noção de oferta eletrônica e sua necessária vinculação à disciplina do código consumerista. O quarto capítulo foca na publicidade e propaganda e na principiologia que norteia a publicidade. Por fim, no último capítulo, entram em cena a abusividade da publicidade, o meio eletrônico, o fenômeno das redes sociais e dos *blogs*, e os instrumentos institucionais como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) e o alcance de suas decisões na fiscalização das publicidades veiculadas nos diversos meios disponíveis.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde os primórdios, o homem tem necessidade de se relacionar com o seu semelhante e viver em agrupamentos, como forma de preservar a própria sobrevivência. A natureza do homem é de animal gregário, hábito herdado dos antigos primatas e reproduzido sem muitas contestações, uma vez que aquele que discordasse do grupo estaria fadado à morte ou à exclusão, própria ou por força de terceiros.

Diferente dos outros animais com os quais convivia, o homem era um ser frágil, sua força e velocidade estavam longe de se igualar às dos animais mais perigosos da selva. No entanto, a convivência em sociedade permitiu o aprimoramento da sua inteligência, tornando-se a espécie dominante da Terra.

José Afonso da Silva⁶ comenta que na sociedade primitiva, gentílica, não havia poder dominante, pois os bens pertenciam a todos e o homem tinha apenas a preocupação de se liberar da opressão do meio natural, isso até o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, como nova forma de opressão e subordinação.

O titular da propriedade territorial se impôs, dominando aqueles que nada possuem, dando origem à escravidão sistemática, diretamente relacionada com a apropriação de bens. Daí foi um passo para o homem enfrentar as opressões sociais, além das impostas pela própria natureza. Esse é, pois, o embrião para a formação do Estado, com poder e aparato necessários para preservar o sistema de apropriação então instituído.

O Estado, primeiramente, nasce da necessidade de dirimir esses conflitos entre os humanos, pois seus visionários instituidores perceberam que deixar a solução dos conflitos nas mãos dos mais fortes poderia, pouco a pouco, destroçar o frágil tecido social que unia suas tribos, naquela época, não muito melhores do que

⁶ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed., revista e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 150.

alcateias, manadas e outros coletivos do reino animal.

A principal causa da formação da sociedade política foi a instituição da propriedade privada e o desejo do homem de preservá-la, motivos estes relevantes para a aceitação de um governo comum. Este governo comum haveria de ser exercido em prol do bem comum e para garantir paz e segurança no desfrute da propriedade.⁷

Nas palavras de John Locke⁸:

Para evitar percalços que perturbam os homens no estado de natureza, estes se unem em sociedade para que a somatória de suas forças reunidas lhes garanta e assegure a propriedade, e para que desfrutem de leis fixas que a limitem, que esclareçam a todos o que lhes pertence. É essa a finalidade de os homens transferirem todo poder que possuem naturalmente à sociedade à qual se filiam [...]; caso contrário, a paz, a propriedade e a tranquilidade continuariam na mesma incerteza em que se encontravam no estado de natureza.

Formada a sociedade, com o passar do tempo foram elaboradas algumas declarações de direitos, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a Lei de Valério Públicola, que proibia penas corporais contra cidadãos que se encontrassem em certas situações, até culminar com uma espécie de ancestral do *Habeas Corpus* dos dias atuais, denominado “*Interdicto de Homine Libero Exhibendo*”. As espécies de declarações de direito apontadas eram de alcance limitado, ou seja, destinavam-se apenas às classes dominantes daquela época, não obstante, em Atenas, já houvesse registro de lutas pelas liberdades democráticas.⁹

Desde os pactos forais e cartas de franquias surgidos na Idade Média, pode-se afirmar que a Magna Carta assinada na Inglaterra em 1215 e tornada definitiva somente no ano de 1225 foi o mais famoso documento assecuratório de direitos reflexamente individuais, cujo principal objetivo consistia na proteção dos direitos dos nobres e dos homens livres.

⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 92. No capítulo IX, n. 124, lê-se que “o maior e principal objetivo de os homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade”.

⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, p. 136.

⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, p. 136.

Como observado por Albert Noblet¹⁰:

A Magna Carta, longe de ser a carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, com o intuito de proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres.

Apesar disso, a Magna Carta se tornou o símbolo das liberdades públicas e foi útil para que dela fossem extraídos a base e o alicerce para a ordem jurídica democrática inglesa.

A *Petition of Rights*, criada em 1628, foi uma espécie de petição dirigida ao rei, na qual os membros do parlamento reivindicavam o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos de sua majestade. Na verdade, a referida petição de direitos era uma espécie de negociação, na medida em que os representantes do parlamento, que detinham o poder financeiro, pretendiam evitar que o monarca fizesse gastos sem a devida autorização parlamentar.

Em rigor, a *Petition of Rights* reivindicava direitos e liberdades já previstos na Magna Carta, mas não devidamente respeitados pela monarquia, conforme se depreende da garantia estatuída no art. 39:

Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos, nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país.

Na sequência, como complemento das reivindicações por liberdade, foi instituído o *Habeas Corpus Act*, um importante instrumento para a garantia das liberdades individuais até os dias atuais.¹¹

A Revolução Gloriosa de 1688¹² firmou a supremacia do parlamento e foi responsável pela Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), pela abdicação do Rei

¹⁰ NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1963. p. 28.

¹¹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 153.

¹² A Revolução Gloriosa foi um movimento pacífico ocorrido na Inglaterra nos anos 1688 e 1689, no qual o rei Jaime II foi destituído de seu trono, em função de um acordo secreto para entrega do trono firmado entre o parlamento inglês e Willian de Orange, *stadtholder* da Holanda (chefe de Estado) e genro do rei. Por meio desse acordo, em junho de 1688, as tropas abandonaram o rei Jaime II e sua doutrina católica para aclamar como rei Willian de Orange (Guilherme III), o qual adotava a política protestante, que melhor se alinhava ao pensamento dos nobres britânicos, especialmente repelindo a

Jaime II e coroação do Rei Guilherme III e Maria II, monarcas cujo poder fora reduzido apenas à declaração de direitos, fazendo surgir a monarquia constitucional.¹³

John Locke foi o principal teórico desta nova monarquia, que se submetia à soberania popular e constituiu o ponto de partida para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.¹⁴

Completando o conjunto de limitações à monarquia, o Parlamento votou, em 1707, o *Act of Settlement* (Ato de Sucessão no Trono).¹⁵

Segundo o relato de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶:

As grandes Revoluções Liberais desenvolveram, todavia, ênfases políticas distintas: a inglesa, preocupada em limitar o poder monárquico, voltou-se à afirmação das instituições de representação e do Parlamento, assentando as bases do que é hoje o Legislativo; a Americana, preocupada em consolidar a soberania política do novo Estado, dedicou-se à racionalização e ao equilíbrio de seus Poderes constituídos, elevando, no processo, o Judiciário, o Poder do Estado; e, por fim, a Francesa, preocupada em varrer o absolutismo das instituições, assentou as bases da Administração Pública contemporânea.

Na América, no ano de 1776, foi instituída a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno, intitulada “Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia”. Entre outras disposições, esta declaração reconheceu o direito à liberdade e à independência do homem, ficando ali consignado que o governo deve ser instituído para benefício e proteção da população, uma vez que todo poder emana do povo. Essas garantias, vale lembrar, traduziram-se em limitação de poderes e instituição de governo democrático.¹⁷

insistência do monarca em reconduzir o país de acordo com a doutrina católica. Em suma, a Revolução Gloriosa foi um golpe de Estado e representou um marco para o direcionamento do poder em direção do parlamento, afastando a Inglaterra do absolutismo. Assim, o parlamento inglês aprovou o *Bill of Rights*, declaração de direitos que eliminou a censura política, garantiu o direito à petição e reafirmou o direito exclusivo do parlamento para criar impostos. Por outro lado, o *Bill of Rights* estabeleceu a proibição de um monarca católico voltar a exercer o reino. Removida a barreira criada pelo absolutismo, a classe burguesa e a aristocracia rural floresceram e prosperaram até alcançar o seu auge, com a Revolução Industrial. SOUSA, Rainer. Revolução Gloriosa. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiag/revolucao-gloriosa.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

¹³ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 153.

¹⁴ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 153.

¹⁵ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 153.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8.

¹⁷ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 153.

Enquanto os documentos ingleses se restringiam a limitar a liberdade do monarca, proteger os súditos da arbitrariedade do rei e reconhecer a supremacia do parlamento, as declarações de direito limitaram o poder estatal e afirmaram os direitos naturais e imprescritíveis do homem.¹⁸

A Declaração de Independência, de autoria de Thomas Jefferson, teve maior repercussão, ainda que não fosse de natureza jurídica, destacando-se o trecho que pregava a igualdade entre os homens, a crença em direitos inalienáveis como a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Para assegurar esses direitos, facultava-se ao povo o direito de destituir qualquer forma de governo que se tornasse destrutiva dos fins perseguidos e instituir um novo poder da forma que lhe parecesse mais conveniente.¹⁹

Em 1789, na França, a Assembleia Constituinte promulgou a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, documento histórico e representativo do início de uma era de liberação do homem. À época, os franceses se valeram da técnica utilizada nas declarações americanas.²⁰

Não obstante a crença de que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão tenha sofrido influência da Declaração de Virgínia, não é possível definir a verdadeira origem das primeiras declarações de direitos, se estas foram influenciadas pelo pensamento dos filósofos Locke, Rousseau ou Montesquieu, pois as declarações de direitos resumem o pensamento político, moral e social de todo o século XVIII.²¹

Na opinião de José Afonso da Silva²², a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é sintética, precisa e escorreita, pois em apenas dezessete artigos estão contidos os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade, somadas as garantias individuais liberais, que, dada a importância, permaneceram como objetivo das declarações contemporâneas de direitos. Para o autor, a “[...] visão universal dos direitos do homem constituiu uma de suas características marcantes”.²³

¹⁸ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 154.

¹⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 154.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 79.

²¹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 157.

²² AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 158, 161.

²³ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 161.

Norberto Bobbio²⁴ assevera que no início da Era Moderna ocorreu um movimento de inversão de perspectivas, ou seja, os direitos do homem se tornaram relevantes nas relações entre o Estado e o cidadão. Nesse sentido:

[...] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes do indivíduo.²⁵

Em 1945, ano de criação da Organização das Nações Unidas (ONU), os vinte e um países componentes concluíram que um dos primeiros objetivos da recém-formada organização deveria ser a formalização de uma carta de direitos do indivíduo, daí surgindo a Carta das Nações Unidas. Esta Carta deu grande ênfase aos direitos fundamentais e foi a precursora da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, fruto de trabalho desenvolvido por uma Comissão Especial da ONU, é um documento formal que reconhece os direitos fundamentais do homem e consagra a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz.²⁶

Importante observar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, além dos direitos e garantias individuais, também contemplou os chamados direitos sociais: direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana.²⁷

A Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão alcançou três objetivos fundamentais: certeza, segurança e possibilidade dos direitos, de forma que todos tenham a possibilidade de deles usufruir.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 4.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 4.

²⁶ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 163.

²⁷ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 163.

Nesse sentido analisa Dalmo de Abreu Dallari²⁸:

A certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

Em se tratando de direitos individuais, não se pode deixar de citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Esta Convenção, cujo teor tem como base a Declaração Universal dos Direitos humanos, estabeleceu os direitos fundamentais da pessoa humana. O objetivo é consolidar entre os países americanos um regime de proteção das liberdades pessoais e dos direitos econômicos sociais e culturais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica – entrou em vigor em 18 de agosto de 1978, com a ratificação do décimo primeiro instrumento, de Granada. O Brasil só ratificou a citada Convenção em setembro de 1992, por intermédio do Decreto n. 678, promulgado em 6 de novembro de 1992.

Em suma, a evolução das declarações de direitos trouxe em seu bojo uma questão técnica, qual seja assegurar a efetividade dos direitos por intermédio de um conjunto de meios e recursos jurídicos, denominado “garantias constitucionais dos direitos fundamentais”, estas inseridas e positivadas no corpo das constituições das distintas nações signatárias.²⁹

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1971. p. 179.

²⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 166-167.

1.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVADOS

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁰ lecionam que a expressão “constitucionalismo” incorpora dois sentidos. O primeiro expressa o sentido de organização de pessoas em torno de um ideal. O segundo sentido é definido como:

[...] o movimento político, jurídico e social pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações.³¹

Constituição, por sua vez, “[...] é o *nomen juris* que se dá ao complexo de regras que dispõem sobre a organização do Estado, a origem e o exercício do Poder, a discriminação das competências estatais e a proclamação das liberdades públicas”.³²

Sobre o fenômeno da positivação dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva³³, citando Biscaretti di Ruffia, ministra:

No curso do século XIX, a enunciação dos direitos e deveres dos indivíduos sofreu uma dupla transformação: passou para o próprio texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas jurídicas positivas (ainda que de conteúdo geral e de princípio), válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita *subjetivação*), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídica de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua positivação) [Grifo do autor].

Cabe registrar que nem todas as constituições contêm declarações de direitos. No Brasil, verifica-se a inserção de direitos fundamentais dos homens desde

³⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 26.

³¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 26.

³² MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 6-7.

³³ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 167.

a Constituição do Império e esta é a forma de o Estado dar concreção jurídica aos direitos do homem, seja ele brasileiro ou estrangeiro residente no país.

Neste ponto, não é demais lembrar que a Constituição é o ancoradouro das normas jurídicas mais relevantes de qualquer país, é o berço onde repousam os princípios que alicerçam todo o sistema jurídico, norteiam e vinculam e aplicação das demais normas.

Das clássicas lições de Joaquim José Gomes Canotilho³⁴, extrai-se que a superioridade hierárquica da Constituição Federal se revela em três perspectivas:

(1) as normas do direito constitucional constituem uma ‘lex superior’ que recolhe o fundamento de validade em si própria (‘autoprimazia normativa’); (2) as normas de direito constitucional são ‘normas de normas’ (norma normarum), afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias, etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a Constituição.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 representou um avanço na esfera dos direitos fundamentais. Tanto é assim que os seus comandos iniciais, traduzidos em “Títulos”, aludem aos princípios fundamentais e aos direitos e garantias fundamentais, incluídos os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.

Percebe-se que ao enumerar os direitos fundamentais, a atual ordem constitucional não adotou corte metodológico específico, de forma que os direitos de naturezas distintas estão dispostos em um mesmo capítulo.³⁵

Conforme assevera Paulo Bonavides³⁶:

[...] descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em

³⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 1.147.

³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 146.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563.

substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contido no jusnaturalismo do século XVIII.

Os direitos fundamentais abrangem direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, constituindo um processo expansivo de evolução e de acumulação de direitos que podem ser classificados em gerações. De acordo com tal classificação existiriam, *a priori*, três categorias de direitos fundamentais, denominados direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira gerações e até direitos fundamentais de quarta dimensão.³⁷

Os direitos de primeira geração, que surgiram com a ideia de Estado de Direito e submisso a uma constituição, constituem o primeiro patamar de alforria do homem.

Também chamados de direitos de primeira dimensão, consubstanciam-se em direitos civis ou individuais e políticos: direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio. Em suma, referem-se aos direitos de defesa do homem face ao Estado.³⁸

Os direitos fundamentais de primeira geração são as chamadas “liberdades públicas negativas” ou “direitos negativos” e exigem do Estado um comportamento de abstenção, cabendo-lhe a função de guardião da sociedade, sem qualquer interferência nas relações individuais.³⁹

A respeito, Paulo Bonavides⁴⁰ também explica:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

[...]

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 562-563.

³⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 148.

³⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 148.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 563-564.

Os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão representam uma evolução em relação aos de primeira geração, isto no sentido de que o homem, já liberto do poder que o Estado exercia sobre seus subordinados, passa a exigir condições para o exercício de uma vida digna, por intermédio de contraprestações como educação, saúde, cultura, trabalho, lazer, entre outras. Denominam-se direitos fundamentais positivos, pois não se trata mais de abstenção do Estado, ao contrário, constitui função do Estado proporcionar ao indivíduo a fruição dos direitos sociais ou de segunda dimensão.

Segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón⁴¹, foi a partir da terceira década do século XX que os Estados abandonaram a postura liberal e, atendendo ao anseio dos subordinados, deram início à consagração dos direitos sociais ou de segunda dimensão, que representam uma evolução da proteção da dignidade humana.

O Estado, conforme esclarecem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴², “[...] ao invés de abster-se, deve se fazer presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida”.

Vladmir Oliveira da Silveira e Ernani Contipelli⁴³, no artigo intitulado “Direitos Econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral”, observam que o contexto histórico dos direitos de segunda dimensão está ligado ao desenvolvimento do sistema econômico capitalista, pois o homem, liberto da dominação político-estatal, protesta por sua libertação socioeconômica e cultural.

Os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão abrangem os direitos econômicos e sociais. A essência destes direitos consiste na solidariedade, na fraternidade, no direito à paz no mundo, direito ao desenvolvimento econômico dos países, bem como à proteção e à preservação do meio ambiente, considerado patrimônio comum da humanidade.

⁴¹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004. p. 79.

⁴² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 149.

⁴³ Nesse sentido, note-se que o contexto histórico desta nova geração guarda total afinidade com o desenvolvimento do sistema econômico capitalista. Em outras palavras, podemos dizer, com os autores acima referidos, que o homem liberto da dominação político-estatal, neste momento, reclama a sua libertação socioeconômica e cultural. Cf. SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. *Direitos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani_contipelli.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

O entendimento de Paulo Bonavides⁴⁴ aponta no sentido de que aos direitos históricos da liberdade e da igualdade soma-se um novo polo jurídico de alforria. E complementa a lição:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Os direitos humanos de terceira geração estão direcionados para a tutela da solidariedade, da fraternidade e, neste prisma, a exclusividade da tutela estatal é superada, não se permitindo “fragmentar o ser humano nesta ou naquela categoria de pessoas, ou seja, vinculada a este ou àquele Estado, mas sim como um gênero, que possui anseios e necessidades comuns”.⁴⁵

Dessa forma, torna-se imprescindível a união de esforços para construir um mundo mais justo, no qual predominem a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente saudável e os demais valores importantes para a sociedade.

Vladmir Oliveira da Silveira e Ernani Contipelli⁴⁶ são enfáticos ao afirmar que a transformação do Estado Nação em Estado Constitucional Cooperativo, fundado na assistência mútua e corresponsável, bem como nas normas universais de direitos humanos, constitui um novo paradigma de Estado.

Na avaliação dos autores citados:

A consolidação deste novo paradigma de Estado gera expectativas para o aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional. Os efeitos jurídicos do novo modelo

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 569.

⁴⁵ SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. *Direitos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani_contipelli.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁴⁶ SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. *Direitos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani_contipelli.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

proposto de 'Estado Constitucional Cooperativo', bem como as futuras estratégias para a realização dos Direitos Humanos dentro deste Estado, devem ser analisados para minimizar a problemática interna da prestação dos direitos fundamentais. Assim, a 'solidariedade estatal de cooperação' ou 'cooperação para além das fronteiras', em que a assistência mútua é encarada como co-responsabilidade, ao lado das normas universais de Direitos Humanos, formam alguns dos fundamentos do 'Estado Constitucional Cooperativo'.⁴⁷

A conclusão aponta no sentido de que no "Estado Constitucional Cooperativo" a relação entre o direito internacional e o direito constitucional de cada Estado torna-se mais forte e, no que se refere aos direitos, verifica-se uma maior interdependência entre estes e os direitos humanos, não apenas porque surgem a cada geração direitos fundamentais de novas dimensões, mas em razão das chamadas cláusulas de aberturas das Constituições, que possibilitam uma maior aproximação entre as distintas esferas de direitos.⁴⁸

Sobre a evolução dos direitos humanos, cumpre citar Willis Santiago Guerra Filho⁴⁹, para quem:

A primeira geração [de direitos] é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, 'direitos de liberdade' (freiheitsrechte), que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omita-se de interferir em sua esfera juridicamente intangível. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado (leistungrechte) para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração, concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.

Os direitos de quarta dimensão, mais recentemente identificados, englobam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo; são considerados indispensáveis para a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade.

⁴⁷ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. *Direitos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani_contipelli.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁴⁸ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. *Direitos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani_contipelli.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual na Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor/ IBDC, 2000. p. 26.

Paulo Bonavides⁵⁰ considera que a expressão “geração” leva à presunção de que se trata de uma evolução dos direitos, quando na verdade eles se completam. Essa é, pois, a razão porque entende ser mais apropriado utilizar a expressão “dimensão”. O autor conclui dizendo que os chamados direitos de quarta dimensão formam uma pirâmide cujo ápice reside no direito à democracia.

Willis Santiago Guerra Filho⁵¹ adota idêntico posicionamento ao defender que é preferível falar em dimensões de direitos fundamentais na medida em que as gerações anteriores não se anulam nem desaparecem com o surgimento das novas gerações. E completa o raciocínio:

[...] ao invés de gerações, é de se falar em dimensões de direitos fundamentais, nesse contexto não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realiza-los. Assim, por exemplo, o direito individual da propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

Nesse passo, os direitos fundamentais se consolidaram e se ampliaram em um processo acumulativo de aperfeiçoamento da proteção à dignidade da pessoa humana, fazendo surgir um novo modelo de Estado, que prioriza valores como solidariedade e cooperação mútua.

1.3 DINAMOGÊNESE – A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A evolução dos direitos humanos ampliou o conceito de cidadania, que passou a englobar direitos civis, políticos, sociais, econômicos e difusos, bem como

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 571.

⁵¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 46-47.

a ideia de solidariedade, consistente no direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, paz entre os povos e desenvolvimento das nações.

Livia G. B. Campello e Vladmir Oliveira da Silveira⁵², no artigo intitulado “Cidadania e direitos humanos”, observam que a superação da concepção liberal de cidadania e os novos desafios econômicos e sociais impostos pelo mundo atual possibilitaram a consagração de valores que abrangem direitos civis e políticos, de titularidade dos indivíduos e direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade da coletividade. Há, ainda, os chamados direito de solidariedade, cuja titularidade pertence à humanidade em uma perspectiva difusa e universal.

No momento atual agregam-se novas variáveis ao processo de cidadania, tornando-se indispensável retomar a reflexão sobre o seu fundamento, titularidade, tutela e conteúdo. Temos como ponto de partida a superação da concepção liberal de cidadania e os novos desafios do século XX, sejam sociais (pobreza, exclusão e imigração), econômicos (globalização) ou culturais (pluralismo e diversidade). Por outro lado, consagraram-se valores que, encadeados, conformam um conjunto indivisível de direitos humanos que abarcam os direitos civis e políticos, cujos titulares são os indivíduos, os direitos sociais, econômicos e culturais, cuja titularidade é da coletividade e, atualmente, os direitos de solidariedade, cuja titularidade é da humanidade numa perspectiva difusa e universal. Desse modo, a dimensão atual da cidadania deve ser vista de maneira horizontal, com o envolvimento de concidadãos em pé de igualdade no acesso a todos estes direitos e no cumprimento dos seus deveres, implicando uma relação de intersubjetividade e solidariedade.⁵³

Com efeito, se a princípio cidadania possuía um viés vertical, que consistia na relação entre o Estado soberano e seus súditos, a partir do Estado moderno, o conceito de cidadania se ampliou horizontalmente, dentro do contexto de participação ativa do indivíduo na sociedade e no governo, com base na dignidade da pessoa humana, que preconiza uma existência digna.

Conforme consignado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a dignidade da pessoa humana é fundamento principal e importante

⁵² CAMPELLO, Livia G. B.; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Cidadania e direitos humanos*. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/562;jsessionid=1CE0FC0D1C4A408CB69B2587AF46B407>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁵³ CAMPELLO, Livia G. B.; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Cidadania e direitos humanos*. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/562;jsessionid=1CE0FC0D1C4A408CB69B2587AF46B407>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

instrumento de universalização dos direitos humanos, que se concretiza por intermédio de valores como liberdade, igualdade e solidariedade.

Bom lembrar que direitos humanos e direitos fundamentais, embora correlacionados, constituem categorias distintas. Internacionalmente reconhecidos, os direitos humanos são inerentes à pessoa e devem ser reconhecidos pelo direito positivo dos Estados.

Registre-se que a evolução dos direitos humanos ao longo do processo civilizatório ocorre por intermédio da dinamogênese, processo pelo qual a comunidade social, em dado momento, reconhece como valioso algo que fundamenta o direito humano.⁵⁴

Trata-se de importante mudança de paradigma na interpretação dos direitos humanos e da cidadania; é conceito pautado na solidariedade entre os povos e na assistência mútua e corresponsável, transformando, por consequência, o Estado tradicional em um novo modelo de Estado. Nesse novo modelo, a cooperação entre os povos ultrapassa fronteiras e abrange o direito internacional e o direito constitucional, formando o “Estado Constitucional Cooperativo”.⁵⁵

1.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CLÁUSULA PÉTREA

Os direitos fundamentais, além de possuírem dimensão institucional, constituem uma categoria jurídica de natureza poliédrica, voltada para a proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, seja resguardando a liberdade do homem por intermédio dos direitos e garantias individuais, seja atendendo as suas necessidades por meio dos direitos econômicos, sociais e culturais, seja, ainda, invocando valores com relação à preservação do meio

⁵⁴ CAMPELLO, Livia G. B.; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Cidadania e direitos humanos*. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/562;jsessionid=1CE0FC0D1C4A408CB69B2587AF46B407>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁵⁵ CAMPELLO, Livia G. B.; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Cidadania e direitos humanos*. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/562;jsessionid=1CE0FC0D1C4A408CB69B2587AF46B407>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

ambiente e proteção dos chamados direitos de terceira dimensão, consubstanciados nos direitos à fraternidade e à solidariedade.⁵⁶

O caráter poliédrico dos direitos fundamentais é resultado da evolução do ordenamento jurídico, que, em razão das mais diversas formas de agressão à dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, a escravidão e a tortura, foi criando e aperfeiçoando mecanismos de defesa e círculos de proteção que se constituem em conquistas humanitárias paulatinamente reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos de diversos países.⁵⁷

Esse foi o contexto de positivação dos direitos fundamentais que norteou a atual Constituição Federal, traduzido logo em seu primeiro artigo, no qual expressa a opção incondicional pela democracia e afirma que a República Federativa do Brasil adota o modelo de Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Para Flávia Piovesan⁵⁸, a Constituição Federal de 1988 representou um marco jurídico na transição para o regime democrático na medida em que ampliou os direitos e as garantias fundamentais, assegurando a todos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No que se refere a direitos e garantias fundamentais, importante registrar que a Constituição utiliza ambas as expressões, indistintamente. No entanto, existem diferenças entre direitos e garantias fundamentais e, embora não sejam nítidas, é possível diferenciá-las.⁵⁹

Rui Barbosa⁶⁰ foi um dos primeiros a abordar essa questão na obra intitulada “República; teoria e prática”:

⁵⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 143.

⁵⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 143.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-78.

⁵⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 141.

⁶⁰ BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1978. p. 121. *Apud* AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 183.

Da leitura do texto constitucional, poder-se-iam separar as disposições declaratórias, que estariam a imprimir a existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições assecuratórias, que atuariam na proteção desses direitos fundamentais, limitando o poder.

Em síntese, os direitos destacam o caráter declaratório ou enunciativo, ao passo que as garantias possuem caráter instrumental, ou seja, dizem respeito aos meios utilizados para obtenção ou reparação dos direitos violados.⁶¹

Importante registrar que, em se tratando de direitos e garantias constitucionais, a dignidade da pessoa humana está na essência do ordenamento jurídico; é o vetor mais importante, o primeiro e o principal direito constitucionalmente garantido; nesta qualidade irradia seus efeitos por todo o rol de direitos sociais previstos na Carta Magna.

Ainda, na qualidade de princípio vetor, a dignidade está presente nos demais direitos e garantias fundamentais; é um direito fundamental que não pode ser esvaziado, pois é um direito inerente ao ser humano.⁶²

Não obstante o sentido de que a principal garantia constitucional é a isonomia, Luiz Antônio Rizzatto Nunes⁶³ defende que a dignidade da pessoa humana é mais importante. Nesse sentido:

Contudo, no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado, primeiramente pelo intérprete.

Gustavo Tepedino⁶⁴ também discorre sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento da República:

⁶¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 141.

⁶² A respeito do tema, Carmen Lúcia Antunes Rocha anota: “Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal”. (O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. [Palestra]. *Anais... XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, 29 de agosto a 2 de setembro de 1999).

⁶³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 48.

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

A dignidade humana é intrínseca ao próprio ser humano e se não é possível defini-la claramente, é fácil, por outro lado, perceber qualquer violação e este valor.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁶⁵ defende que toda pessoa tem direito a um “ piso vital mínimo ” de direitos fundamentais.

Primeiro doutrinador a utilizar a expressão “ piso vital mínimo ”, afirma ainda:

[...] para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao *caput* do artigo 225, normas essas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição, assim como direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

A proteção aos direitos civis e políticos – considerados direitos fundamentais de primeira geração, nos quais se incluem as liberdades clássicas, negativas ou formais – é, portanto, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, é importante lembrar, têm aplicação imediata, conforme assegura a Constituição Federal em norma-síntese⁶⁶. Essa garantia abrange os direitos políticos e os direitos fundamentais, sejam eles individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade ou políticos.

⁶⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14.

⁶⁶ Art. 5º, § 1º, da CF: “As normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁷, as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias têm aplicabilidade direta porque os direitos reconhecidos por ela são dotados de densidade normativa suficiente para os tornarem eficazes na ausência de lei ou mesmo contra a lei.

Segundo doutrina Flávia Piovesan⁶⁸, do rol dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana, constantes no artigo 1º, incisos II e III, da Carta Magna brasileira, de modo que é possível vislumbrar o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, os quais constituem elemento básico para a realização do princípio democrático, dada a sua função democratizadora.

Para Jorge Miranda⁶⁹: “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Antonio Enrique Pérez Luño⁷⁰ também leciona sobre os valores intrínsecos à Constituição:

Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora – metas ou fins predeterminados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas.

O valor da dignidade da pessoa humana é núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como parâmetro de valoração e suporte axiológico que deve prevalecer na tarefa de interpretação e compreensão do texto constitucional, como salvaguarda dos valores fundamentais.⁷¹

Nesse diapasão, importa destacar que os direitos e as garantias individuais integram, junto com a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto,

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 438.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, p. 78.

⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 4. p. 166.

⁷⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 288-289.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, p. 79.

universal e periódico, e a separação de poderes, um dos núcleos da chamada cláusula pétrea, que constitui determinação constitucional rígida e permanente insuscetível de ser alterada, mesmo via emenda constitucional (art. 60, § 4º⁷², da Constituição Federal).

A função da cláusula pétrea não se presta somente para preservar a redação de uma norma constitucional, mas também para ostentar o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais, que se encontram ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador.⁷³

Em rigor, o escopo da cláusula pétrea é proteger os princípios insculpidos em determinada ordem constitucional, de forma que uma simples alteração na redação de norma integrante do rol de cláusulas pétrea não configura inconstitucionalidade.

A cláusula pétrea, bem sabemos, compõe o chamado núcleo duro da Constituição Federal e este status impossibilita eventuais emendas passíveis de alteração da forma federativa de Estado, de garantia do voto direto e secreto, da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais. Em suma, trata-se de mecanismo de tutela dos direitos e garantias fundamentais e das demais importantes diretrizes do texto constitucional, que expressa formalmente o seu compromisso com a democracia e com a dignidade da pessoa humana.

Por fim, tendo em vista o escopo deste trabalho, quadra destacar que o princípio da dignidade humana, eleito pela Constituição Federal brasileira como princípio fundamental, é o princípio norteador também do CDC. Em rigor, de nada adianta invocar a dignidade da pessoa humana se não houver respeito aos direitos do consumidor, uma vez que todo ser humano é um consumidor em potencial de produtos e serviços ao longo de toda a sua existência.

⁷² CF: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 140.

1.5 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A defesa do consumidor, valor inscrito no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, encontra guarida no artigo 5º, inciso XXXII⁷⁴. O legislador originário, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, ordenou que o Estado atuasse diretamente com o objetivo de regular as relações de consumo.

A expressão “defesa do consumidor” é mencionada também no inciso V do artigo 170⁷⁵, que trata da ordem econômica. Novamente, o constituinte, ciente da vulnerabilidade do indivíduo diante do poder econômico representado pelas grandes corporações, outorgou poder ao Estado para instituir o Código de Defesa do Consumidor.

Como é cediço, o Brasil é um país capitalista que adotou a livre iniciativa e a livre concorrência. No entanto, para a garantia do equilíbrio nas relações próprias do mercado, o empreendedor deve observar todas as premissas contidas nos incisos do artigo 170 da Constituição Federal, entre as quais a defesa do consumidor, sendo esta uma forma de a livre iniciativa respeitar determinados valores em prol da responsabilidade social.

Com efeito, ao mesmo tempo em que garante a livre iniciativa e a livre concorrência, o Estado, valendo-se de seu poder regulador, impôs certos limites ao empreendedor, como, por exemplo, o respeito ao consumidor.

A ordem econômica, é fato, tem como fundamento a livre iniciativa e a valorização do trabalho. Contudo, a livre iniciativa deve ater-se às limitações do Estado, que atua como agente regulador da atividade econômica, consoante elementos balizadores previstos na ordem constitucional em vigor (art. 170).

Sobre as limitações à liberdade de empreender, o legislador constituinte também adotou como valor máximo o princípio da dignidade da pessoa humana e

⁷⁴ O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁷⁵ CF: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor; [...]”.

com base nesse vetor impôs à livre iniciativa princípios que devem ser observados, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna (art. 170).

Um dos princípios estabelecidos diz respeito aos direitos do consumidor, condição imposta ao empreendedor na exploração da atividade comercial. Bem por isso, não é demais afirmar que a promulgação do CDC foi uma consequência lógica dos direitos fundamentais expressos na Carta Magna do país.

Nesse contexto, e como corolário do disposto no art. 170 da Magna Carta, a defesa do consumidor é direito fundamental e premissa básica que norteia o microssistema do CDC. Tal microssistema reconhece a vulnerabilidade da pessoa enquanto consumidora de produtos e serviços e lhe assegura direitos básicos fundamentais, em prol da harmonia nas relações e como forma de compensar a superioridade do fornecedor/fabricante dos produtos oferecidos no mercado.

José Afonso da Silva⁷⁶ apresenta os direitos sociais do homem consumidor como categoria, da qual derivam espécies como direito à saúde, direito à segurança social (segurança material), direito ao desenvolvimento intelectual, direito ao igual acesso das crianças e adultos à instrução, direito à formação profissional, direito à cultura e direito à garantia do desenvolvimento da família.

Segundo Fábio Konder Comparato⁷⁷, a definição de consumidor já existia antes mesmo da promulgação da Lei n. 8.078/1990 (CDC): Nas suas palavras:

O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, dos empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende, por sua vez, de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção ao consumidor, quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria.

Com a promulgação do Código consumerista, a proteção do consumidor consagrou-se como direito básico e piso vital mínimo para garantir a plena dignidade

⁷⁶ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 287.

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil - Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15-16, 1974. p. 90-91.

da pessoa humana, constituindo um eficiente sistema para a proteção coletiva dos interesses transindividuais em juízo, como se verá adiante.

1.6 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DA INTERNET

A disseminação do uso da rede mundial de computadores ocasionou um aumento significativo das transações comerciais via web⁷⁸, levando os doutrinadores ao inevitável questionamento: haveria proteção do consumidor também no âmbito da Internet?

Marco Aurélio Greco⁷⁹, sobre os reflexos desse avanço tecnológico, opina:

O Direito vem sofrendo, igualmente, os reflexos de tais modificações podendo ser mencionados dois fenômenos atuais que propõem desafios aos juristas, legisladores e aplicadores. Tais fenômenos são, por um lado, os avanços da tecnologia que tornaram realidade o que alguns anos atrás não passaria de ficção científica, especialmente no campo da informática e das telecomunicações; e, de outro lado, o fenômeno da globalização, aqui entendida como o perpassar a fronteira nacional, abrangendo não apenas aspectos ligados à economia mas também problemas, conceitos e instrumentos jurídicos.

O consumidor, que se encontra em situação de vulnerabilidade nas relações de consumo costumeiramente celebradas entre presentes, está mais vulnerável nas transações via web, cujos contratos constituem contratos de adesão.

Para Ricardo Luis Lorenzetti⁸⁰, não há respeito aos direitos do consumidor no âmbito do comércio eletrônico e os danos, quando causados, são de difícil reparação. Para ratificar a assertiva, o autor informa o seguinte:

Estudo recente sobre o comércio eletrônico, coordenado por consumidores internacionais, apontou que, nas compras pela internet, o direito dos consumidores à reparação dos danos causados é gravemente ferido. Só 53% das companhias dos sites investigados tinham políticas de devolução dos produtos e só 32% disponibilizava

⁷⁸ world wide web.

⁷⁹ GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba, Bonijuris, v. II, n. 3, setembro 2012. p. 119.

informação sobre como reclamar se houvesse algo errado. Em alguns casos, os produtos nunca chegaram ao destinatário, em outros, os clientes esperavam pela devolução do dinheiro ao longo de mais de cinco meses após a devolução do produto comprado.⁸¹

Certo é que existem desproporções de ordem econômica, informativa e tecnológica entre consumidores internautas e fornecedores. As desproporções de ordem econômica são de fácil identificação, pois os contratos celebrados via Internet configuram verdadeiros contratos de adesão, sem possibilidade de negociação, cabendo ao internauta que deseja contratar algo aceitar a transação nos termos propostos pelo fornecedor.

No que tange à informação, a desvantagem do consumidor se mostra na intangibilidade e hermetismo do produto desejado, que não pode ser tocado, experimentado e, por mais clara que seja a publicidade, no ambiente virtual o consumidor não consegue aferir com precisão as qualidades e as características do produto anunciado. A desproporção tecnológica se evidencia na capilaridade e na agressividade do marketing publicitário na medida em que é veiculado no lar ou no ambiente de trabalho da pessoa. Quer dizer: ao invadir a privacidade e ao atacar a vulnerabilidade do consumidor, o marketing via Internet acaba gerando expectativas e o induzindo ao consumo de produtos e serviços que de outro modo não pensaria adquirir.⁸²

Outro aspecto a ressaltar é o caráter cosmopolita das relações pactuadas na web, haja vista as numerosas relações de consumo celebradas entre fornecedores e consumidores domiciliados em países e continentes distintos, de distintas legislações e, igualmente, diferentes jurisdições aplicáveis.

⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba, Bonijuris, v. II, n. 3, setembro 2012. p. 119. No original: “Un estudio reciente sobre el comercio electrónico, coordinado por Consumers Internacional, encontró que, al comprar por internet, el derecho de los consumidores a la reparación de los daños causados es gravemente vulnerado. Solo el 53% de las compañías de los sitios investigados tenía políticas de devolución de bienes, y solo el 32% proporcionaba información sobre cómo quejarse si algo saliera mal. En algunos casos los bienes nunca llegaron al destinatario, y en otros casos los clientes todavía esperan la devolución del dinero, luego de más de cinco meses de haber devuelto el bien comprado.”

⁸² LUCCA, Newton de. A disciplina jurídica da oferta e a nova noção de oferta eletrônica. A publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito econômico e social*. Atualidades e reflexões sobre direito concorrencial do consumidor, do trabalho e tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 211.

Essa constatação faz Newton de Lucca⁸³ pensar que os países deveriam editar leis internas sobre o comércio eletrônico. O autor também observa que, no âmbito do Continente Europeu, a edição das Convenções de Bruxelas e de Lugano e da Diretiva 97/7 da Comunidade Europeia, de caráter vinculante para os países que a integram, estabelece que os tribunais de domicílio do réu serão competentes para julgar as demandas quando a transação efetuada envolver pessoas que tenham domicílio em países distintos (art. 2^o⁸⁴ da Convenção de Bruxelas).

No Brasil, o Projeto de Lei n. 2.126/2011, intitulado “Marco Civil na Internet”, que visa disciplinar o uso da Internet no Brasil, considera, em suma: (i) fundamental a adoção de princípios, garantias e deveres por parte da livre iniciativa; e (ii) a defesa do consumidor constitui um avanço na busca da proteção dos direitos dos consumidores.

Por sua vez, o art. 49 do CDC, criado inicialmente para atender as transações celebradas em domicílio ou por telefone, continua plenamente atual e se amolda perfeitamente às transações celebradas em meio eletrônico. A disciplina do citado dispositivo garante ao consumidor internauta um prazo de sete dias para reflexão e arrependimento, se for o caso.

Sobre o tema, cita-se o entendimento esposado por Newton de Lucca⁸⁵:

A posição prevalecente na doutrina, no entanto, é no sentido da aplicabilidade do art. 49 do CDC aos contratos telemáticos porque, na verdade, não se trata, no caso, do problema da chamada compra por impulso, em razão de políticas agressivas de marketing, mas da não correspondência do produto, adquirido por intermédio do monitor – vale dizer, sem contato com o mundo real –, com as expectativas que dele fazia o consumidor adquirente. Não se cuida na hipótese, do prazo de reflexão propriamente dito, para o qual os sete dias são necessários para que haja a existência de, pelo menos, um fim-de-semana para que o consumidor possa adequadamente refletir sobre a efetiva necessidade de sua aquisição, mas sim de prazo para que

⁸³ LUCCA, Newton de. A disciplina jurídica da oferta e a nova noção de oferta eletrônica. A publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor. In: RODAS, Joao Grandino (Coord.). *Direito econômico e social. Atualidades e reflexões sobre direito concorrencial do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 211.

⁸⁴ “Artigo 2º. Sem prejuízo do disposto na presente Convenção, as pessoas domiciliadas no território de um Estado Contratante devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado.”. Cf. CONVENÇÃO DE BRUXELAS. Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. 1968. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/conv-bruxelas-1968.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

⁸⁵ LUCCA Newton. Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. *Revista Luso-Brasileira de Direito de Consumo*. Curitiba, Bonijuris, v. II, n. 3, setembro 2012. p. 125.

ele manifeste a sua não concordância com as expectativas que tinha relativamente ao objeto de sua contratação.

A privacidade do consumidor na internet, segundo Marcel Leonardi⁸⁶:

[...] diversos cenários de tutela coletiva são possíveis. O mais comum é a defesa da privacidade da coletividade de usuários de determinados serviços, tais como redes sociais, sistemas de compartilhamento de fotografias e vídeos, *web sites* colaborativos, entre outros. Nessa situação, o conjunto de usuários de um serviço representa um grupo de pessoas, ligado à parte contrária por uma relação jurídica base (todos são considerados consumidores dos serviços, por exemplo), que goza de um direito coletivo, tutelável por meio de um provimento jurisdicional uniforme, de forma a cessar eventuais práticas ilícitas que afetem todos eles, de modo indivisível.

De fato, a violação à intimidade no âmbito da Internet é uma preocupação dos internautas. A habilidade que têm os *hackers*⁸⁷ de infiltrar-se em qualquer sistema, por mais seguro que possa parecer, por si só, demonstra a importância dos instrumentos de tutela coletiva como forma de garantir a tranquilidade do consumidor internauta.

A privacidade, bem sabemos, constitui um dos direitos inerentes à personalidade garantidos constitucionalmente; nesta qualidade integra o rol de direitos fundamentais e deve ser protegido em prol da dignidade da pessoa humana. Por extensão, não há como negar que a mesma proteção à privacidade deve ser considerada no âmbito da Internet.

Em suma, a proteção do consumidor internauta à privacidade e à inviolabilidade de seus dados pessoais, aí incluídos os dados bancários, é um direito constitucionalmente garantido e qualquer violação deve resolver-se em indenização por perdas e danos.

⁸⁶ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 234.

⁸⁷ Verbete: *hacker*: pirata, pessoa muito habilitada em computação, que consegue adentrar qualquer sistema, via modem ou de outra maneira, para descobrir a senha de entrada (password), roubando, assim, informações confidenciais. Cf. OLINTO Antonio. *Minidicionário*. Inglês/português Português/inglês. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPÍTULO 2 – DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

De acordo com Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁸⁸, a exemplo do direito romano, o direito positivo sempre privilegiou o direito individual na resolução dos conflitos, tradição que prevaleceu e se acentuou no século XIX, devido à Revolução Francesa.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, contudo, percebeu-se que determinados temas interessavam não apenas a um indivíduo, mas sim à coletividade. Além disso, não seria mais possível solucioná-los com base no binômio público-privado, ao contrário, a solução obrigatoriamente deveria levar em conta a sociedade como um todo.

Avançando um pouco no tempo, a revolução tecnológica e o desenvolvimento econômico, além de resultarem em grande evolução da sociedade, foram decisivos no surgimento da economia de massa. Os conflitos e litígios que eclodem da economia de massa, regra geral, não se restringem a situações individuais, mas sim conflitos coletivos cujo desfecho interessa a todos, constituindo verdadeiros interesses ou direitos transindividuais.

Mauro Cappelletti⁸⁹, em seu artigo “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, dá destaque ao abismo existente entre o público e o privado e afirmar que os litígios que emergem nos dias atuais não podem ser resolvidos com base na propriedade de cada um. Os bens pertencentes ao conjunto da sociedade, geridos por pessoas jurídicas de direito público não podem ser tutelados por essas mesmas pessoas jurídicas, pois, no caso de a gestão ser ineficiente ou defeituosa, aí estaria configurado um conflito. Isso significa dizer que uma mesma pessoa jurídica de direito público não pode ser gestora e ao mesmo tempo tutora de valores intangíveis, como a água, o ar, o meio ambiente, o controle

⁸⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 5, jan./mar. 1977. p. 136.

da publicidade enganosa e abusiva, a saúde etc., daí resultando que ante a existência de interesses colidentes a defesa destes valores intangíveis deve ficar a cargo de representantes da coletividade.

O desenvolvimento dos direitos transindividuais abrangeu ondas ou métodos alternativos de solução de conflitos, com o objetivo de ultrapassar o obstáculo de natureza processual para o acesso à justiça, em face da inadequação dos tipos ordinários de procedimento para a solução de controvérsias, são eles: arbitragem, mediação e conciliação. A primeira onda constitui o acesso à justiça; a segunda onda procura equilibrar a igualdade das partes e, finalmente, a terceira onda, é responsável pelo surgimento de solução alternativa para os conflitos. E foi a partir da necessidade de compor esses conflitos coletivos que se passou a considerar a categoria de interesses que transcendem o direito individual de cada cidadão, que, portanto, ultrapassam a esfera de obrigações individuais e transcendem o indivíduo.⁹⁰

José Carlos Barbosa Moreira⁹¹ informa que a primeira lei brasileira a tratar da defesa do direito metaindividual ou transindividual foi a Lei Federal n. 4.717, de 29 de junho de 1965, conhecida como “Lei da Ação Popular”. Referida lei facultava ao cidadão solicitar a tutela jurisdicional para pleitear a anulação de atos considerados lesivos ao patrimônio do Estado (União, estados-membros, Distrito Federal, municípios, autarquias, sociedades de economia mista e outros).

Ao ingressar com ação popular, a parte autora defendia o erário, um direito metaindividual da coletividade e nesse polo não poderia ser considerada um mero substituto processual porque, em rigor, pleiteava um direito que também lhe pertencia, na qualidade de integrante da sociedade.

A Lei da Ação Popular, bem sabemos, representou um grande avanço e inclusive reinou absoluta como diploma legal de proteção a direitos metaindividuais ou transindividuais até que foi promulgada a Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, com objetivo de preservar e melhorar a qualidade ambiental, direito ou interesse da coletividade.

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 5, jan./mar. 1977.

⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110.

A lei em comento instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e dispôs acerca dos princípios a serem seguidos para o desenvolvimento econômico. A intenção do legislador, de assegurar os interesses nacionais e a proteção à dignidade humana, representou um marco para os direitos transindividuais. Posteriormente, foi considerada fonte inspiradora para o capítulo do meio ambiente contido na Constituição Federal de 1988. Na oportunidade, também se ressaltou a importância da efetiva tutela jurisdicional dos interesses difusos para defesa e preservação dos direitos dos consumidores e do patrimônio ecológico e natural do país.

Em 1985, por intermédio da Lei Federal n. 7.347, foi disciplinada a Ação Civil Pública, que estabeleceu meios processuais para a defesa dos bens e direitos relativos ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens de valor cultural, artístico e paisagístico.

A Lei de Ação Civil Pública, conhecida pela sigla LACP, disciplinou, na ocasião, as medidas legais a serem adotadas em caso de lesão ou ameaça de lesão ao “meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

O projeto de lei inicial, vale lembrar, incluía a expressão “qualquer outro direito difuso e coletivo”, mencionado de forma expressa nos artigos 1º, inciso IV, 4º e art. 5º, inciso II, dispositivos estes vetados pelo Presidente da República⁹², em nome da segurança jurídica, posto que não havia definição legal para a referida expressão.

⁹² “EXCELENTÍSSIMO SENHORES MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL:

Tenho a honra de comunicar a Vossas Excelências que, nos termos dos artigos 59, § 1º, e 81, item IV, da Constituição Federal, resolvi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei da Câmara nº 20, de 1985 (nº 4.984, de 1985, na Casa de origem), que ‘Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso, e dá outras providências’.

O veto incide sobre as expressões constantes dos dispositivos abaixo indicados:

- Ementa:

“como a qualquer outro interesse difuso”;

- Art. 1º, inciso IV:

‘a qualquer outro interesse difuso’;

- Art. 4º:

‘ou a qualquer outro interesse difuso’; e

- Art. 5º, inciso II:

‘ou a qualquer outro interesse difuso’”. Cf. BRASIL. *Mensagem 359, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Mvcp359-85.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

Nas razões para o veto, considerou-se que os direitos difusos ainda se encontravam em processo de elaboração doutrinária, merecendo discussão e amplo estudo face a relevância e importância do instituto para o conjunto da sociedade.

Acerca dos interesses difusos, Hugo Nigro Mazzilli⁹³, assim se manifestou:

Esses interesses transindividuais sempre existiram na vida em sociedade; ocorreu, apenas, que, no início da década de 1970, especialmente a partir de trabalhos do jurista italiano Mauro Cappelletti, passou-se a reconhecer que esses interesses de grupo (metaindividuais ou transindividuais) deveriam merecer uma tutela jurisdicional própria (regras para um processo coletivo). A necessidade de instituir princípios especiais para a tutela coletiva justificava-se, já dizia Cappelletti, dada as peculiaridades dos interesses de grupo, pois o processo civil tradicional não estava apto a resolver satisfatoriamente problemas como esses: a) nos processos coletivos, ao contrário do que ocorre nos processos individuais, a controvérsia não se estabelece apenas entre o autor e o réu, mas envolve intensa conflituosidade entre os grupos de titulares de interesses transindividuais, o que pode alcançar centenas, milhares ou até milhões de pessoas; b) nos processos coletivos, é necessário disciplinar como se dará a participação ou a substituição processual dos milhares ou milhões de lesados; c) no processo coletivo, a imutabilidade do *decisum* (coisa julgada material) não pode limitar-se às partes formais do processo, mas deve ultrapassá-las, atingindo até mesmo quem não foi parte no processo; d) no processo coletivo, não raro os lesados integram grupos indetermináveis, o que torna problemática a repartição da eventual indenização entre eles etc.

Nesse clima e com a promulgação da atual Constituição Federal reafirmando a tutela dos direitos individuais, reconheceu-se a existência de direitos transindividuais e coletivos, que culmina na terceira espécie de bem de uso comum do povo⁹⁴. Como consequência, surge a necessidade de proteção de interesses e direitos cuja titularidade pertence à coletividade e não apenas a uma pessoa isoladamente, tampouco ao Estado.

⁹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007. p. 20.

⁹⁴ Sobre o assunto, Celso Antonio Pacheco Fiorillo anota: "Sensível a esses fatos, o legislador constituinte de 1988 trouxe uma novidade interessante: além de autorizar a tutela de direitos individuais, o que tradicionalmente já era feito, passou a admitir a tutela de direitos coletivos, porque compreendeu a existência de uma terceira espécie de bem: o bem ambiental. Tal fato pode ser verificado em razão do disposto no art. 225 da Constituição Federal, que consagrou a existência de um bem que não é público nem, tampouco, particular, mas sim de uso comum do povo". (*Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 3).

Neste ponto, é importante mencionar que o legislador constituinte de 1988, no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias⁹⁵, previu a elaboração de diploma legal para a proteção e defesa do consumidor.

Nos termos do citado artigo: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

A legislação protetiva das relações de consumo, com fulcro na citada previsão constitucional, surgiu em 1990 e trouxe em seu bojo a definição dos direitos metaindividuais, que abrangem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Também, acrescentou a expressão “qualquer outro direito difuso e coletivo” ao inciso IV do art. 1º da LACP.

No que tange à questão terminológica, cumpre salientar que interesses transindividuais ou interesses metaindividuais são expressões sinônimas: a primeira é de origem latina, a segunda de origem grega. Não obstante, as expressões terem o mesmo significado, “interesses transindividuais” denotam neologismo formado com prefixo e radical latinos e, por tal razão, considera-se a mais apropriada, embora a doutrina utilize ambas, indistintamente.

2.2 DIREITOS DIFUSOS – CONCEITO

O conceito de direitos difusos está expresso art. 81 do CDC, nos seguintes termos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

⁹⁵ CF: “Art. 48 - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

Com base na definição legal, é possível afirmar que o direito difuso possui as características de transindividualidade e diz respeito a um objeto indivisível, cuja titularidade é indeterminada e interligada por circunstâncias de fato. Diz-se que os interesses ou direitos difusos são transindividuais porque ultrapassam os limites da esfera de direitos e obrigações do indivíduo; são os interesses “que depassam a órbita dos grupos institucionalizados, pelo fato de que a indeterminação dos sujeitos concernentes não permite sua ‘captação’ ou ‘atribuição’ em termos de exclusividade”.⁹⁶

Para Ada Pellegrini Grinover⁹⁷:

Interesses difusos são aspirações espalhadas e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referidas à ‘qualidade de vida’, cujas principais características são a meta-individualidade, inexistência de um vínculo jurídico e uma área bastante ampla de conflituosidade.

Hugo Nigro Mazzilli⁹⁸ conceitua interesses difusos como aqueles de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos indetermináveis, mas que compartilham a mesma situação de fato. E aduz que:

[...] os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.

O autor cita como exemplo o interesse dos moradores de uma determinada região pelo meio ambiente sadio ou, ainda, o combate à propaganda enganosa divulgada no rádio ou na televisão.

Os interesses ou direitos difusos não podem ser considerados mera subespécie de interesse público, embora possam ser tão abrangentes que chegam a se confundir com o interesse do Estado, como nos direitos transindividuais referentes ao meio ambiente como um todo.⁹⁹

⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 92.

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Democracia, participação e processo. In: _____; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 31.

⁹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, p. 21.

⁹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

Nesse sentido, vê-se que o conceito legal de interesses ou direitos difusos e coletivos não se aplica apenas à esfera do consumidor, uma vez que o próprio CDC (art. 90) e a LACP (art. 21) estenderam a sua aplicação a todas as situações em que se reclamam tais direitos.

Sobre o tema, vale conferir o ensinamento de Nelson Nery Junior¹⁰⁰:

Direitos Difusos. Aplicação do conceito legal. Por expressa determinação legal (CDC 90 e LACP 21) as definições legais de direitos difusos e coletivos (CDC 81 par. ún. I e II) são aplicáveis a todas as situações em que é reclamado o exame desses conceitos e não apenas às lides de consumo. Todas as outras definições de direitos difusos e coletivos que contrariarem o texto ora analisado devem ser entendidas como proposições de *lege ferenda*, inaplicáveis às situações concretas levadas ao Judiciário.

Dessas lições, extrai-se que os interesses ou direitos difusos possuem a característica da indivisibilidade, visto que não é possível cindi-los. Trata-se de coisa ou objeto que pertence a todos, mas a ninguém é dado o direito dela dispor ou, em outras palavras, pertence a todos e a ninguém ao mesmo tempo.

Ademais, uma vez que o objeto/bem pertence a todos, a sua titularidade passar a ser indeterminada. Mas, apesar de os seus titulares se encontrarem interligados por uma circunstância fática, não há relação jurídica básica.

2.3 DIREITOS COLETIVOS *STRICTO SENSU* – CONCEITO

A definição legal dos direitos coletivos *stricto sensu* está contida no CDC, em seu art. 81, parágrafo único, inciso II, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 1.705.

titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

A doutrina de Hugo Nigro Mazzilli¹⁰¹ consigna o seguinte conceito de direitos coletivos:

(Interesses) coletivos são os interesses também de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos determináveis, reunidos por uma mesma relação jurídica básica (como os indivíduos que assinam um contrato de adesão o qual contenha cláusula abusiva; a abusividade da cláusula é compartilhada em igual medida por todos os integrantes do grupo).

Os interesses ou direitos coletivos, a exemplo dos interesses ou direitos difusos, também ultrapassam a esfera de direitos e obrigações de caráter individual. No entanto, distinguem-se dos interesses e direitos difusos pela determinabilidade dos titulares. É dizer: enquanto os interesses ou direitos difusos encontram-se difundidos na coletividade, os interesses ou direitos coletivos possuem como característica a determinabilidade dos seus titulares, já que estes, entre si, estão ligados por uma relação jurídica com a parte contrária. Assim, mesmo que no primeiro momento não seja possível identificar todos os envolvidos, estes são identificáveis na medida em que participaram de determinada relação jurídica.¹⁰²

Nos interesses e direitos coletivos, a indivisibilidade do objeto é outra característica em comum com os interesses e direitos difusos, ou seja, a lesão, da mesma forma que a reparação, atinge a todos os envolvidos.

2.4 INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – CONCEITO

A definição dada pelo legislador para os interesses ou direitos individuais homogêneos está no art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

¹⁰¹ MAZZILI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivo*, p. 21.

¹⁰² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 8.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Como se vê, o legislador não definiu o instituto, contudo, é possível concluir que diz respeito aos interesses ou direitos individuais cuja origem decorre de uma mesma causa, de forma que a tutela para a defesa desse interesse pode ser coletiva, ou seja, atribui-se-lhe a característica de direito individual homogêneo devido à tutela coletiva a que se submete o direito violado.¹⁰³

Salienta-se que o legislador consumerista facultou a possibilidade de se ingressar em juízo coletivamente para defender interesses ou direitos individuais homogêneos, isto porque os efeitos de uma lesão considerada individualmente podem não ser significativos, mas quando é considerada a coletividade, tem-se uma dimensão exata dos prejuízos advindos da prática lesiva.

Ademais, caso todos os lesados decidissem defender isoladamente o seu direito, ocorreria um derrame de ações individuais, que certamente inviabilizaria o Poder Judiciário. É o caso dos expurgos inflacionários ocorridos com as cadernetas de poupança nos anos 1990, quando, em função do Plano Verão, os bancos não aplicaram a correção devida para a atualização dos saldos em conta, causando prejuízos a milhões de poupadores. Os maiores poupadores ingressaram com ação de cobrança para recálculo dos valores depositados. Por sua vez, os pequenos poupadores sem condições ou sem conhecimento para ingressar isoladamente em juízo, por força de uma ação civil pública ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), têm a possibilidade de solicitar o cumprimento da sentença mediante a simples apresentação dos extratos.

Os interesses individuais homogêneos têm natureza divisível, sendo possível determinar as pessoas detentoras do direito, reunidas que estão por uma lesão de origem comum.

Ainda, cite-se o exemplo dos consumidores que adquiriram um produto, fabricado em série, colocado no mercado com o mesmo defeito. Nesta hipótese,

¹⁰³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 9.

todos os integrantes do grupo lesado têm direito a uma reparação e o valor recebido a título de indenização será igualmente dividido entre todos os integrantes.¹⁰⁴

Em se tratando de características de cada um dos interesses ou direitos transindividuais, Hugo Nigro Mazzilli¹⁰⁵ enumera:

a) nos interesses difusos, o liame ou nexos que agrega o grupo está essencialmente concentrado numa situação de fato compartilhada de forma indivisível, por um grupo indeterminável; b) nos interesses coletivos, o que une o grupo é uma relação jurídica básica comum, que deverá ser solucionada de maneira uniforme e indivisível para todos seus integrantes; c) nos interesses individuais homogêneos, há sim uma origem comum para a lesão, fundada tanto numa mesma relação jurídica que a todos envolva, mas, o que lhes dá a nota característica e inconfundível é que o proveito pretendido pelos integrantes do grupo é perfeitamente divisível entre os lesados.

Em síntese, os direitos ou interesses difusos *lato sensu* interessam à sociedade porque protegem bens indivisíveis espalhados pelo planeta e de interesse da coletividade, imprescindíveis para garantir uma saudável qualidade de vida não somente para esta geração, como também para as futuras.

2.5 CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Na linha de raciocínio de Nelson Nery Júnior¹⁰⁶, “um direito caracteriza-se como difuso [...] de acordo com o tipo de tutela jurisdicional e a pretensão levada a juízo”. Aduz o autor que “a pedra de toque do método classificatório” para qualificar um direito como difuso, coletivo ou individual é o “tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”.

Rememorando que “da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais”, adverte o autor:

¹⁰⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*, p. 54.

¹⁰⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*, p. 55.

¹⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 199.

Interessante notar o engano em que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo, por exemplo, que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc. Na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial, ou seja, o tipo de pretensão de direito material que se deduz em juízo.¹⁰⁷

E conclui que um mesmo fato pode dar ensejo a pretensões difusa, coletiva e individual, de forma que não é possível classificar um evento como difuso, coletivo ou individual homogêneo. Aqui, para exemplificar, cai bem o famigerado acidente com o Bateau Mouche IV, ocorrido no Rio de Janeiro, no Réveillon de 1988, e que afundou devido à superlotação, provocando a morte de cinquenta e cinco pessoas. *In casu*, o mesmo fato lesivo poderia ensejar (i) ação individual impetrada por qualquer uma das vítimas do acidente, ou seus herdeiros, que litigariam com base no direito individual violado, (ii) ação de indenização a ser ajuizada por entidade associativa em favor de todas as vítimas do acidente, configurando ação coletiva com base em direito individual homogêneo e, ainda, ação de obrigação de fazer interposta por associações das empresas de turismo a fim de defender, com fulcro no direito coletivo, a boa imagem do setor que fora seriamente abalado devido à irresponsabilidade dos donos da embarcação; e (iii) ação civil pública, de iniciativa do Ministério Público, pleiteando a interdição da embarcação em respeito à vida e à segurança da coletividade, baseada no direito difuso transgredido.¹⁰⁸

Conclui-se, então, que um mesmo fato pode violar interesse difuso, coletivo e individual homogêneo e, conseqüentemente, resultar em ações distintas.

E, como esclarece Nelson Nery Junior¹⁰⁹, “o tipo de pretensão de direito material é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual”.

¹⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo, p. 199.

¹⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo, p. 199-200.

¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo, p. 199.

Sobre o tema, José Carlos Bedaque¹¹⁰ adota posicionamento em sentido contrário, quando assevera que o tipo de direito é o que determina a espécie de tutela pretendida e que esta visão seria demasiadamente processualista. A sua justificativa é que, defender tal visão significa negar a existência dos interesses difusos e coletivos fora de um processo. Nas suas palavras:

Não parece correto, todavia, afirmar seja a tutela jurisdicional pleiteada o elemento a determinar a natureza do interesse deduzido em juízo. Ao contrário, é o tipo de direito que determina a espécie de tutela. Há tutelas preventivas e reparatórias para todo tipo de direito ou interesse. Tudo vai depender das circunstâncias do caso. Aliás, se não fosse assim, chegaríamos ao absurdo de afirmar que inexistem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos fora do processo. Eles surgiriam apenas com a formulação da tutela jurisdicional. Evidentemente, não está correto o raciocínio, que parte de premissa falsa. O interesse ou direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo, independentemente da existência de um processo. Basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir.¹¹¹

Daí se infere que a classificação do direito ou interesse em difuso, coletivo ou individual homogêneo ocorre a partir do fato da vida ou da relação jurídica base, sendo prescindível a existência de um processo.

Kazuo Watanabe¹¹², adotando o mesmo entendimento, declara que a natureza da tutela pleiteada é definida por intermédio da correta identificação dos elementos objetivos da ação. Desta feita o fundamento e os termos do pedido de tutela definirão se a ação é coletiva ou individual.

Para ilustrar a sua posição, o jurista apresenta o seguinte exemplo:

Tome-se como exemplo da ação aforada para o desbloqueio dos cruzados. Se a inconstitucionalidade do bloqueio é arguida apenas *incidenter tantum*, como mera questão prejudicial para justificar o pedido de desconstituição dos bloqueios individualizados, estamos diante de demanda individual, quando muito com pluralidade de partes. Para que a ação seja verdadeiramente uma demanda coletiva, o autor deverá, mediante enunciação de causa de pedir adequada (v.g., inconstitucionalidade), postular a desconstituição do ato geral de bloqueio de cruzados, postulando provimento jurisdicional que beneficie de modo uniforme todas as pessoas que

¹¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40.

¹¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo, p. 40.

¹¹² WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, v. 67, jul.-set. 1992. p. 23.

se encontrem na mesma situação. (cf. 'Demandas coletivas', pp. 20 a 23). Como se verifica, em confirmação ao exposto no texto, a demanda será individual ou coletiva em função de dados encontrados no plano material. Mais uma vez revela-se a importância da relativização do binômio.

Nas doutrinas colacionadas, percebe-se uma discórdia quanto à classificação dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais. Contudo, o entendimento amplamente adotado e mais citado em diversos acórdãos é o esposado por Nelson Nery Junior.

CAPITULO 3 – A INTEGRAÇÃO CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 A DISCIPLINA JURÍDICA DA OFERTA

Oferta, para Maria Helena Diniz¹¹³, é a “declaração subreptícia de vontade, dirigida por uma pessoa à outra, por força da qual a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada se a outra parte aceitar”.

Na análise do civilista Silvio Rodrigues¹¹⁴, a proposta é a oferta dos termos de um negócio, quando uma parte convida outra para aquiescerem sobre algo. Constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o polícitante convida o oblato a contratar, apresentando, desde logo, os termos em que se dispõe a fazê-lo. O contrato somente se aperfeiçoa pelo cruzamento das declarações das partes, valendo lembrar que a mera proposta contém uma declaração séria do polícitante.

Carlos Roberto Gonçalves¹¹⁵ entende que havendo concordância com os termos da proposta ocorre a aceitação ou oblação, a qual consiste na clara manifestação de vontade, indispensável para se concluir o contrato. Segundo ensinamento do autor:

[...] somente quando o oblato se converte em aceitante e faz aderir a sua vontade à do proponente, a oferta se transforma em contrato. A aceitação consiste, portanto, ‘na formulação da vontade concordante do oblato, feita dentro do prazo e envolvendo adesão integral à proposta recebida’.

Registre-se que da declaração unilateral de cada uma das partes resulta a força vinculante dos contratos. Diz-se isso porque, as partes evidentemente se obrigaram a realizar determinado negócio jurídico e assim o declararam.

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3. p. 39.

¹¹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.3. p. 61.

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III. p. 56.

No Código Civil de 1916, a oferta se encontrava disciplinada no art. 1.080, que assim estabelecia, *in verbis*: “Art. 1.080. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

O propósito da norma é assegurar a estabilidade das relações sociais, pois aquele que propõe um negócio gera uma expectativa legítima na pessoa a quem a proposta foi endereçada, de forma que a retirada arbitrária da oferta geraria insegurança ao aceitante e poderia causar prejuízo a este último, que imbuído de boa-fé acreditou na proposta feita.¹¹⁶

Bem por isso, a lei obriga aquele que faz a proposta o dever de mantê-la e caso não o faça se sujeita a perdas e danos. A própria lei, no art. 1.081 do Código Civil anterior, enumera as hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória, fazendo a necessária distinção na proposta dirigida à pessoa presente e naquela dirigida à pessoa ausente.

De acordo com o mencionado artigo, a proposta deixaria de ser obrigatória quando feita sem prazo a uma pessoa presente e esta não a aceitasse imediatamente ou ainda se a proposta fosse feita sem prazo a uma pessoa ausente e tivesse transcorrido tempo suficiente para a resposta chegar ao conhecimento do proponente. Estabelecia o citado artigo que a proposta deixaria de ser obrigatória, caso fosse feita à pessoa ausente e esta não tivesse expedido a resposta dentro do prazo concedido ou, ainda, se antes da resposta, ou simultaneamente, chegasse ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Caio Mario da Silva Pereira¹¹⁷ esclarece que, apesar da força obrigatória da proposta, o proponente tem a faculdade de se retratar, ainda que haja ressalva nesse sentido. Para tanto, é necessário que a retratação chegue ao conhecimento do oblato antes da proposta ou, ainda, simultaneamente a ela, “casos em que as duas declarações de vontade (proposta e retratação), por serem contraditórias,

¹¹⁶ Sobre o tema, cita-se a doutrina de Clóvis Beviláqua, para quem: “A proposta é a manifestação da vontade de uma parte contratante, que solicita a vontade acorde da outra parte. Ela só por si não gera o contrato, mas o interesse social exige que seja séria, tenha estabilidade; por isso o Código Civil declara que o proponente fica, em regra, obrigado a mantê-la. Cessa essa obrigação, se dos próprios termos da proposta, da natureza do negócio e das circunstâncias isso mesmo se infere”. (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. v. 4. p. 195).

¹¹⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 11. ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III. p. 44.

nulificam-se e destroem-se reciprocamente. Não importa de que via ou meio se utiliza o proponente (carta, telegrama, mensagem por mão de próprio etc.)”.

Orlando Gomes¹¹⁸ ensina que proponente ou policitante é a pessoa que emite a oferta, ao passo que a pessoa que aceita a oferta a ele dirigida se denomina aceitante ou oblato.

Dessarte, para que se configure a disciplina jurídica da oferta no âmbito do Código Civil, há que existir em primeiro lugar um oferente ou proponente determinado e um destinatário, também determinado, da respectiva proposta. Ainda, a proposta deve ser firme e contemplar todas as nuances do negócio a ser entabulado, para que o oblato possa analisar e anuir, ou não, aos seus termos. Caso não haja aceitação, não há que se falar em formação do vínculo obrigacional entre proponente e oblato.

A oferta, ou proposta, por conter os elementos essenciais do negócio, constitui uma declaração de vontade com efeito jurídico de vinculabilidade ou irrevogabilidade, com vistas a proteção e segurança dos negócios.

Da doutrina de Carlos Roberto Gonçalves¹¹⁹, retira-se o seguinte ensinamento:

A proposta deve conter todos os elementos essenciais do negócio proposto, como preço, quantidade, tempo de entrega, forma de pagamento etc. Deve também ser séria e consciente, pois vincula o proponente (CC, art. 427). Deve ser, ainda, clara, completa e inequívoca, ou seja, há de ser formulada em linguagem simples, compreensível ao oblato, mencionando todos os elementos e dados do negócio necessários ao esclarecimento do destinatário e representando a vontade inquestionável do proponente.

A propósito, é importante salientar que o citado art. 427 do atual Código Civil repete o mesmo texto do art. 1.080 do diploma civilista anterior (1916), de sorte que a proposta séria e consciente vincula o proponente, que tem o ônus de mantê-la por certo tempo, a contar de sua efetivação, sob pena de responder por perdas e danos se arrepender-se e resolver retirá-la.

A oferta é um negócio jurídico receptício porque sua eficácia depende da aceitação por parte do oblato; não tem força absoluta, pois não gera nem direitos nem obrigações imediatamente, ou seja, não equivale a contrato.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 59.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais, p. 51.

Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda¹²⁰, “o oferente vincula-se por sua oferta e à sua oferta, até que cesse a possibilidade de aceitação, ou à conclusão, com os pressupostos necessários”.

Silvio de Salvo Venosa¹²¹, informando que o Código civil francês não dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade da proposta, conclui que naquele país a oferta não teria força vinculante, consequentemente, o ofertante poderia retirar a oferta até a aceitação, gerando insegurança para os interessados¹²².

No sistema do Código alemão, a proposta vincula o proponente, razão pela qual deve ser mantida por um determinado prazo e mediante certas condições. Contudo, não se pode confundir vinculação da proposta com a sua revogabilidade: na vinculação da proposta o ofertante pode desistir de realizar o negócio e submeter-se a perdas e danos; a cláusula de irrevogabilidade indica que não poderá desistir do negócio.¹²³

Sobre a herança das disposições pátrias, a seguinte análise é pertinente:

Os arts. 1.080 (atual) e 427 (antigo) dos nossos Códigos filiam-se ao sistema germânico. A proposta é vinculativa, com efeitos concretos, sendo esses efeitos já disciplinados pela lei do consumidor. A formação do contrato diz respeito tanto aos interessados presentes quanto aos ausentes. No entanto, como vemos da dicção legal, esse princípio vinculante da proposta não é absoluto.¹²⁴

Com efeito, consoante a disciplina do art. 429 do Código Civil em vigor “a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte Especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. t. XXXVIII. p. 4.189.

¹²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 532-533.

¹²² “Na França, a jurisprudência entende que, em princípio, o peticitante não está vinculado à sua oferta e pode retratar-se até que venha uma aceitação válida. Essa regra, entretanto, vem sendo gradativamente corroída em várias hipóteses. Primeiro, quando o peticitante fixa um período de validade para a oferta (prazo de aceitação), comprometendo-se a não retirá-la antes de uma certa data. Segundo, quando abusa (carência de motivo legítimo) do direito de revogação, exercendo-o prematuramente, mas antes da expiração de um prazo razoável implícito. Nesse último caso, sob a base de que a oferta, para corresponder à sua finalidade social, necessita que seu destinatário tenha tempo suficiente para examiná-la e respondê-la, conferido ao oblato um prazo razoável, geralmente muito breve”. GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations, le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. v.2. p. 270-279 *apud* BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 266-267.

¹²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 532-533.

¹²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 533.

contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Trata-se de oferta dirigida não à pessoa determinada, mas aberta ao público; não obstante, permanece com o caráter de negócio jurídico receptício.

Para Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹²⁵, o citado artigo demonstra que a legislação civil brasileira reconheceu pela primeira vez o fenômeno da “oferta ao público”. Assinala que a “equivalência” entre oferta e proposta representou um avanço. Contudo, tecnicamente, entende que não se trata de “proposta por equivalência” mas de genuína proposta. E completa o raciocínio:

Por amor à técnica, é bom notar, *ab initio*, que não estamos diante, verdadeiramente, ao contrário, do que deseja indicar o CC, de ‘proposta por equivalência’, mas de genuína proposta. Por aqui já se começa a perceber que o reconhecimento tardio do caráter vinculante da oferta publicitária não ocorreu facilmente, pois é inegável, até no discurso legal adotado, a resistência do legislador em romper com paradigma ultrapassado e injusto do Código de 1916 (=rectius, da doutrina civilista inspirada no CC).¹²⁶

O tipo de oferta estabelecido pelo legislador para equiparação à proposta não existe na prática de mercado, ou seja, é juridicamente possível, mas concretamente implausível na medida em que exige que a oferta ao público contenha todos os requisitos essenciais ao contrato. Assim, um anúncio publicitário com estas características assemelhar-se-ia a uma bula de remédio e não a um anúncio. A solução para aparente paradoxo hermenêutico está no final próprio artigo (“salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”), pois configuraria uma exceção que no mundo do marketing acabou transformando-se em regra geral. Desta feita, mesmo sem os requisitos essenciais ao contrato, a publicidade constitui uma proposta.¹²⁷

Conforme dispõe o parágrafo único do art. 429 do atual Código Civil, é possível revogar a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que contenha tal ressalva na oferta realizada. No entanto, a disciplina do caput do citado artigo não tem repercussão concreta nas relações de consumo, as quais estariam inteiramente

¹²⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 270.

¹²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 270.

¹²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 270.

reguladas por norma especial, valendo o estudo simplesmente para realçar a visão moderna adotada pelo código consumerista.¹²⁸

Voltando à disciplina jurídica da oferta no Código Civil, ressalta-se que é possível determinar na própria oferta o prazo de validade. Nesta hipótese, transcorrido o prazo determinado pelo ofertante sem que ocorra a aceitação pelo oblato, o primeiro se desobriga.

Sílvio de Salvo Venosa¹²⁹ assinala que a oferta tem prazo determinado ou determinável, pois sua eficácia não pode ser indefinida. De acordo com o Código Civil¹³⁰, se a proposta foi feita sem prazo a uma pessoa presente, deixa de ser obrigatória caso a aceitação não ocorra imediatamente.

O doutrinador civilista, citando Miguel Maria de Serpa Lopes, assevera ainda o seguinte:

O contrato realizado entre presentes é aquele em que a proposta e a aceitação ocorrem diretamente entre as partes ou seus representantes. A lei entende como entre ausentes o contrato em que as partes se manifestam indiretamente, por intermediário, mensageiro ou outra forma de correspondência.¹³¹

De outra banda, o contrato entre ausentes ocorre quando há troca de correspondência, intercâmbio de documentos entre as partes:

Quanto às pessoas ausentes, várias foram as opções encontradas no direito comparado. A proposta entre ausentes diz respeito à correspondência por carta ou telegrama, com ou sem intervenção dos serviços de correio. A correspondência pode ser remetida e entregue pelo próprio interessado, ou por alguém contratado para tal. Pelo sistema da cognição ou informação, o contrato somente se perfaz no momento em que o proponente toma conhecimento da aceitação. Tem o inconveniente de deixar ao arbítrio do ofertante tomar a iniciativa de conhecer a resposta, abrindo ou não a correspondência.¹³²

A propósito, o contrato realizado por meio de telefone, computador ou fac-símile é considerado contrato entre presentes.

¹²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 270.

¹²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 535.

¹³⁰ Cf. art. 1.081 do CC 1916 e art. 428, inciso I, do CC 2002.

¹³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 535.

¹³² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 535.

De acordo com o sistema da agnação ou declaração em geral, o contrato se aperfeiçoa pela declaração do oblato.

Nesse aspecto, no sistema da agnação existem três correntes: (i) teoria da declaração propriamente dita, segundo a qual o contrato se completa no momento em que o oblato dirige a aceitação; (ii) teoria da expedição, que defende que o momento de aperfeiçoamento do contrato é aquele em que a aceitação é expedida pelo oblato; e (iii) teoria da recepção, que assenta que o aperfeiçoamento do contrato somente ocorre quando o proponente recebe o comunicado da aceitação.

No Código Civil revogado (1916), o aperfeiçoamento da proposta estava disciplinado no art. 1.086, o qual estabelecia que os contratos por correspondência epistolar ou telegráfica tornavam-se perfeitos a partir do momento em que a aceitação é expedida, exceto se antes da proposta ou junto com ela chegasse ao proponente a retratação do aceitante; se o proponente houver se comprometido a esperar a resposta, ou se ela não chegar no prazo convencionado.

O Código Civil de 2002 manteve a norma no art. 434, apenas substituindo a expressão “correspondência epistolar ou telegráfica” por “entre ausentes”.

Conclui-se que, a exemplo do Código Comercial, o atual diploma legal civilista adotou a teoria da expedição.

Por fim, a adoção da mencionada teoria pelo Código Civil foi temperada “porque o Código permite, apesar de acatar a teoria da expedição, a retratação da proposta, atendendo a uma necessidade social”.¹³³

3.2 A OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Preliminarmente, cumpre salientar que, no âmbito do CDC, a oferta corresponde à proposta do Código Civil, pois tanto a oferta disciplinada naquele código quanto a proposta deste têm como característica comum obrigar a parte que a realizou.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 536.

A distinção que emerge alude ao fato de que o descumprimento da proposta do Código Civil se resolve em perdas e danos, ao passo que a recusa em cumprir os termos da oferta no CDC pode ensejar a execução forçada da obrigação.

No CDC, a oferta está regulada nos artigos 30 a 35 e, nos mesmos moldes do Código Civil, dispõe que deve ser séria, clara, precisa e definitiva. Eis o texto do art. 30, *in verbis*:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

No CDC, a oferta é dirigida à sociedade de modo geral, isto é, pessoas indeterminadas, razão pela qual deve ser ampla, afastando a interpretação em seu sentido clássico.

A respeito, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹³⁴ ensina:

Não se deve interpretar o vocábulo oferta utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu sentido clássico. O fenômeno é visto pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo em que as ofertas não são mais individualizadas e cristalinas. Oferta, em tal acepção, é sinônimo de marketing, significando os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores. Qualquer uma dessas técnicas, desde que 'suficientemente precisa', pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. Aí reside uma das maiores contribuições do direito do consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos.

Estabeleceu-se, assim, uma importante distinção: na relação jurídica de consumo será aplicado o CDC.

O art. 30 do CDC ampliou a noção de oferta ao afirmar que toda informação ou publicidade suficientemente precisa constitui uma oferta ou proposta, integra o futuro contrato e nesta qualidade vincula o fornecedor.

Anota-se que as chamadas ofertas especiais resultantes das estratégias de marketing de consumo, que visam fidelizar e atrair um maior número de consumidores, devem ser claras, verdadeiras e leais, pois também se encontram reguladas pelo CDC.

¹³⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 255-256.

A oferta instituída pelo código consumerista constitui um novo regime legal que estabelece como proposta contratual todas as informações disponibilizadas sobre o produto ou serviço, inclusive aquelas veiculadas na forma de publicidade, com vistas a assegurar maior lealdade e veracidade nas relações de consumo.

Na avaliação de Sílvio de Salvo Venosa¹³⁵, a simples oferta ao público tem o condão de vincular o fornecedor aos termos da proposta, independentemente da presença do consumidor no estabelecimento comercial, de forma que não é permitido revogar ou alterar o preço do produto durante a validade da proposta.

O artigo 35 do CDC dispõe acerca da vinculação do fornecedor à sua proposta, listando opções para o consumidor em caso de descumprimento do fornecedor, quando poderá escolher entre (i) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; (ii) aceitar outro produto ou prestação equivalente; ou (iii) rescindir o contrato com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a indenização por perda e danos.

Importante mencionar que a exemplo do que ocorre no campo do direito civil, no âmbito do direito do consumidor a oferta deve ser mantida até mesmo em caso de morte do ofertante.

A lição seguinte corrobora a assertiva:

No campo dos direitos do consumidor, não resta sombra de dúvida de que o espírito da lei obriga o sucessor do fornecedor à proposta oferecida por este. Isto é aplicado tanto no caso de sucessão *inter vivos* como *causa mortis*.

A teoria tradicionalmente aceita em nosso direito também entende que os herdeiros obrigam-se a cumprir a oferta do proponente falecido. Trata-se de consequência da adoção da teoria germânica entre nós. No sistema francês, como a oferta não era vinculativa, a morte do proponente extingue-a sem consequência para os herdeiros. No entanto, a oferta tem existência jurídica independentemente da aceitação. Constituindo-se uma obrigação, transmite-se aos herdeiros do ofertante, que somente poderão retratar-se na forma do art. 428, IV (antigo, art. 1.081, IV). O

¹³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 533.

princípio, evidentemente, não se aplica a uma proposta de obrigação personalíssima.¹³⁶

Aplica-se o princípio da transparência às relações de consumo antes mesmo da aceitação da oferta, pois se exige lealdade, veracidade e respeito nas informações veiculadas e dirigidas ao público consumidor. Este princípio está positivado no CDC, artigo 4º, que complementado pelo artigo 6º, inciso III, visa assegurar ao consumidor a informação plena, clara e precisa dos produtos e serviços colocados à sua disposição e o objetivo é possibilitar que o consumidor tenha reais condições de tomar sua decisão da forma mais consciente possível.

Sobre o princípio da transparência nas relações de consumo, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva¹³⁷ assevera:

O princípio da transparência, essencialmente democrático que é, ao reconhecer que, em uma sociedade, o poder não é só exercido no plano da política, mas também da economia, surge no Código de Defesa do Consumidor, com o fim de regulamentar o poder econômico, exigindo-lhe visibilidade ao atuar na esfera jurídica do consumidor.

Por sua vez, Fábio Ulhoa Coelho¹³⁸ preceitua:

De acordo com o princípio da transparência, não basta ao empresário abster-se de falsear a verdade, deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento.

O desrespeito aos princípios que cercam as relações de consumo, em especial a obrigação de informar constante e claramente o consumidor sobre as condições pertinentes ao negócio, afigura-se *contra legem* porque afronta os princípios da transparência e da informação, regedores que são de todo o arcabouço de proteção ao consumidor.

Portanto, toda relação de consumo, por mais insignificante que possa parecer, configura um contrato e como tal deve obediência aos princípios norteadores do CDC.

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 533.

¹³⁷ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 12.

¹³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. O crédito ao consumidor e a estabilização da economia. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*. São Paulo, ESMAC, 1/96, set./dez. 1996.

Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹³⁹, a respeito, afirma que “a fragilidade do consumidor manifesta-se com maior destaque em três momentos principais de sua existência no mercado: antes, durante e após a contratação”.

Também, nesse sentido, é a doutrina de Cláudia Lima Marques¹⁴⁰:

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4º, caput, do CDC, o da transparência. A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Neste ponto do estudo, cabe um adendo no que diz respeito à oferta. A hipótese de o instituto se regular tanto pelo CDC quanto pelo Código Civil configuraria um conflito aparente de normas que ensejaria dúvida a respeito de qual norma devesse ser adotada no caso concreto.

Para Newton de Lucca¹⁴¹ não há que se falar em prevalência de uma ou de outra norma porque a distinção reside no âmbito de aplicação de cada uma delas. E vaticina: nas relações de consumo aplicar-se-á, em princípio, o CDC e não o Código Civil. Caso a relação não se enquadre como de consumo, aplicar-se-á o Código Civil, pois não importa o *nomem juris* do instituto, mas sim a natureza jurídica estabelecida entre as partes.

Salienta-se que a expressão “em princípio” foi utilizada face à possibilidade de o intérprete se valer, se o caso, de norma heterotópica, mais favorável ao consumidor, ainda que se trate de relação jurídica de consumo.

Fato é que a aplicação do CDC deve harmonizar-se com a legislação em geral, aí incluído o Código Civil, pois não há compartimentos estanques no direito. E ainda:

¹³⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. [Nota de apresentação à obra de Cláudia Lima Marques *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*]. *O novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 10.

¹⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 594-595.

¹⁴¹ LUCCA, Newton de. A disciplina jurídica da oferta e a nova noção de oferta eletrônica. A publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor. In: RODAS, Joao Grandino (Coord.). *Direito econômico e social*. Atualidades e reflexões sobre direito concorrencial do consumidor, do trabalho e tributário, p. 215.

A preponderância deve ser a aplicação teleológica da lei na proteção do consumidor. A sobrevivência das regras gerais dos contratos é fundamental porque nem todos os contratos são regidos pela lei de consumo, como nem todos podem ser considerados consumidores. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor não teve a finalidade de regular toda a matéria referente à existência, validade e eficácia dos contratos.¹⁴²

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery¹⁴³ observam que o microsistema do CDC tem caráter principiológico, pois não se trata de lei geral, tampouco de lei especial, mas sim de um sistema que engloba as premissas de uma relação jurídica de consumo, composto por normas de diversos ramos do direito tradicional (civil, comercial, processual civil, administrativo, penal, econômico e outros). Por essa razão O CDC tem natureza de microsistema e, conseqüentemente, as leis especiais referentes a seguros, bancos, incorporação, entre outras, devem ser interpretadas em consonância com os princípios fundamentais que lhe dão sustentação.

De acordo com José Geraldo Brito Filomeno¹⁴⁴, o CDC traduz uma filosofia, uma diretriz geral de defesa do consumidor, pois traz em seu bojo legislação relativa a (i) saúde e vigilância sanitária; (ii) pesos e medidas, normalização e qualidade dos produtos; (iii) economia popular, usura, abuso do poder econômico; (iv) preços e abastecimento; (v) comercialização e publicidade; (vi) defesa do consumidor no mercado financeiro; (vii) defesa do consumidor no mercado de seguros; (viii) defesa do consumidor no mercado previdenciário; (ix) defesa do consumidor no mercado imobiliário e (x) serviços públicos e turísticos.

Silvio de Salvo Venosa¹⁴⁵ adverte que na análise do caso concreto envolvendo o consumidor, os princípios protetivos não devem ser interpretados ao extremo a ponto de aniquilar a livre iniciativa e o incentivo à produção. Para o autor, o objetivo da lei é a proteção do consumidor nos casos em que a atividade/conduita do fornecedor se mostrar abusiva ou contrária aos princípios gerais, o que não

¹⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 540.

¹⁴³ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código civil comentado e legislação extravagante*: atualizado até 15 de junho de 2005. 3. ed. rev., atual. e ampl. da 2. ed do Código Civil anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁴⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 109.

¹⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 540.

afasta os princípios fundamentais, já que não se pretendeu criar um novo direito. Afinal, os princípios tradicionais do direito contratual como autonomia da vontade; força obrigatória dos contratos; relatividade das convenções e principalmente a boa-fé serão considerados, ainda que sob nova filosofia.

Nesse diapasão, quadra registrar que o princípio da boa-fé é uma cláusula geral de aplicação do direito das obrigações e exige que as partes se comportem corretamente em todas as fases de qualquer contrato, seja durante as tratativas, seja na formação, seja na sua execução.

Flávio Tartuce¹⁴⁶ chama a atenção para a tendência ético-socializante do art. 113 do Código Civil, ao dispor que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração”. Esse enunciado consagra a boa-fé como cláusula geral e, como meio auxiliador da aplicação do direito, deve ser interpretado em conjunto com o art. 112 do mesmo diploma legal, que assim estabelece: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, que contém o conceito da boa-fé subjetiva.

Essa ética social conduz a um novo proceder, no qual as partes têm a obrigação de agir com respeito, com ética, com probidade, trazendo a lume todas as informações relevantes para a formação da relação jurídica, valendo lembrar que tal comportamento é esperado nas tratativas, na celebração e na execução do contrato, ou seja, antes, durante e depois da contratação. É dizer:

A cláusula geral de boa-fé, mais especificamente, traz aos contratos deveres anexos para as partes: de comportarem-se com a mais estrita lealdade, de agirem com probidade, de informarem o outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio.¹⁴⁷

O art. 1.337 do Código italiano¹⁴⁸ estabelece que no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, as partes devem se portar com boa-fé. O

¹⁴⁶ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 173.

¹⁴⁷ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*, p. 173.

¹⁴⁸ Judith Martins-Costa observa a presença do princípio da boa-fé em outros ordenamentos, tais como o direito francês (art. 1.135), o direito espanhol posterior à reforma de 1973 (art 7º, 1), o direito italiano (arts. 1.337 e 1.366), o direito argentino (art. 1.198) ou, ainda o direito português (arts. 239 e 762, 2, entre outros). (Incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 4, p. 140-172, 1992).

dispositivo em comento teria inspirado o nosso código atual, que erigiu cláusulas gerais para os contratos, fazendo referência ao princípio da boa-fé objetiva nos arts. 421¹⁴⁹ e 422^{150, 151}.

O princípio da boa-fé também vem expresso no CDC e funciona como diretriz. É o caso do art. 4º, inc. III¹⁵², que estabelece a harmonização dos interesses dos participantes das relações consumeristas e procura compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento tecnológico e econômico.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes¹⁵³ afirma que “essa harmonização nasce, então fundada na boa-fé e no equilíbrio”. Anota ainda que a boa-fé mencionada no inciso III do artigo 4º é princípio da Lei n. 8.078/1990.

A boa-fé se classifica em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva¹⁵⁴; a mencionada pelo CDC diz respeito à boa-fé objetiva e se traduz em regra de conduta, em comportamento leal e franco, de forma a estabelecer o equilíbrio das relações de consumo, haja vista o desequilíbrio econômico das partes envolvidas.

Flávio Tartuce¹⁵⁵, citando o Enunciado da III Jornada de Direito Civil¹⁵⁶, destaca que “o princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um dever

¹⁴⁹ CC: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹⁵⁰ CC: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 540.

¹⁵² CDC: “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no Mercado de consumo;

[...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”

¹⁵³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 127.

¹⁵⁴ Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes: “A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação. Nesse sentido, a boa-fé pode ser encontrada em vários preceitos do Código Civil, como, por exemplo, no art. 1.567, quando trata do casamento putativo, nos arts. 1.201 e 1.202 que regulam a posse de boa-fé, no art. 879, no que se refere à boa-fé do alienante do imóvel indevidamente recebido etc”. (*Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 127).

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*, p. 174.

¹⁵⁶ JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em:

de cumprir a favor do titular passivo da obrigação”. O objetivo principal do Enunciado seria dar proteção à parte frágil da relação obrigacional.

Os citados artigos 112 e 113 do Código Civil representam uma relativização das cláusulas contratuais. Na interpretação do negócio jurídico com base na cláusula geral de boa-fé deve prevalecer a intenção das partes ao celebrar o contrato e não necessariamente o conteúdo textual do instrumento, ou seja, ocorre uma relativização do *pacta sunt servanda*.¹⁵⁷

Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes¹⁵⁸, princípios aparentemente antagônicos devem ser compatibilizados, como a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico. E completa o raciocínio:

O princípio da boa-fé estampado no art. 4º da lei consumerista tem, então, como função, viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, compatibilizando interesses aparentemente contraditórios, como a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Com isso, tem-se que a boa-fé não serve somente para a defesa do débil, mas sim como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, que, como vimos, tem na harmonia dos princípios constitucionais do art. 170 sua razão de ser.

Enfim, a boa-fé objetiva engloba um modelo, um *standard*, um comportamento ético, fiel e leal de ambas as partes contratantes como forma de garantir respeito recíproco. Trata-se de princípio que visa garantir uma condição ideal na conduta das partes, sem causar lesão ou obstrução: é espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal.¹⁵⁹

3.3 NOVA NOÇÃO DE OFERTA ELETRÔNICA

Não há novidade alguma em se afirmar que a sociedade ingressou definitivamente na Era da Informação, no rastro do desenvolvimento da tecnologia e

<<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

¹⁵⁷ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*, p. 174.

¹⁵⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 128.

¹⁵⁹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 128.

da computação. Atualmente, o mundo produz informações em massa, do mesmo modo que os países industrializados produzem bens de consumo.¹⁶⁰

A popularização dos computadores pessoais (PCs), o seu uso disseminado e a rede mundial de computadores (Internet) foram responsáveis por uma nova maneira de as pessoas se relacionarem, de adquirir bens de consumo, de obter informações. Esse fenômeno, além da facilidade de comunicação, trouxe novos desafios e problemas para a sociedade, os quais o direito precisa dar conta.

A propósito das possibilidades que se abriram para o mercado com a comunicação via Internet e a oferta de bens e serviços por meio das redes virtuais, aqui nominada oferta eletrônica, é útil invocar a doutrina de Newton de Lucca¹⁶¹, que conceitua oferta eletrônica (proposta) como “aquela relação jurídica que se realiza com a utilização de um meio eletrônico”. Sobre a expressão “meio eletrônico” esclarece que ela é bastante ampla e, a princípio, compreenderia o rádio, a televisão, o telefone celular, o computador etc.

Silvio de Salvo Venosa¹⁶² atesta que a contratação que utiliza linha telefônica não pode ser considerada como avença entre presentes. E justifica:

Embora seja utilizada a linha telefônica, temos de ter em mente que essa contratação, como regra geral, não pode ser tida como entre presentes. A contratação por telefone, reputada entre presentes, mencionada pelo Código (art. 428, I; antigo, art. 1.081, I), é a que se aperfeiçoa pelo colóquio direto entre as partes, seus núncios ou representantes.

Dessa maneira, só será possível considerar entre presentes o contrato celebrado por meio eletrônico na hipótese de os contratantes terem utilizado simultânea e concomitantemente o computador, como ocorre em uma conversa ou bate-papo online.

Sabemos, entretanto, que nem sempre a oferta e a aceitação ocorrem de forma instantânea. Na maioria dos casos as transmissões ocorrem em horários previamente acertados, em momentos de menor sobrecarga da rede, quando, regra

¹⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 541.

¹⁶¹ LUCCA, Newton de. A disciplina jurídica da oferta e a nova noção de oferta eletrônica. A publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor, In: RODAS, Joao Grandino (Coord.). *Direito econômico e social. Atualidades e reflexões sobre direito concorrencial do consumidor, do trabalho e tributário*, p. 220.

¹⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 543.

geral, o oblato ou receptor não se encontra a postos ou online, para utilizar uma linguagem própria dos internautas. Nestas condições, a contratação, se realizada, será reputada entre ausentes.¹⁶³

Considerando que todas as operações efetuadas por intermédio da rede de computadores ficam cronologicamente registradas na memória da máquina, é possível verificar, em cada caso concreto, se a contratação foi operada entre presentes ou entre ausentes e aplicar os princípios do Código Civil ou do CDC, conforme o caso.

A prova de contratação, nos casos em que se dispensa a escritura pública, far-se-á pela simples impressão das mensagens trocadas, garante o civilista Sílvio de Salvo Venosa¹⁶⁴:

A prova da concretização do contrato por computador, admitindo-se que não há necessidade de escritura pública, faz-se pela impressão gráfica das comunicações trocadas, quando não pelas próprias gravações nos discos magnéticos que armazenam os dados. Essas gravações, no entanto, devem ser transcritas em linguagem vernacular. Há necessidade, portanto, de uma decodificação dos dados, o que não apresenta maior problema. As comprovações fática e jurídica do contrato resultam da impressão gráfica, daí derivando um documento particular (o que não impede que os cartórios de notas, já informatizados, redijam os documentos públicos da mesma forma).

Portanto, a contratação operada no âmbito da Internet, pode ser reputada como contratação entre presentes ou entre ausentes, dependendo do ocorrido entre as partes na remessa das mensagens e dos documentos. Ainda, a contratação por meio eletrônico, para ser considerada entre presentes, necessita de uma comunicação interativa e simultânea entre os computadores.

¹⁶³ Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa esclarece: “Quem opera com esse sistema sabe não é isso que geralmente ocorre. As transmissões são normalmente decorrentes de pré-programação, com horários acertados de transmissão, que procuram, por vezes, os momentos de menor sobrecarga na rede telefônica. Por sua vez, o receptor, o oblate no caso, raramente estará à espera da mensagem, a postos diante de seu equipamento eletrônico. Destarte, a contratação, nesse caso, é feita entre ausentes. Existem fases de apresentação da proposta e de aceitação bem nítidas”. (*Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 544).

¹⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 544.

3.4 VINCULAÇÃO AOS TERMOS DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A propósito desse tema, percebe-se que ao estabelecer a vinculação aos termos da oferta ou da proposta, o legislador consumerista ratificou o princípio da vinculação vigente no Código Civil. A única distinção revela que a oferta no âmbito do consumidor se dirige ao público em geral e tem como objetivo a contratação em massa; fora isso, a vinculação ocorre, não importando o modo/meio de divulgação do produto, se por intermédio de rádio, televisão, revista, jornal, Internet, planfeto, vitrines, mostruários etc.¹⁶⁵

Anota Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹⁶⁶ que o vocábulo “oferta” não deve ser interpretado em seu sentido clássico, mas sim pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo. Nesse tipo de sociedade, as ofertas deixam de ser individualizadas, pois dirigidas à massa de consumidores, contudo, continuam eficazes e aptas para influenciar o comportamento e a decisão final do consumidor.

Na acepção do CDC, oferta é sinônimo de marketing, abrangendo métodos, técnicas e instrumentos capazes de aproximar o consumidor dos produtos e serviços colocados à sua disposição. Qualquer que seja a técnica utilizada na divulgação, desde que “suficientemente precisa”, constitui-se em veículo eficiente para a formação de uma oferta vinculante. Desta feita, no âmbito do diploma legal consumerista, a oferta inclui tanto técnicas de indução pessoal quanto outras coletivas e difusas, como as promoções de vendas e a própria publicidade.¹⁶⁷

Maria Eugenia Reis Finkelstein¹⁶⁸ ressalta a hipossuficiência do consumidor para justificar o tratamento protecionista concedido. Nas suas palavras:

¹⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 540.

¹⁶⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 255-256.

¹⁶⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 256.

¹⁶⁸ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 243-244.

Em face da hipossuficiência do consumidor, o tratamento legal da oferta relacionada a uma relação de consumo é protecionista. O contrato de consumo deve ser orientado por dois princípios, quais sejam o princípio da transparência e o princípio da boa-fé objetiva, o que influencia, sobremaneira, a matéria relacionada à oferta. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, qualquer publicidade que contenha os elementos essenciais de um contrato deve ser considerada como uma oferta vinculante, o que amplia o seu conceito clássico.

Considerando que a oferta, no âmbito do CDC, tem por objetivo a contratação em massa, cabe ao ofertante ou fornecedor disponibilizar todas as informações, inclusive preço e condições de pagamento, acerca do produto ou serviço oferecido, mencionando inclusive as quantidades disponibilizadas para comercialização, no caso de produtos.

O dever de informar, previsto no art. 6º, inc. III, do código consumerista se completa com o princípio da transparência mencionado no seu art. 4º¹⁶⁹, o qual consagra o direito do consumidor de ser amplamente informado acerca de todas as características relevantes do produto ou serviço, sem falar que ambos integram o rol de direitos fundamentais do consumidor, que tem início com a oferta do produto colocado no mercado, antes mesmo de se estabelecer a relação de consumo.

O art. 30 do CDC¹⁷⁰ corrobora a assertiva ao estabelecer que toda informação ou publicidade suficientemente precisa sobre produtos e serviços oferecidos, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, obriga o fornecedor e integra o contrato que vier a ser celebrado.

A vinculação é um dos princípios norteadores do marketing, em qualquer de suas modalidades. Não obstante encontrar-se inserido na seção da oferta, o seu postulado se aplica também à publicidade, abrangendo todas as formas de manifestação do marketing.¹⁷¹

¹⁶⁹ CDC: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]”.

¹⁷⁰ De acordo com Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin o art. 30 inspirou-se no projeto francês, segundo o qual “[...] toda informação ou publicidade necessita, suficientemente, envolver o profissional que a fornece ou quem a utiliza [Tradução nossa]”. No original: “[...] toute information ou publicité suffisamment précise engage le professionnel qui la fournit ou qui l'utilise” (art. 95). (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 257).

¹⁷¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 258.

Percebe-se que o legislador agiu acertadamente ao distinguir informação e publicidade: a primeira é mais ampla do que a segunda no sentido de que toda publicidade contém uma informação, ao passo que nem toda informação pode ser considerada publicidade.¹⁷²

Ressalta-se que, nos termos do citado art. 30 do CDC, toda e qualquer informação que influencie de alguma maneira a decisão do consumidor vincula o fornecedor ou seu representante, independente de ser considerado anúncio publicitário.

Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹⁷³, a respeito, esclarece que:

A vinculação atua de duas maneiras. Primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar. Segundo, introduzindo-o (e prevalecendo) em contrato eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante.

É importante alertar que o referido liame somente ocorre se houver a veiculação da informação, pois “uma proposta que, embora colocada no papel, deixe de chegar ao conhecimento do consumidor não vincula o fornecedor”.¹⁷⁴

O art. 31 do CDC completa esse dever de informação ao dispor que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras e precisas, veiculadas em língua portuguesa, sobre características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazo de validade e origem, entre outros dados. Além disso, deve noticiar eventuais riscos à saúde e à segurança do consumidor.

A expressão “entre outros” utilizada pelo legislador significa que o rol de informações constantes do mencionado artigo não é exaustivo, de forma que qualquer outra informação relevante que não se enquadre na descrição ali contida deve igualmente ser passada ao consumidor, sob pena de o ofertante ou fornecedor ser responsabilizado por perdas e danos.

Exemplo do princípio de vinculação à oferta vigente no Código Civil está

¹⁷² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 257.

¹⁷³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 258.

¹⁷⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 258.

na obrigação que tem o fornecedor de garantir as condições da sua oferta durante o período de validade. Havendo recusa do fornecedor no cumprimento da oferta, fica à escolha do consumidor exigir o cumprimento forçado da obrigação ou produto equivalente ou, ainda, rescindir o contrato e pleitear indenização por perdas e danos, nos termos do contido no art. 35 do CDC.

Esse regime de vinculação da oferta publicitária, vale dizer, ocorreu somente no Brasil, a partir da implementação do CDC. Antes deste diploma legal, raramente a publicidade era considerada “proposta”, no sentido contratual tradicional, pois se a admitia como pura *invatatio ad offerendum*¹⁷⁵ e, por tal razão, não tinha poder vinculante.¹⁷⁶

¹⁷⁵ *Invitatio ad offerendum*: convite a contratar. Referia-se ao anúncio que não mencionava todos os requisitos, era incompleto e eventuais exageros eram equiparados a *dolus bonus*. Cf. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 264. *Invitio ad offire*: convite a contratar. Para Massimo Bianca, uma proposta incompleta pode assumir o valor de um convite à oferta a indicar somente o início de uma negociação. (*Diritto civile: il contratto*. Milano: Dott. A Giuffrè, 1987. v. III. p. 219).

¹⁷⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 267.

CAPÍTULO 4 – MERCADO DE CONSUMO E PUBLICIDADE

4.1 O SURGIMENTO DA MARCA E O MARKETING DA PUBLICIDADE

Antes de abordar a publicidade e todos os seus desdobramentos, faz-se necessário discorrer acerca do fenômeno das marcas no mundo moderno. Como se sabe, uma das consequências da industrialização foi o desenvolvimento da marca (*brand*), uma vez que os produtos, cada vez mais iguais, devido à fabricação em massa, não prescindiam de identificação como diferencial de mercado.

A criação da marca foi fundamental para distinção dos bens de consumo produzidos em larga escala, pois o consumidor deveria não somente identificar o produto, mas, principalmente, escolhê-lo entre outros tantos produtos parecidos entre si.

Naomi Klein¹⁷⁷ corrobora: “Com a industrialização, as marcas tornaram-se uma necessidade da era da máquina, no contexto da uniformidade manufaturada, a diferença baseada na imagem tinha de ser fabricada junto com o produto”.

Conforme assevera Gilles Lipovetsky¹⁷⁸, até os anos 1880, os produtos eram vendidos a granel, porém as novas indústrias, a fim de obter maior rentabilidade, decidiram acondicioná-los em pequenas embalagens para a distribuição no mercado. O sistema de acondicionamento, por sua vez, demandou a necessidade de as empresa atribuírem nomes aos seus produtos, criando, desta forma, a marca.

A *American Marketing Association* (AMA) define marca como nome, termo, símbolo, desenho ou uma combinação desses elementos, que deve identificar os bens ou serviços de um fornecedor ou grupo de fornecedores e diferenciá-los dos da concorrência.¹⁷⁹

¹⁷⁷ KLEIN, Naomi. Marcas globais e poder corporativo. In: MORAES, Denis (Org.). *Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder*. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 30.

¹⁷⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*, p. 29.

¹⁷⁹ AMERICAN MARKETING ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.marketingpower.com/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 17 fev. 2014. No original: A name, term, design, symbol, or any other feature that identifies one seller's good or service as distinct

Importante salientar que uma marca (*brand*) não se resume apenas aos produtos que fabrica e comercializa. Em rigor, a marca engloba uma série de fatores complexos, que podem ser traduzidos em estilo de vida, status, identificação, exclusividade. Enfim, trata-se de conceitos intimamente ligados à emoção e inter-relacionados de forma tão intensa que não é possível explicar facilmente a escolha do consumidor por uma determinada marca.

O surgimento e a consolidação da marca foram fundamentais para o mercado tal como o conhecemos e contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento da economia global.

Nesse cenário, e com tantos interesses e sentimentos complexos em jogo, atualmente, determinadas marcas têm valor superior ao valor do patrimônio físico da empresa criadora, como é o caso da Apple ou da Google, para citar somente dois exemplos.

Algumas marcas mundialmente famosas, como Coca-Cola e Procter & Gamble, foram criadas no século XIX¹⁸⁰ e perduram até o presente; tornaram-se mundialmente reconhecidas por seus produtos e alcançaram expressivo valor de mercado.

A Interbrand¹⁸¹ é responsável por divulgar anualmente um ranking das marcas mais valorizadas, levando em consideração múltiplos aspectos: o desempenho financeiro dos produtos ou serviços, o papel exercido pela marca ao influenciar a escolha do consumidor e o poder de determinada marca para determinar o preço “*premium*”¹⁸² para seus produtos, pelo valor intangível agregado, gerando consequentemente maiores lucros para a respectiva companhia.

A propósito, por treze anos consecutivos, a Coca-Cola manteve a liderança no ranking da Interbrand, sendo seguida pela Apple, que no ano de 2012 obteve uma valorização recorde, de 129% (cento e vinte nove pontos percentuais), valorização essa responsável por rebaixar a IBM, que até então detinha a vice-

from those of other sellers. The legal term for brand is trademark. A brand may identify one item, a family of items, or all items of that seller. If used for the firm as a whole, the preferred term is trade name.”

¹⁸⁰ A Coca Cola foi fundada em 1886 e a Procter & Gamble em 1837.

¹⁸¹ INTERBRAND. *Best Global Brands* 2013. Disponível em: <<http://www.interbrand.com/pt/best-global-brands/2013/Best-Global-Brands-2013.aspx>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁸² Verbete: Premium: de preço mais alto, especialmente por sua qualidade extra. SIGNIFICADO DE PALAVRAS. Dicionário online em português. Disponível em: <<http://www.significadodepalavras.com.br/premium>>. Acesso em: 01 out. 2013.

liderança. Mas, em uma reviravolta surpreendente, na classificação anunciada em 2013 pela Interbrand a Apple obteve uma valorização de vinte oito pontos percentuais e ultrapassou a Coca-Cola. Nesse patamar, a Apple tornou-se a empresa de maior valor entre as cem companhias classificadas no “*Best Global Brands 2013*”. Em seguida, veio a empresa Google, passando a até então líder Coca-Cola a ocupar o terceiro lugar no ranking das marcas.¹⁸³

Pode-se afirmar que as cinco primeiras empresas do ranking das marcas mais valorizadas desempenham com mérito as três premissas buscadas pela Interbrand: (i) são mundialmente reconhecidas como marcas “top”; (ii) não obstante seus produtos ostentarem preços “*premium*”, superiores aos produtos similares oferecidos no mercado, permanecem na lista de preferência de parcela considerável da população e (iii) a força da marca e o papel que exerce na decisão final do consumidor.

Anota-se, ademais, que das dez marcas mais valiosas, seis são empresas ligadas ao ramo de tecnologia (Apple, Google, IBM, Microsoft, Samsung e Intel), comprovando que o conhecimento e a excelência são diretamente responsáveis pelo desenvolvimento da sociedade.

Desde o surgimento da marca, a publicidade teve grande influência no inconsciente do consumidor, seja criando desejos, seja incentivando o consumo. Nessa tarefa, o marketing tem grande destaque¹⁸⁴ e não sem razão as empresas destinam grande parte de seu orçamento para a contratação das melhores agências de publicidade, que se valem muitas vezes de personalidades formadoras de opinião na veiculação de suas peças publicitárias.

O marketing e a publicidade fazem parte da sociedade moderna, reproduzem um estilo de vida almejado pela sociedade de massa e a consequência direta é o estímulo ao consumo de produtos e serviços considerados essenciais para

¹⁸³ INTERBRAND. *Best Global Brands 2013*. Disponível em: <<http://www.interbrand.com/pt/best-global-brands/2013/Best-Global-Brands-2013.aspx>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁸⁴ De acordo Philip Kotler, muitas são as definições possíveis para marketing, seja no aspecto social, seja no gerencial. Numa definição social, **marketing** é um processo social por meio do qual pessoas e grupos de pessoas obtêm aquilo que necessitam e o que desejam com a criação, oferta e livre negociação de produtos e serviços de valor com outros. (p *Administração de marketing*: a edição do novo milênio. Tradução Bazán Tecnologia e Linguística. Revisão técnica Arão Sapiro. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2000. p. 30).

o bem-estar, alimentando, desta feita, a cadeia de produção das empresas, o desenvolvimento de produtos e novas necessidades, e a geração de riqueza.

Nesse contexto, não se pode ignorar a força psicológica que o marketing exerce no indivíduo. Essa força é capaz de influenciar condutas a ponto de alterar padrões de consumo, que se vão reproduzindo em cascata para as classes subsequentes, até atingir toda a sociedade de massa.

A constatação da importância do marketing para a sociedade tornou imprescindível a imposição de regras no âmbito do direito, visando à proteção jurídica do consumidor, face a sua vulnerabilidade na relação jurídica de consumo.

4.2 PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Primeiramente, merece destaque o dever legal de informação previsto no art. 31 do CDC, que não se confunde com publicidade. Informação é uma obrigação legal e publicidade é uma faculdade, um direito do fornecedor.

O direito do fornecedor de utilizar a publicidade para divulgar seus produtos ou serviços se transforma em obrigação apenas em duas hipóteses previstas no CDC, no art. 10, parágrafos 1º e 2º, cuja disciplina estabelece que tendo o fornecedor tomado conhecimento dos riscos de produtos já colocados no mercado de consumo deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades e aos consumidores mediante anúncios publicitários. Os artigos 56, inciso XII, e 60 do mesmo diploma legal, preveem a imposição de contrapropaganda em caso de infrações às normas consumeristas.

Como qualquer atividade humana, a publicidade também necessita de controle e três são as formas: (i) sistema exclusivamente estatal; (ii) sistema exclusivamente privado; e (iii) sistema misto, com a mescla dos dois primeiros sistemas.

Nos termos do inciso XXIX do art. 22 da Constituição Federal¹⁸⁵, a União detém a competência privativa para legislar sobre publicidade. Não obstante, facultase aos estados e aos municípios legislar para regulamentar os meios e as formas de veiculação da publicidade. Bom exemplo é o da cidade de São Paulo, que instituiu uma norma proibindo publicidade em outdoors e determinou a dimensão de placas e fachadas publicitárias.

Sobre o tema, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹⁸⁶ esclarece:

Uma primeira modalidade de regramento da publicidade é através da intervenção estatal exclusiva. Em outras palavras, só o Estado, e apenas ele, pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las. Nenhuma participação têm, no plano da autodisciplina, os diversos atores publicitários.

Em oposição ao modelo de controle do Estado, tem-se o modelo exclusivamente privado ante o argumento de que o Estado não desempenharia papel legítimo no regramento da publicidade, posto que o próprio mercado tem incentivos para a correção de eventuais desvios e, caso o mecanismo da autorregulamentação se mostre ineficiente, o consumidor lesado pode acionar diretamente os tribunais, sem qualquer interferência do Estado. Não obstante, no plano teórico, existem objeções ao método da autorregulamentação, pois este não vincula todos os operadores e as regras que o regem não são normas jurídicas, faltando-lhes, assim, o atributo da generalidade. Desta feita, apenas aqueles que livremente aderissem ao modelo de controle privado se obrigariam às suas regras.¹⁸⁷

Dos dois sistemas descritos – sistema exclusivamente estatal e sistema exclusivamente privado – surge um terceiro método de controle, denominado sistema misto. Este sistema, considerado o método ideal e foi adotado pelo CDC, é explicado nos seguintes termos:

¹⁸⁵ CF: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXIX – propaganda comercial.”

¹⁸⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 301.

¹⁸⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 301-302.

Trata-se de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários.

Abre-se, a um só tempo, espaço para os organismos autorregulamentares (como o CONAR e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária), no Brasil e para o Estado (seja a administração pública, seja o Judiciário).

Foi essa a opção do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸⁸

Neste ponto, vale lembrar, junto com Suzana Maria Catta Preta Federighi¹⁸⁹, que até a promulgação do CDC, a publicidade era norteadada somente pela autorregulamentação.

Antes de avançar no estudo e analisar o conceito jurídico de publicidade, é importante distinguir publicidade e propaganda, que não têm igual significado, embora a origem etimológica das palavras seja a mesma: *propagare*, *publicare*, denotam “coisas que devem ser propagadas”.

Embora o senso comum utilize os vocábulos publicidade e propaganda para fazer referência a anúncios, os seus conteúdos são distintos; publicidade tem um fim comercial; propaganda encerra um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social.¹⁹⁰ Além disso, a publicidade tem um custo para o patrocinador, que não pode ser anônimo; já a propaganda pode ser veiculada sem custo, como no caso da propaganda eleitoral.

Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹⁹¹ concorda que a origem da distinção entre publicidade e propaganda estaria no fato de que a publicidade tem objetivo de lucro, de vantagem econômica.

Esse também é o entendimento de Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Serrano¹⁹², quando observam que a propaganda é a apologia de ideias de cunho político, religioso, científico, filosófico ou artístico e que a publicidade comercial é “o

¹⁸⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 303.

¹⁸⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. *Algumas notas sobre a publicidade no CDC*. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 225.

¹⁹⁰ Mario A. L. Guerreiro já observou, em prefácio de sua autoria, que: “A propaganda é uma atividade voltada para a difusão de uma ideia (a propaganda política é o mais conhecido exemplo), ao passo que a publicidade é uma atividade voltada para a difusão de uma mercadoria específica (publicidade desta marca de cigarro ou daquela marca de sabão em pó)”. *Apud* MARANHÃO, Jorge. *A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch*. Campinas, SP: Papyrus, 1988. p. 12.

¹⁹¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 307.

¹⁹² NUNES, JR., Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda A.P. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

ato de comunicação 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”.

O conceito apresentado destaca quatro aspectos básicos da publicidade:

1. aspecto material: trata-se de fenômeno da comunicação social;
2. aspecto subjetivo: é patrocinada por entes públicos ou privados, personalizados ou não;
3. aspecto conteudístico: é criada e desenvolvida por causa de uma atividade econômica, que indica a sua essência e sua razão de ser;
4. aspecto finalístico: seu objetivo é a comercialização do produto ou serviço, seja por intermédio da persuasão do consumidor ou, ainda, pela chamada publicidade institucional da marca, que busca indiretamente promover a qualidade do produto e obter o reconhecimento do consumidor.¹⁹³

Estabelecidas as distinções entre os institutos, cumpre observar que a citada distinção é meramente doutrinária, uma vez que a própria Constituição Federal utiliza ambos os termos como sinônimos.¹⁹⁴ Ao longo do texto constitucional, percebe-se ora o termo propaganda (art. 220, § 3º, inc. II), ora propaganda comercial (art. 22, inc. XXIX e art. 220, § 4º), ora publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX) e ora só publicidade (art. 37, caput e § 1º).

Em análise da técnica da Constituição Federal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes¹⁹⁵ explica:

Poder-se-ia objetar que o tipo ‘propaganda comercial’ é aquele voltado para o meio utilizado pelos empreendedores para estabelecer contato com os consumidores, uma vez que, quando fala em propaganda e propaganda comercial, a Carta Magna está se referindo a bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos (§4º do art. 220) ou a produtos, ‘práticas e serviços’ nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II do §3º do art. 220). Acontece que os serviços públicos são também em parte dirigidos ao consumidor e a todos os indivíduos, e ao tratar desses serviços, a norma constitucional usa o termo ‘publicidade’ (§1º do art. 37).

¹⁹³ NUNES, JR., Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda A.P. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*, p. 28.

¹⁹⁴ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 61.

¹⁹⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*, p. 62.

Com base nessas observações, pode-se afirmar que os dois vocábulos podem ser utilizados como sinônimos e dizer que somente assim seria possível resolver a confusão demonstrada no âmbito das normas infraconstitucionais, que invocam ambas as expressões indistintamente.¹⁹⁶ Anota-se que o legislador consumerista adotou o termo publicidade.

Para Suzana Maria Catta Preta Federighi¹⁹⁷, não importa a terminologia utilizada, se publicidade ou propaganda, relevante mesmo é o conceito e a aplicação correta da lei. Nas palavras da doutrinadora:

[...] a publicidade é, portanto, um instrumento multifacetado, voltado a introduzir, perpetuar ou aperfeiçoar uma atividade de mercado ou produto, criando um canal de comunicação entre o fornecedor e o mercado consumidor. É de fato uma parcela dos instrumentos de marketing disponíveis para todos os fornecedores e tem a função singela de constituir mecanismo de retroalimentação do capitalismo. Não se presta à divulgação de ideias ou ideologias, a não ser aquelas ideias de consumo. O propósito não é mais ou menos nobre que a propaganda. Apenas é diferente. E somente a publicidade se submete ao Código de Defesa do Consumidor.

No citado artigo, é a seguinte a definição de publicidade dada pela United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO): “todas as formas pelas quais os indivíduos e as organizações anunciam as mercadorias e os serviços que oferecem, e promovem uma imagem positiva de si mesmos [Tradução nossa]”.¹⁹⁸

O jurista português Carlos Ferreira de Almeida¹⁹⁹ conceitua publicidade como “toda a informação dirigida ao público com o objetivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade económica”.

De acordo com o Comitê de Definições da American Association of Advertising Agencies (AAAA): “Publicidade é qualquer forma paga de apresentação

¹⁹⁶ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. Curso de Direito do Consumidor: com exercícios, p. 61.

¹⁹⁷ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Org.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 227.

¹⁹⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 66. No original: “todas las formas en que los individuos y las organizaciones anuncian las mercancías y los servicios que ofrecen y promueven una imagen positiva de ellos mismos”.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira. Conceito de publicidade. *Boletim do Ministério da Justiça*. Porto Portugal, n. 349, outubro de 1985. p. 133.

impessoal e promoção, tanto de ideias como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”.²⁰⁰

Dorothy Cohen²⁰¹ traz um conceito mais amplo do instituto:

Publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico.

Publicidade, na definição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: “é toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias”.²⁰²

Para Adalberto Pasqualotto²⁰³, a publicidade é contrato social de consumo, fonte de obrigações autônomas, da mesma categoria dos atos existenciais ou das condutas sociais típicas, produzindo os mesmos efeitos dos atos negociais. Em decorrência, não se aplica à publicidade a disciplina própria dos atos jurídicos, inclusive o erro. Se o fato publicitário não depende da vontade para produzir efeitos, são irrelevantes os vícios que possam afetar a vontade de sua produção.

Torben Verstegaard e Kim Schoroder²⁰⁴ enumeram as cinco funções da publicidade: (i) chamar a atenção; (ii) despertar o interesse; (iii) estimular o desejo; (iv) criar convicção e, finalmente (v) induzir à ação.

Analisa Cláudia Lima Marques²⁰⁵ que a publicidade no sistema do CDC é “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover

²⁰⁰ AMERICAN ASSOCIATION OF ADVERTISING AGENCIES. Apud BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 305

²⁰¹ COHEN, Dorothy. *Publicidad comercial*. México: Diana, 1986. p. 50.

²⁰² “Artigo 8º O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.” CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

²⁰³ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, v. 651, p. 52-72. 1990.

²⁰⁴ VERSTEGAARD, Torben; SCHORODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. Trad. João Alves dos Santos: São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 47.

²⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 801.

junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.

Na avaliação da autora, a propaganda política e a publicidade governamental estão excluídas do conceito, visto que a primeira se rege por lei eleitoral e a segunda não tem por objetivo promover o consumo. E conclui: o elemento caracterizador da publicidade é a finalidade consumista.²⁰⁶

O legislador consumerista, acertadamente, não definiu de forma expressa o que é publicidade e, deixando tal tarefa para a doutrina, limitou-se a proibir as publicidades abusiva e enganosa, numa clara demonstração de que a proteção ao consumidor garantida pela norma tem início antes da relação contratual propriamente dita, no momento em que o mercado, valendo-se dos mais variados instrumentos de marketing, estimula a necessidade de consumo.

Na sociedade capitalista moderna, a publicidade desempenha importante papel para despertar no consumidor o desejo por determinado produto, levando-o à compra. Para alcançar tal objetivo, a peça publicitária é preparada de forma a atingir o subconsciente, a emoção da pessoa e ao incitar desejos e criar necessidades acaba induzindo a compra por impulso. Bem por isso, torna-se imprescindível a vedação à publicidade enganosa ou abusiva prevista no artigo 37 do CDC.

Na opinião de Cláudia Lima Marques²⁰⁷, o próprio Código de Autorregulamentação Publicitária, no art. 7º, reconhece que “a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população”.²⁰⁸

Dessas lições, extrai-se a importância de serem observados determinados princípios quando entram na arena do mercado o apelo para o consumo e a tutela que deve ser dada ao consumidor, parte mais frágil desta relação. É o que se abordará na próxima seção.

²⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 801.

²⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 802.

²⁰⁸ “Artigo 7º De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população, este Código recomenda que os anúncios sejam criados e produzidos por Agências e Profissionais sediados no país - salvo impossibilidade devidamente comprovada e, ainda, que toda publicidade seja agenciada por empresa aqui estabelecida.” CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

4.3 PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE NO ÂMBITO DO CDC

No CDC, a publicidade é regida por princípios, que não se confundem com os princípios gerais da publicidade de aplicação no direito público e privado.

Os princípios norteadores da publicidade, no âmbito das relações de consumo, são notadamente vinculação da oferta publicitária e proibição da publicidade enganosa e abusiva.

Na interpretação de Cláudia Lima Marques²⁰⁹:

Os princípios que regem o CDC no que se refere à vinculação através da oferta publicitária, à proibição da publicidade enganosa e abusiva transformaram o mercado. Podemos hoje afirmar que os princípios da boa-fé, transparência e proteção da confiança despertada dominam o regime da publicidade no Brasil. As novas exigências deste paradigma objetivo de boa-fé, deste pensar refletido no outro que recebe a informação, naquele cujos desejos e impulsos de consumo são despertados, teve consequências importantes também no relacionamento entre empresas (fornecedores diretos) e anunciantes, que viram aumentada sua responsabilidade de bem orientar e servir seus clientes, como já previa o Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Ademais, os princípios que dão guarida à necessária proteção do consumidor e orientam a elaboração da publicidade são os seguintes: princípio da identificação da publicidade; princípio da vinculação contratual da publicidade; princípio da veracidade da publicidade; princípio da não abusividade da publicidade; princípio da inversão do ônus da prova; princípio da transparência da fundamentação da publicidade; princípio da correção do desvio publicitário; e princípio da lealdade publicitária. É o que se estuda nas seções seguintes.

²⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 802.

4.3.1 Princípio da identificação da publicidade

Nos termos do art. 36, caput, do CDC²¹⁰, o consumidor deve identificar a publicidade, que não se permite clandestina, tampouco subliminar. Desta feita, a publicidade só é lícita se for possível a sua imediata identificação, ou seja, no momento da exposição ao público consumidor.

O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicidade tem origem na crença de que é necessário deixar claro para o consumidor que se trata de anúncio cujo objetivo é a venda de determinado produto ou serviço. Por outro lado, tem valia para proibir a chamada publicidade subliminar, prática de ato ilícito civil e penal.²¹¹

4.3.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade

O princípio da vinculação da publicidade vem disposto nos artigos 30 e 35 do CDC. Informa este princípio que o anunciante responderá pela sua publicidade, obrigação esta exigível mesmo que eventual inexatidão não ocorra por sua culpa.

A análise de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin²¹² aponta no sentido de que:

Na publicidade, pelo menos no sistema brasileiro, não é a vontade real do anunciante a fonte de obrigação contratual, mas o anúncio em si, ou seja, a declaração, tal qual explicitada. Tanto é assim que se o fornecedor anunciar o produto ou serviço sem qualquer vontade de vendê-lo (*bait and switch*), interessado somente em atrair o consumidor ao seu estabelecimento e fazê-lo adquirir outro bem diverso daquele anunciado, caracterizada está a obrigação de cumprir aquilo que foi objeto do anúncio. Este – e não a vontade íntima – está na base da responsabilização do anunciante.

²¹⁰ CDC: “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal.”

²¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 802.

²¹² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 287.

Importa, pois, o que o anúncio de fato diz e não o que o anunciante de fato quis com ele dizer.

Em se tratando de responsabilidade, cumpre destacar que o CDC adota a responsabilidade objetiva, de modo que o anunciante não poderá alegar qualquer excludente para eximir-se da responsabilidade. Consequentemente, elementos subjetivos não têm relevância jurídica no que diz respeito à responsabilidade civil do fornecedor.

Pode-se afirmar que o legislador consumerista optou por um regime jurídico de proteção amplo, no qual não há lugar para excludente de responsabilidade civil do fornecedor, que responderá até mesmo em caso de equívoco culposos.

4.3.3 Princípio da veracidade da publicidade

Trata-se de um dos princípios mais importantes de todo o sistema. O princípio da veracidade, consagrado no parágrafo 1º do art. 37 do CDC, proíbe a publicidade enganosa, ou seja, aquela que induza, mesmo por omissão, o consumidor em erro sobre a natureza, as características, a qualidade, a quantidade, as propriedades, a origem, o preço e quaisquer outros aspectos inerentes aos produtos e/ou serviços.

4.3.4 Princípio da não abusividade da publicidade

O princípio da não abusividade está expresso no parágrafo 2º do art. 37 do CDC e caracteriza como abusiva a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incita a violência, explora o medo ou a superstição, aproveita-se da criança e desrespeita valores ambientais. É abusiva também a propaganda capaz de

induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Cláudia Lima Marques²¹³ é bastante concisa na sua definição de publicidade abusiva: “A publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, os valores sociais básicos e a própria sociedade, como um todo”.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes²¹⁴, por sua vez, entende que “o caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor”.

Ressalte-se que na publicidade enganosa a abusividade não diz respeito a preços, não afeta o bolso do consumidor, porém não deve agredi-lo nem desprestigiar outros valores, como o meio ambiente, por exemplo.

Em se tratando de publicidade enganosa e/ou abusiva, o conceito de consumidor equiparado, encontrado nos artigos 29 e 2º, parágrafo único, aplica-se também àqueles excluídos da sociedade de consumo, ou seja, a publicidade enganosa e/ou abusiva atinge também quem não é considerado público alvo da publicidade, por não ter condições financeiras de adquirir o produto. Em outras palavras, a publicidade enganosa ou abusiva de um produto de luxo, por exemplo, atinge a todos, mesmo aqueles sem condições de adquirir o produto. Andou bem a jurisprudência brasileira ao manifestar-se pela proteção do consumidor neste caso. O entendimento esposado alude ao fato de que o Brasil, um país de tantos contrastes sociais, os indivíduos têm de ser considerados como sujeitos de direitos em potencial, independente da condição social ou econômica de cada um.²¹⁵

²¹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 808.

²¹⁴ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*, p. 489.

²¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 803.

4.3.5 Princípio da inversão do ônus da prova

O princípio da inversão do ônus da prova, previsto no art. 38 do código consumerista, decorre dos princípios da veracidade e da não abusividade da publicidade, e estabelece como regra geral que o ônus da prova da veracidade ou correção da informação veiculada na publicidade cabe ao fornecedor.

Na prática, o consumidor que apontar determinada publicidade como enganosa ou abusiva, o ônus da prova da veracidade ou correção da informação da peça publicitária caberá ao fornecedor, consoante atribuição legal.

Nesse sentido doutrina Nelson Nery Junior²¹⁶:

Ônus do fornecedor. O artigo comentado determina o ônus de provar a quem patrocina a comunicação ou informação publicitária. O patrocinador da publicidade é, em última análise, o anunciante, que é quem contrata a campanha das agências e dos veículos e quem se beneficia da mensagem publicitária, sendo dele a responsabilidade pelos testemunhos e endossos de terceiros, utilizados em sua campanha de marketing.

Para caracterizar a infração da peça publicitária não é necessário o exame do dolo ou culpa do anunciante, basta a enganiosidade em si, consoante estabelece a regra geral instituída pelo CDC. Trata-se de responsabilidade objetiva do anunciante, de sua agência de publicidade e do veículo que a divulga.²¹⁷

4.3.6 Princípio da transparência da fundamentação da publicidade

O princípio da transparência da fundamentação da publicidade está expresso no art. 36, parágrafo único, do CDC e tem conexão com o princípio da inversão do ônus da prova.

²¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 976.

²¹⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*, p. 480.

De acordo com Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin²¹⁸, a liberdade do fornecedor na veiculação de anúncios é ampla, porém deve fundamentá-los com elementos fáticos e científicos. Trata-se de um dever recente, notadamente em relação à saúde e à segurança das pessoas.

O autor ainda faz a seguinte observação sobre o princípio em comento:

O dever de fundamentação é de origem recentíssima. Sua formulação, ainda sem a sofisticação atual e aplicando-se apenas às alegações referentes à saúde e segurança, pode ser identificada em uma decisão pioneira, de 1963, da Federal Trade Commission, que, ao se deparar com uma publicidade de um dispositivo de flutuação aquática, manifestou-se no sentido de que 'um anunciante tem um dever de produzir – antes de fazer qualquer alegação que, se falsa, possa causar danos à saúde ou segurança do consumidor do produto anunciado – uma análise razoável da veracidade ou falsidade do que alega'.²¹⁹

Desse modo, em nome do princípio da transparência da fundamentação, o fornecedor deve testar o produto antes de colocá-lo no mercado, salientando que o descumprimento de tal norma ocasiona não somente repercussão civil e administrativa como também configura um ilícito penal, conforme art. 69 do CDC.

4.3.7 Princípio da correção do desvio publicitário

O princípio da correção do desvio publicitário corresponde à contrapropaganda, prevista no CDC, art. 56, inc. XII.

Como é cediço, o diploma legal consumerista proíbe a propaganda enganosa e abusiva. Contudo, ocorrendo o desvio publicitário, além da reparação civil e da repressão administrativa, faz-se necessária a sua correção, por intermédio da contrapropaganda (*corrective advertising*).

²¹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 323.

²¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 323.

4.3.8 Princípio da lealdade publicitária

O artigo 4º, inciso VI, do diploma consumerista consigna um dos princípios gerais do CDC, que consiste na “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.

Esse princípio, por ser de caráter geral, aplica-se a todo microsistema do consumidor, inclusive no âmbito da publicidade e marketing.

A publicidade comparativa deve ser analisada a luz do princípio da lealdade publicitária. Ressalte-se que a técnica não é proibida, mas sua utilização está adstrita à regulamentação do CDC, no que se refere às publicidades enganosa e abusiva.

O uso dessa técnica pode, eventualmente, enganar o consumidor de duas maneiras: a primeira é uma violação propriamente dita das normas do CDC; a segunda revela descumprimento das normas de autorregulamentação estabelecidas, sendo o caso da comparação, que há de ser objetiva, para evitar alusões ou comentários subjetivos; no que tange a produtos de preços distintos, a informação deve ser clara; os modelos a serem comparados devem ter a mesma idade e devem ter sido produzidos no mesmo ano; a comparação deve ter o objetivo de esclarecimento ou defesa do consumidor, entre outras.²²⁰

²²⁰ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*, p. 474.

CAPÍTULO 5 – ABUSIVIDADE NA PUBLICIDADE, MEIOS ELETRÔNICOS E CONTROLE INSTITUCIONAL DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

5.1 PUBLICIDADE ENGANOSA E PUBLICIDADE ABUSIVA

Promover os produtos por meio da publicidade é uma forma eficaz de incentivar o consumo e incrementar a lucratividade das empresas, mas sem ferir os princípios aqui estudados, em especial o princípio da boa-fé.

Assim também entende Cláudia Lima Marques²²¹, quando declara que “as relações de consumo, mesmo em sua fase pré-contratual, ou como preferem alguns, extracontratual, devem guiar-se pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor”.

Nesse passo, se a publicidade veicular informação de caráter publicitário inteira ou parcialmente falsa²²², mesmo que seja por omissão, será considerada enganosa se deixar de informar dado essencial do produto ou serviço ou capaz de gerar dúvida, induzir em erro o consumidor acerca de aspectos inerentes a natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços ofertados.

A característica principal da publicidade enganosa é ser suscetível de induzir o consumidor ao erro, mesmo que por omissão. Erro é a falsa noção da realidade, formada na mente do consumidor por ação da publicidade, numa

²²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 252.

²²² Luiz Antônio Rizzatto Nunes esclarece que a utilização de adjetivações exageradas pode causar enganosidade ou não. O *puffing* consiste em técnica publicitária que utiliza o exagero. De acordo com a doutrina, o *puffing* não é proibido enquanto apresentado como publicidade claramente exagerada e de caráter subjetivo ou jocoso, que não permite que seja interpretada como vinculante, dado o exagero evidente da peça, *v.g.*, aquele anúncio que classifica o produto como o melhor produto do mercado. (*Curso de direito do consumidor*: com exercícios, p. 471).

interpretação que deve ser ampla, levando-se em conta o observador ou telespectador menos atento.²²³

Toda publicidade com essas características é enganosa por definição legal (art. 37 do CDC) e aquele que a veicular estará cometendo ato ilícito, posto que a harmonia que deve estar sempre presente nas relações de consumo pressupõe informação plena de modo a produzir uma oferta lícita.

Uma vez caracterizado o ato ilícito do fornecedor, investiga-se se houve culpa ou dolo na veiculação da publicidade. Para o CDC, a culpa do fornecedor é presumida e somente se exonerará se comprovar que se trata de caso fortuito.

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques²²⁴ também analisa:

Os efeitos civis desta publicidade, isto é, a sua caracterização como ato ilícito do fornecedor, é que poderão fazer nascer a discussão sobre a culpa (ou dolo) deste. Mesmo assim, é necessário ter em vista que o CDC institui uma presunção de culpa do fornecedor, por ter feito veicular publicidade enganosa. Estava ele proibido de fazer publicidade enganosa e o fez. Logo, só se exonerará se provar o caso fortuito, isto é, que uma situação externa à sua vontade, à de seus auxiliares (agência, publicitário, contratado etc.), imprevisível e irresistível, tornou a publicidade enganosa. Trata-se, portanto, de uma presunção quase absoluta de culpa, que inverte o ônus da prova, como bem dispõe o art. 38 do CDC.

Importante observar que o dano é a própria veiculação da publicidade, a sua impossibilidade de ser controlada. A turbação da ordem jurídica consiste no fato de algo – a publicidade enganosa – ser capaz de causar dano à sociedade como um todo.

Discorrendo acerca do dano, Paulo Jorge Scartezini Guimarães²²⁵ assim se manifesta:

Ora, o nosso Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 36 e 37, juntamente com os princípios previstos nos primeiros sete artigos, preveem que todos aqueles que participam de uma relação de consumo têm de agir de forma honesta e transparente, visando, com isso, à prevenção de danos aos consumidores. Quem violar esse dever de proteção – por exemplo, as celebridades – e praticar

²²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 804-805.

²²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 806.

²²⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2001. (Biblioteca de Direito do consumidor, v.16). p. 183.

um dos atos vedados pela norma – publicidade ilícita – estará obrigado a indenizar.

A toda evidência, o legislador optou por deixar um conceito aberto para a publicidade enganosa, reconhecendo que o direito do consumidor em não ser enganado desemboca em um direito de ordem pública protegido pelo Estado.

A enganabilidade dispensa provas, é a síntese da seguinte lição proferida por Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin²²⁶:

Em linhas gerais, o novo sistema pode assim ser resumido: não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial ('capacidade de indução ao erro'): é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio – como ausência de informação positiva – pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganosa; o *standard* de enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos).

Por sua vez, a publicidade abusiva se detecta em anúncio discriminatório de qualquer natureza, que incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança. Outros exemplos apontam para aquele tipo de publicidade que desrespeita valores ambientais ou que seja capaz de induzir o consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso em se tratando de saúde e segurança.

Maria Eugenia Reis Finkelstein²²⁷ define o instituto:

A publicidade abusiva é discriminatória, incita à violência, explora o medo ou superstição, aproveita-se da deficiência de julgamento e experiência de criança, desrespeita os valores ambientais, ou é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A publicidade tem duas funções na sociedade de consumo: informar o consumidor e estimular o consumo. Trata-se de funções econômicas que podem trazer danos patrimoniais aos consumidores. Contudo, há que se questionar acerca

²²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 327.

²²⁷ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 239.

dos danos morais causados pela publicidade, pois o seu poder condicionante é inconteste.²²⁸

Nesse aspecto, o art. 7º do Código de Autorregulamentação Publicitária²²⁹ deixa patente que “a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população”.

Reconhecendo a forte influência que a publicidade exerce sobre a sociedade de massa, o Código de Autorregulamentação Publicitária, no artigo 2º, recomenda:

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.²³⁰

No entender de Cláudia Lima Marques²³¹, se o CDC se preocupou em tutelar a publicidade, não poderia restringir essa tutela somente aos danos patrimoniais e deixar de lado a incolumidade física e moral, de forma que a proteção do Código consumerista abrange também a publicidade abusiva.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes²³² esclarece que “o caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor”.

Para Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin²³³, o conceito de publicidade abusiva contém a ideia de exploração ou opressão do consumidor, porém não se limita somente a isso. Na verdade, agrega novos valores, caros para a sociedade, como o meio ambiente, o respeito à criança e ao idoso, a segurança e

²²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 807.

²²⁹ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

²³⁰ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

²³¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., p. 807.

²³² RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*, p. 489.

²³³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 339.

a saúde. O autor anota ainda que o conceito de publicidade abusiva, mais recente do que o conceito de publicidade enganosa, afasta-se gradativamente da concorrência desleal para inserir-se na área do direito do consumidor.

Thierry Bourgoignie²³⁴, considerado o doutrinador mais importante do mundo em matéria de direito do consumidor, observou que “a abusividade já não se mantém exclusivamente na órbita de interesses dos concorrentes, e, com o desenvolvimento do mercado e de novos valores, passa a ganhar importância para o consumidor”.

O fato de o conceito de publicidade abusiva ser recente, ainda justifica o direito não ter definido um critério para identificar a abusividade, conforme observa Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin²³⁵:

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.

O autor esclarece que o artigo 37, § 2º, do CDC faz uma enumeração indicativa das hipóteses de publicidade abusiva, cabendo ao aplicador do direito a adaptação do caso concreto ao texto legal, visto que se trata de “conceito jurídico indeterminado”. Assinala, ademais, que a abusividade leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana: dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio à violência e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade, intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao idoso, da tutela enérgica da saúde, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.²³⁶

Em suma, a abusividade na publicidade pode ser reconhecida pela forma como se aproxima do consumidor. Pode-se afirmar que existem dois focos de abusividade: o primeiro alude à proibição de violação de valores que são

²³⁴ BOURGOIGNIE, Thierry. La publicité déloyale et la publicité comparative: jalons d'une réflexion. *Unfair advertising and comparative advertising*. Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988. p. 279.

²³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 340.

²³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 341.

importantes para a sociedade, como os valores constitucionais retromencionados; o segundo diz respeito ao meio utilizado para veicular a publicidade, que, além dos tradicionalmente utilizados, há os inúmeros meios eletrônicos (Internet²³⁷, e-mails, redes sociais como Facebook, Orkut, Twiter, Instagram, etc.).

Marcel Leonardi²³⁸ ressalta que somente com a tutela coletiva, em especial a LACP e o CDC, é possível empreender mudanças concretas e reais no mercado, aí incluído o mercado eletrônico. Na sociedade de massa atual, segundo ao autor, os instrumentos de tutela individual resolvem apenas os casos em concreto dos poucos que reclamam os seus direitos, de forma que o fornecedor já inclui em seus custos o percentual que desembolsará nas indenizações e multas, que se torna ínfimo, se considerado o valor total do faturamento.

Esse também é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover²³⁹ ao observar que, haja vista a “dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente relevância social na tutela coletiva para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita”.

Nesse diapasão, o legislador consumerista, no afã de disciplinar todas as vertentes da publicidade abusiva, com a inclusão da expressão “dentre outras” tornou o rol do parágrafo segundo do art. 37 do CDC apenas exemplificativo. Daí se infere que a publicidade eletrônica que pipoca em telas, *spams*, *cookies* e também a publicidade camuflada em artigos, entrevistas, recomendações de blogueiros etc., pode perfeitamente ser classificada como publicidade abusiva, como se verá a seguir.

²³⁷ Para Maria Eugenia Finkelstein “A *internet* é a maior rede de sistemas computadorizados do planeta. Tecnicamente nada mais é do que um sistema de vários computadores conectados entre si que compartilham informações e disponibilizam serviços ao redor do mundo”. (*Direito do comércio eletrônico*, p. 19).

²³⁸ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*, p. 232.

²³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 27.

5.2 MEIOS ELETRÔNICOS E ABUSIVIDADE NA PUBLICIDADE

Particularmente, é pelos meios eletrônicos que a publicidade se demonstra abusiva, quando não enganosa. Diz-se isso porque, diariamente, a rede mundial de computadores veicula um sem-número de mensagens publicitárias, veladas ou não, todas elas fruto de um marketing agressivo, que invade e agride a privacidade do usuário.

É fato que a Internet²⁴⁰ e em particular a web foram responsáveis por uma verdadeira revolução na vida das pessoas; alterou a forma de se buscar informação, que agora chega em tempo real, e transformou o correio eletrônico em importante meio globalizado de comunicação.

A popularização da rede mundial de computadores também provocou e exigiu um posicionamento dos tribunais brasileiros sobre o tema, revelado no julgamento de um *habeas corpus*²⁴¹, no qual a Internet fora equiparada a meio de publicação.

Em idêntico sentido, cite-se ainda o Recurso Especial n. 755.639, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁴², em que o provedor de Internet foi considerado espécie de serviço de telecomunicação.

²⁴⁰ De acordo com Philip Kotler, a Internet é uma malha global de redes de computadores que tornou possível a comunicação global instantânea e descentralizada. (*Administração de marketing*: a edição do novo milênio, p. 681).

²⁴¹ “Crime de computador – Publicação de cena de sexo infanto-juvenil (ECA, art. 241), mediante inserção em rede BBS/Internet de Computadores – Atribuída a menores – Tipicidade – Prova pericial; necessária à demonstração da autoria – HC deferido em parte. 1. O tipo cogitado – na modalidade de publicar cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente – ao contrário do que sucede, por exemplo, aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador. 2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminoso, o meio técnico empregado para realizá-la pode ser até de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC. 76.689/PB Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. Julgado em 22.09.1998. Publicado em DJ 06.11.1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76856>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

²⁴² “Tributário. Provedor de Internet. Prestação de serviço de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação. Relação de natureza negocial com o usuário.” Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no. 755.639 MG (2005/0090108-0) Documento: 2222960. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF.

O crescimento exponencial da rede mundial de computadores, é verdade, chamou a atenção dos atores do marketing, que instituíram uma bem-sucedida comercialização de produtos e serviços por meio eletrônico, daí derivando uma diversidade de publicidade online, interativa, como *banners*, publicidade via e-mail, *spam*, *pop-up windows* etc.

O *spam*, conhecido de todo usuário dos meios eletrônicos, na definição de Maria Eugenia Reis Finkelstein²⁴³, “é uma modalidade de abuso no correio eletrônico, geralmente associada a informes publicitários que não se identificam como tal. É o envio não autorizado de mensagens eletrônicas”.

O *spam* pode ser classificado como *lato sensu* e *stricto sensu*. O objetivo do primeiro não é comercial; no segundo caso, o objetivo é a publicidade de produto ou serviço. Ambos possuem como denominador comum o caráter de não solicitação das mensagens, que invadem de forma desautorizada as caixas postais dos usuários, além de representar uma significativa perda de tempo a tarefa de excluir cada uma delas. Trata-se de prática abusiva e invasiva que ocupa espaço de memória e tempo online do receptor. Estudos nesse sentido já demonstram que o usuário perde em média 16 segundos para identificar e apagar uma mensagem não solicitada.

Mais detalhes sobre o *spam* são apresentados pela mencionada doutrinadora:

O *spam* pode ser dividido em duas categorias: os que não têm objetivos comerciais (*spam lato sensu*) e o que tem objetivos comerciais (*spam stricto sensu*). O simples recebimento da correspondência eletrônica não caracteriza a ocorrência do spam, mas sim o fato de a mensagem não ter sido solicitada pelo receptor do *spam*.

O *spam* ou mensagem não solicitada é distribuído a grande quantidade de destinatários de forma indiscriminada. O *spam* não está diretamente associado a mensagens publicitárias, embora muitas vezes seu uso seja exatamente o de difundir mensagens publicitárias não solicitadas. No entanto, o *spam* tem como fulcro a difusão de quaisquer tipos de mensagens ou ideias, o que inclui inclusive convites ao usuário para visitar determinado site.²⁴⁴

O *spam* propagou-se de modo agressivo porque constitui um meio eficiente e praticamente sem custo de se fazer a publicidade de determinado

²⁴³ FINKELSTEIN. Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 136.

²⁴⁴ FINKELSTEIN. Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 137.

produto ou serviço. Os *spammers*²⁴⁵ não pagam pelo envio das mensagens e podem enviá-las simultaneamente para um grande número de destinatários, de forma que o custo se resume à mensalidade de acesso ao provedor de Internet e, eventualmente, à compra de base de dados de endereços eletrônicos.

Susana Almeida²⁴⁶ observa que a Directiva 2000/31/CE²⁴⁷ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, apresentou quadro jurídico sobre o comércio eletrônico, orientador das legislações dos Estados-membros sobre comunicações comerciais não solicitadas, via correio eletrônico.

O “Considerando 30” da referida Directiva 2000/31/CE reconheceu que a “transmissão de comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrônico pode ser inconveniente para os consumidores e para os prestadores de serviços da sociedade da informação e perturbar o bom funcionamento das redes interativas”.

Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin²⁴⁸ insere o *spam* na categoria de publicidade abusiva, observando que “a prática envolve violação frontal da garantia constitucional da intimidade e da privacidade”. E acrescenta:

A ninguém é dado o direito de interferir na vida privada do consumidor, exceto quando autorizado por lei (por exemplo, os bancos de dados de consumo) ou fundado em consentimento ativo (não vale o silêncio) do sujeito tutelado. Quanto mais público e massificado se faça o mercado de consumo, mais caro será ao consumidor – como cidadão que é – o seu espaço privado.²⁴⁹

Há, ainda, outras importantes observações sobre o *spam*: (i) ignora um direito básico do consumidor que é a liberdade de escolha, que inclui a opção de não ser incomodado por mensagens indesejáveis na sua caixa de mensagens eletrônicas; (ii) causa danos diretos e indiretos, patrimoniais e morais aos consumidores, que são obrigados a despendar tempo para “apagar” as mensagens

²⁴⁵ Aquele que envia o *spam*.

²⁴⁶ ALMEIDA, Susana. As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de *opt in* e opção de inscrição em listas Robinson. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Bonijuris, v. 1, n. 2, p. 159-190, junho 2011. p. 170. Disponível em: <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/arquivos/finalizada_p159.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2014.

²⁴⁷ Conferir íntegra em: EUR-LEX. Directiva 200/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. 17.7.2000. L 178/1. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=oj:l:2000:178:0001:0016:pt:pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

²⁴⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 345.

²⁴⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 345.

indesejadas e, não raro, recursos de ordem financeira para aquisição de programas ou *softwares* anti-spam; (iii) outros prejuízos de caráter indireto também afetam os consumidores, pois o tráfego intenso das indesejadas mensagens onera o sistema operacional da rede mundial de computadores obrigando os mantenedores a investir em *hardware* de maior potência, cujos custos acabam sendo repassados para o usuário, e mesmo com tanto investimento não são incomuns interrupções e lentidão do sistema devido ao tráfego intenso das mensagens.²⁵⁰

Suzana Almeida²⁵¹ esposou igual entendimento em artigo²⁵² publicado na Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo:

Em contrapartida, o envio de mensagens indesejadas, além de ser absolutamente incomodativo e invasivo da sua privacidade, ocupa tempo online ao receptor/usuário, determina sua perda de privacidade e aumenta o risco de contrair vírus informáticos [...] Mas significativos custos recaem igualmente sobre os prestadores de serviço na *internet* (ISPs). Na verdade, as transmissões massivas de *spam* paralisam o sistema, devoram espaço de armazenamento no disco e esgotam o tempo e os recursos das empresas na internet, que são obrigadas a armazená-las e processá-las. Assim, o aumento repentino de correio eletrônico enviado pode saturar a capacidade do sistema e, por conseguinte, obrigar os prestadores a alargar a capacidade de banda (*bandwidth*), ou seja, a velocidade de transferência de dados aos clientes.

Bem se observa que o prejuízo não está restrito aos consumidores, pois toda a rede mundial de computadores é afetada. Mais: quando se tem em mente que grande parte da população faz uso da Internet e do correio eletrônico na sua vida profissional, é bem possível mensurar o problema causado pelos *spams*.

A abusividade perpetrada pelos *spams* encontra-se tão disseminada que os usuários desenvolveram verdadeira aversão às mensagens indesejadas, que os levam a apagar todo e qualquer correio de origem desconhecida. Esse fato, igualmente, traz prejuízos ao consumidor, pois entre as mensagens apagadas pode eventualmente existir alguma de cunho relevante que não foi lida.

²⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 346.

²⁵¹ Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

²⁵² ALMEIDA, Susana. *As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de opt in e opção de inscrição em listas Robinson*. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Bonijuris, v. 1, n. 2, p. 159-190, junho 2011. p. 164. Disponível em: <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/arquivos/finalizada_p159.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2014.

Claro que existem meios tecnológicos para bloquear as comunicações indesejadas e assim reduzir os efeitos nocivos do *spamming*, porém estes meios não reduzem os custos, tampouco o espaço de memória do computador, vez que o filtro não impede o recebimento das mensagens, apenas bloqueia ou as envia para o lixo. Além disso, os *spammers* detêm conhecimento suficiente para neutralizar os recursos utilizados e, com isso, fazer com o que o *spam* chegue normalmente à caixa de correio do usuário.

Novamente, a doutrina de Suzana Almeida²⁵³ destaca que dado o caráter transnacional e constantemente mutável dos meios eletrônicos, o direito interno é de difícil aplicação, fato que motivou o desenvolvimento de sistemas de autorregulação e de resolução de conflitos, em especial o ICC Consolidated Code of Advertising and Marketing Communication Practice, de 2006²⁵⁴, da Câmara de Comércio Internacional.

Referido Código impõe a obrigação de identificar o caráter comercial da mensagem (art. D2), de tornar claras as condições da oferta (art. D3), de enviar comunicação não solicitada apenas quando tiver razões reais para crer que o consumidor tem interesse em recebê-las ou, ainda, possibilitar ao consumidor expressar a sua recusa no recebimento das mensagens (art. D6).²⁵⁵

Não obstante, por se tratar de um sistema de autorregulação, tais normas têm caráter voluntário e não são totalmente eficazes, mesmo porque as empresas que utilizam os serviços de correio eletrônico de forma ilícita não estão preocupadas em seguir normas nem cultivar a sua imagem. Trata-se de empresas que apostam na fragilidade do consumidor para influenciá-los na decisão de compra de determinado produto ou serviço.

²⁵³ ALMEIDA, Susana. *As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de opt in e opção de inscrição em listas Robinson*. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Bonijuris, v. 1, n. 2, p. 159-190, junho 2011. p. 164. Disponível em: <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/arquivos/finalizada_p159.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2014.

²⁵⁴ Conferir íntegra em INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Advertising and Marketing Communication Practice. *Consolidated ICC Code*. Building consumers trust through best practice marketing. Document n. 240-46/660, 2011, p. 1-57. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English/>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

²⁵⁵ Conferir íntegra em INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Advertising and Marketing Communication Practice. *Consolidated ICC Code*. Building consumers trust through best practice marketing. Document n. 240-46/660, 2011, p. 1-57. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English/>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

Por outro lado, ressalte-se que existem diversos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional propondo a regulamentação de envio de *spams*, valendo destacar que, de acordo com o entendimento esposado por Maria Eugenia Reis Finkelstein²⁵⁶, “a legislação existente não é plenamente satisfatória”.

Para a autora, a prática de *spam* caracterizaria crime previsto no art. 146 do Código Penal²⁵⁷, crime este que se consuma quando a vítima passa a fazer o que lei não manda, exatamente o que ocorre no caso do *spam*. E acrescenta:

A nosso ver, o *spam* caracteriza o crime previsto no art.146 do Código Penal. Este crime se consuma quando a vítima passa a fazer o que a lei não manda que faça, que é exatamente o que ocorre no caso do *spam*. Para a caracterização deste crime, o Código Penal não precisaria se utilizar das palavras *spam*, *spammer* ou *spamming* para que esse delito possa se encaixar no tipo penal previsto pelo art. 146 do Código Penal, mesmo porque, nos dizeres do Código Penal, o constrangimento pode-se dar mediante qualquer meio que reduza a capacidade de resistência da vítima, o que abrange a *Internet*, sem dúvida alguma, mesmo porque o usuário não possui nenhuma ferramenta realmente confiável para se proteger dos *spams*.²⁵⁸

O *pop-up*²⁵⁹, por seu turno, é uma janela extra que se abre na tela do computador ao se visualizar determinada pagina web; é um recurso bastante utilizado para veicular publicidade e não é incomum que, mesmo fechado, o *pop-up* surja novamente na tela, obrigando o usuário a fechá-lo por mais de uma vez. É considerado abusivo também porque entra na tela sem aviso e sem pedir permissão, incomodando o usuário.

A clonagem de páginas da web é outra prática publicitária considerada ilícita, já que se vale da semelhança para, de forma errônea, atrair o usuário.

Igualmente condenável é a utilização de *cookies*²⁶⁰, que consistem em programas aptos a registrar toda a utilização/movimentação do usuário no ambiente da rede, com o objetivo de criar bancos de dados sobre seus costumes e

²⁵⁶ FINKELSTEIN. Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 143.

²⁵⁷ CP: “Art.146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

²⁵⁸ FINKELSTEIN. Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 143.

²⁵⁹ Maria Eugenia Reis Finkelstein define *pop-ups* da seguinte maneira: “Janelas promocionais que aparecem sem solicitação no momento em que um *site* é acessado. Cabe ressaltar que os *pop-ups* encontram-se vinculados aos *sites* que o usuário optou por acessar. É correntio o entendimento que os *pop-ups* atrapalham a navegação pela Rede”. (*Direito do comércio eletrônico*, p. 242).

²⁶⁰ FINKELSTEIN. Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 243.

preferências, justamente para veicular uma espécie personalizada de publicidade.

Maria Eugênia Reis Finkelstein²⁶¹ também adverte que a prática de *cookies* é considerada invasão de privacidade e que ela vem sendo reprimida em muitos países. Adiante, a doutrinadora define:

Cookies são, assim, fichários que o consumidor não sabe estar preenchendo e que acabam por ser trocados entre os sites. Dessa forma, se o consumidor tem o hábito de comprar livros de astronomia, esse hábito será mapeado, trocado entre os *sites* e quando ele menos esperar, estará recebendo malas diretas, via spams, de sites e lançamentos de livros e publicações de astronomia. Essa prática é tão condenável que, independentemente da repressão legislativa, o próprio mercado está forçando a parar. No Brasil, apesar de não existir legislação sobre os *cookies*, acreditamos que estes devam ser regulamentados, ao menos para que o consumidor possa exercer uma opção se ele quer ou não revelar seus hábitos de consumo.²⁶²

Discorrendo sobre os dados pessoais que ficam gravados nos PCs, José Afonso da Silva²⁶³ assim se manifesta:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devastada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendam a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

Não obstante o incômodo causado, não se pode deixar de registrar que o uso indiscriminado de *spams*, *pop-ups* e correios eletrônicos em geral na publicidade proporciona retorno para os anunciantes, pois o marketing agressivo de que se vale a publicidade acaba por levar o usuário ao consumo exacerbado de produtos e serviços.

No ambiente web, a aquisição de bens e serviços é facilitada, ficando apenas na dependência de alguns cliques. O usuário, como é cediço, não precisa se locomover até a loja física, pode comparar preços e escolher o produto ou serviço que apresentar as melhores condições, pode determinar o local de entrega e, ainda,

²⁶¹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 243.

²⁶² FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 243.

²⁶³ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 209-210.

efetuar o pagamento parcelado do produto adquirido; tudo, enfim, conspira para uma compra por impulso, sem reflexão.

Nesse sentido, colaciona-se novamente a doutrina de Maria Eugenia Reis Finkelstein²⁶⁴:

O comércio eletrônico resolve um dos principais anseios dos consumidores: a facilitação da comparação de preços. Por meio da utilização da Internet, o consumidor pode comparar preços no Brasil e no exterior sem sair de casa!

A vantagem é inegável. As perspectivas são inimagináveis. É o fim da limitação geográfica a que o consumidor sempre esteve adstrito e também da falta de informação sobre os produtos a serem adquiridos. O comércio eletrônico possibilitou o surgimento de novas políticas de marketing.

O termo *e-commerce* abrange diversas transações eletrônicas, como é o caso das compras via EDI (troca eletrônica de dados), da utilização do e-mail na condução das transações, da utilização de caixas eletrônicos nas mais diversas transações bancárias, como saques de moeda, pagamentos e até mesmo empréstimos efetuados por intermédio da Internet. Trata-se de atividades efetuadas no “espaço de mercado” e não no mercado físico, facilitadas pelo uso da digitalização e da conectividade.²⁶⁵

No que tange à política empresarial para o *e-commerce*, sabe-se que o marketing das empresas é agressivo no sentido de direcionar a publicidade para incentivar a compra por impulso, especialmente dos produtos considerados supérfluos e de luxo.

Não se pode olvidar que, para o fornecedor, o custo para comercializar via Internet é baixo, pois não há necessidade de lojas físicas ou vendedores especializados. Em suma, o investimento se resume aos produtos propriamente ditos e ao custo para manter o site de acesso à Internet.

Nesse sentido é a lição de Maria Eugênia Reis Finkelstein²⁶⁶: “Para os fornecedores, as perspectivas possibilitadas pelo comércio eletrônico também

²⁶⁴ FINKELSTEIN. Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 38.

²⁶⁵ Para Philip Kotler, a conectividade envolve a construção de redes. Assevera, ainda, que “[...] grande parte dos negócios firmados no mundo é conduzida por redes que conectam pessoas e empresas. São chamadas de intranets se conectam pessoas de uma mesma empresa; extranets quando conectam uma empresa com seus fornecedores e clientes, e internet quando conectam os usuários a uma grande rede de informação”. (*Administração de marketing*: a edição do novo milênio, p. 681).

²⁶⁶ FINKELSTEIN. Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 38.

parecem ser muito boas. Eles terão como dimensionar a sua produção, pois os pedidos serão feitos *on line*, mas a entrega deverá ser feita a prazo”.

Em recente pesquisa divulgada no dia 29 de outubro de 2013, a Associação Brasileira das Empresas de Cartão de Crédito e Serviço (Abecs)²⁶⁷ informou que o número de pessoas que possuem algum meio eletrônico de pagamento alcança setenta e seis pontos percentuais. Mais: entre as pessoas pertencentes às classes A e B, a posse de cartões magnéticos atinge noventa pontos percentuais, na classe C o percentual é de setenta pontos. Também se registrou o crescimento desse meio de pagamento em substituição a outros tradicionais, como cheques, boletos, dinheiro em espécie, duplicatas etc. Além disso, o uso habitual dessa forma de pagamento atinge setenta dois pontos percentuais.

Esses resultados explicam, em parte, o sucesso do comércio eletrônico (*e-commerce*) e justificam, sob o ponto de vista do fornecedor, práticas de toda espécie para atingir o consumidor, entre elas as publicidades enganosa e abusiva, que agora aparecem disfarçadas sob a forma de artigos e reportagens de interesse comum, como se verá adiante.

5.3 O FENÔMENO DAS REDES SOCIAIS ONLINE

As redes sociais configuram um importante fenômeno desse século e seu desenvolvimento pode ser creditado ao próprio crescimento da Internet e à facilidade de comunicação com os demais usuários, característica que lhe é peculiar.

Uma rede social pode ser definida como um conjunto de dois elementos, atores e suas conexões, ou seja, compõe-se basicamente de uma estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações que partilham valores e objetivos comuns.²⁶⁸

²⁶⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS. Posse de cartões chega a 76% dos brasileiros. 31.10.2013. Disponível em: <<http://www.abecs.org.br/noticia/posse-de-cartoes-chega-a-76-dos-brasileiros>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

²⁶⁸ RECUERO, Raquel. *Redes sociais na Internet*. Porto Alegre: Sulinas, 2009. p. 24.

A abertura e a porosidade das redes sociais possibilitam aos participantes relacionamentos horizontais e não hierárquicos, o que as torna quase uma não estrutura, em que a conexão fundamental entre pessoas é possível por intermédio da identidade. Na realidade, não se trata de um limite físico, mas um limite de expectativas, de confiança e lealdade, permanentemente mantido e negociado pela rede de comunicações.²⁶⁹

Verifica-se a existência de redes sociais online em diferentes níveis, como redes de relacionamentos, por exemplo, Facebook, Orkut, Myspace, Twitter; redes profissionais como a LinkedIn; redes comunitárias em bairros ou cidades; redes políticas, entre outras. O ponto em comum de todas essas redes é o compartilhamento de informações, conhecimentos e interesses, bem como esforços em busca de um objetivo comum.

Maior rede social do mundo, o Facebook (originalmente thefacebook) foi criado em 4 de fevereiro de 2004, na Universidade Harvard, inicialmente para uso dos universitários dentro do *campus*. Posteriormente, foi aberta para as demais universidades e, aos poucos, disseminou-se para toda a sociedade, ganhando, desta maneira, espaço no cotidiano das pessoas de diferentes classes sociais. Hoje, o Facebook é um dos sites mais acessados do mundo, pois possibilita o cadastramento de qualquer pessoa com declarados treze anos de idade, a partir do qual se torna um usuário registrado do site e, assim, passe a interagir com amigos, conhecidos, amigos dos amigos etc.²⁷⁰

Cientes do valor agregado da marca Facebook, os dirigentes da rede social ingressaram com pedido de oferta pública de ações na Bolsa de Valores Americana, com o objetivo de abrir o capital para investidores. No dia de lançamento

²⁶⁹ TEIXEIRA, Maria do Rocio Fontoura. *Redes de conhecimento em ciências e o compartilhamento do conhecimento*. 2011. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação em Educação e em Ciências: Química da Vida e Saúde, Instituto de Ciências Básicas da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 2011.

²⁷⁰ RS WEB INTERACTIVE. *História do Facebook* - Mark Zuckerberg. 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.agenciars.com.br/blog/historia-do-facebook-mark-zuckerberg/#>>. Acesso em: 20 fev. 2014. Ainda, um estudo de janeiro de 2009, do *Compete.com*, classificou o Facebook como a rede social mais utilizada em todo o mundo por usuários ativos mensais. A *Entertainment Weekly* incluiu o site na sua lista de "melhores de", dizendo: "Como vivíamos antes de perseguirmos os nossos ex-namorados, lembrarmos os aniversários dos nossos colegas de trabalho, irritarmos os nossos amigos e jogarmos um jogo empolgante de *Scrabulous* antes do Facebook?". A *Quantcast* estima que o Facebook teve 138,9 milhões de visitantes únicos mensais nos Estados Unidos, em maio de 2011. Cf. 123REDE.COM. *Sites de redes sociais*. Disponível em: <<http://www.123rede.com/html/makefriend/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

da oferta inicial (IPO - Initial Public Offering), o valor de cada ação fechou em US\$ 38,00 (trinta e oito dólares), elevando o valor total da companhia em mais de cento e quatro bilhões de dólares. Logo após a estreia em bolsa, o preço da ação do Facebook chegou a cair devido aos temores dos investidores quanto ao futuro da empresa. No entanto, a publicação dos resultados da empresa ressaltou crescimento no faturamento da ordem 75% (setenta cinco pontos percentuais), afastando os temores e elevando o preço unitário de cada ação ao patamar de US\$ 45,00 (quarenta cinco dólares).²⁷¹

No Brasil, o Facebook é extremamente popular, atingiu a marca de 76 milhões de usuários cadastrados e alçou o país ao posto de segundo maior mercado em número de usuários da rede social, de acordo com informações da própria empresa, cujo número total de usuários cadastrados atualmente já alcançou o total de 1,15 bilhão de pessoas.²⁷²

Esse breve histórico da rede social Facebook é útil para mensurar o alcance da publicidade de um determinado produto veiculado através da rede, bem como o nascimento de um novo fenômeno no âmbito da Internet, que consiste na recomendação de um determinado produto feita por uma pessoa de seu círculo de relacionamento.

Ao veicular a publicidade nas redes sociais, em especial, no Facebook, a intenção de marketing das empresas é proporcionar maior credibilidade ao produto e, principalmente, possibilitar que o potencial consumidor visualize a publicidade, isto porque o consumidor, regra geral, foge dos anúncios publicitários, seja por falta de tempo, de interesse ou, ainda, por não possuir recursos suficientes para o consumo.

Com o ingresso definitivo da sociedade de massa na era digital, o marketing das empresas adotou o relacionamento por meio da Internet a fim de fortalecer as marcas jovens e rejuvenescer aquelas mais tradicionais. Observe-se

²⁷¹ SOBRAL, Lilian. *Facebook capta US\$ 16 bilhões, 7º maior IPO da história*. 17.05.2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mercados/noticias/facebook-capta-us-16-bilhoes-7o-maior-ipo-da-historia/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

²⁷² SBARAI, Rafael. *Facebook alcança marca de 76 milhões de usuários no Brasil*. 30.7.2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/facebook-alcanca-marca-de-76-milhoes-de-usuarios-no-brasil>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

que toda marca que se preze convida o consumidor a segui-la em redes como Facebook, Twitter, Pinterest etc.

Nesse contexto, o cenário atual contribui para fazer da rede social um dos ambientes mais promissores para o marketing das empresas, pois, uma vez inserida a publicidade no “*Feed* de Notícias”, o usuário da rede social não tem como evitá-la, a ela fica submetido e acaba sofrendo a sua influência, mesmo que não pretenda consumir nada.

Além disso, não há como ignorar que a publicidade pode, eventualmente, estar mascarada como notícia comum e, nesta hipótese, configurar uma publicidade abusiva na medida em que não respeitou o princípio da identificação da publicidade, previsto no art. 36, caput, do CDC.

Apenas a título de exemplo, e para registrar que o marketing das empresas é agressivo e rápido, ao visualizar o “*Feed* de Notícias” do Facebook constatou-se notícia publicada por amiga virtual: “Acabo de aplicar meu dinheiro no Banco X e consegui uma ótima taxa, recomendo”. Em contato, essa pessoa confidenciou que obteve taxa maior que a normal sob a condição de publicar a recomendação no Facebook. Trata-se de novo fenômeno da rede, quando a publicidade é feita por consumidor e dirigida a outros consumidores de seu próprio círculo social, com o intuito de trazer maior credibilidade ao produto, pois a publicidade, neste caso, utiliza uma máscara para parecer uma recomendação de outro consumidor, promovendo, assim, um diálogo dos usuários com a marca. É abusiva, portanto, porque se disfarça de recomendação e não respeita o princípio da identificação previsto no art. 36, caput, do CDC.

Estabelece-se, assim, um novo paradigma para a publicidade das empresas, ou seja, novas estratégias de marketing que requerem atenção de juristas e operadores do direito para aplicar a legislação consumerista ou avaliar se a norma existente é suficiente para disciplinar todas as relações resultantes desta sociedade digital.

5.4 O FENÔMENO DOS *BLOGS*

Blog é uma espécie de site, um endereço eletrônico de determinada pessoa, em geral, formadora de opinião, que a utiliza como forma de diário pessoal, colocando *posts* diários sobre determinados assuntos que são de seu interesse, os quais são acessados por um grande número de usuários.

Os *blogs* de notícias são diariamente alimentados por jornalistas independentes e em geral ficam hospedados em sites de notícias, como Uol, Terra, Msn, Globo etc. Podem conter ou não publicidade.

Os *blogs* de moda, por seu turno, tornaram-se populares e alçaram suas criadoras, as denominadas blogueiras, ao status de celebridades. É certo que sua receita advém da publicidade; contudo, não é incomum a publicidade velada²⁷³ sob a forma de artigos de interesse das seguidoras dos *blogs*, nos quais a formadora de opinião menciona as qualidades de determinado produto, recomendando-o ao final do artigo.

O artigo é redigido de forma a passar a impressão de ser mera recomendação de uso para as seguidoras, quando na realidade a blogueira recebeu dinheiro ou presentes do fornecedor para postar a matéria.

As mulheres que se dedicam aos *blogs* de moda são jovens, pertencem a classes sociais privilegiadas. Como formadoras de opinião perante suas seguidoras, qualquer produto recomendado por elas adquire imediatamente a condição de *must have*²⁷⁴, para reproduzir uma expressão inglesa que é constante em tais *blogs*.

De fato, as blogueiras têm o poder de influenciar as suas seguidoras, que consomem moda e seguem à risca as recomendações divulgadas nos *blogs*.

Em suma, na qualidade de formadoras de opinião e em nome da ética e da transparência, os artigos postados pelas blogueiras deveriam somente expressar a sua verdadeira opinião sobre os produtos e conter avisos quando se tratasse de *posts* pagos ou patrocinados por empresa.

²⁷³ Caracteriza publicidade velada se a empresa possuir interesse no *blog* ou site, ou vice-versa. A empresa envia produtos de lançamentos para a blogueira, que os indica em seu espaço virtual e recebe da empresa produtos em espécie ou dinheiro para patrocínio do *blog*.

²⁷⁴ Em português: “Tem que ter”.

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães²⁷⁵ constata que as celebridades têm grande poder de influenciar o indivíduo em suas decisões de consumo. O fato é que ao anunciar determinado produto passam falsa segurança sobre suas qualidades, assumindo uma posição de “garante”.

Citando Maria Luiza de Saboia Campos, o autor acrescenta:

Esse tipo de publicidade desencadeia ‘um comportamento no consumidor, em nível consciente e inconsciente, gerando uma resposta imediata devido ao conceito preexistente que se tem daquela pessoa ou grupo que está testemunhando a favor do produto, agregando-lhe valores como admiração, sucesso, riqueza, beleza, juventude, alegria, internacionalidade, tradição, notoriedade etc.’²⁷⁶

Portanto, ao optar por postar artigos contendo publicidade velada de produtos, a aura de independência que a blogueira procura passar em seus artigos e as recomendações que se afiguram falsas podem eventualmente abalar a sua credibilidade, no caso de se comprovar que as opiniões emitidas são publicidade e não recomendação.

Nesse sentido, cabe invocar recente julgamento do Conar sobre processo movido em face da loja de cosméticos Sephora e de três blogueiras de moda, que curiosamente publicaram *posts* e imagens de produtos Yves Saint Laurent (YSL), de forma simultânea, e todos com textos semelhantes, fato que chamou a atenção de cerca de cinquenta consumidoras, que denunciaram o caso ao órgão de autorregulamentação.

Tal fato merece atenção, especialmente porque se trata da primeira investigação do Conar para a veiculação de publicidade na blogsfera. Após a análise, o órgão emitiu julgamento cuja conclusão determinou a advertência pública das bloqueiras Thássia Naves, Lala Rudge e Mariah Bernardes, que doravante deverão deixar bem claro quando um dos seus *posts* for patrocinado por uma marca e tenha natureza comercial.

²⁷⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam, p.155.

²⁷⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam, p.155.

De acordo com o Conar, uma advertência para prevenir erros futuros é considerada uma penalidade, ainda que os *posts* não tenham sido retirados da rede Internet.

Os responsáveis pelo julgamento consideraram que não havia indícios suficientes para afirmar que referidos *posts* foram pagos pela empresa Sephora. Na decisão, ficou consignado que os “blogs não podem tentar disfarçar ou fazer com que o consumidor não perceba que se trata de propaganda comercial”.²⁷⁷

Ressalte-se que a decisão está de acordo com os princípios publicitários insculpidos no CDC, que, entre outros, prega o princípio da identificação publicitária contemplado no caput do art. 36.

Sobre o tema, doutrina Maria Eugenia Reis Finkelstein²⁷⁸:

O Código de Defesa do Consumidor veda também a publicidade simulada, que é aquela que utiliza técnicas psicológicas com fins publicitários. Exemplos dessa prática são publicidades dirigidas ao subconsciente do consumidor ou aquelas sob a forma de patrocínio indireto de serviço ou produto, como entrevistas e artigos, em jornais e/ou revistas. Este tipo de publicidade fere o princípio da identificação publicitária.

No âmbito do direito do consumidor, a decisão em comento é deveras importante porque a análise foi efetuada a partir de pseudoartigo e não propriamente de publicidade. Ademais, não se pode deixar de comentar a maturidade das consumidoras, pois ao menos cinquenta internautas perceberam que não se tratava de reportagem, mas sim publicidade velada, dada a semelhança entre os *posts*, todos de artigos da YSL, e a linguagem utilizada, fazendo crer serem escritas pela mesma pessoa.

Salienta-se, por fim, que a decisão pela advertência das blogueiras partiu do Conar, órgão de autorregulamentação publicitária, cujas normas de caráter voluntário não têm força vinculante, de sorte que se faz necessário o uso da legislação vigente e aplicável em sede de direito do consumidor no ambiente eletrônico, e o intuito é coibir tais práticas abusivas, que podem induzir o consumidor a erro.

²⁷⁷ COSTA, Ana Clara. *Conar dá advertência pública a blogueiras de moda e Sephora*. 20.09.2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/conar-da-advertencia-publica-a-blogueiras-de-moda-e-sephora>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

²⁷⁸ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*, p. 240.

5.5 CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O Conar, uma organização não governamental fundada em 1980, foi criado para impedir uma espécie de censura prévia que o governo federal pretendia impor à publicidade em geral. Caso implementada, a censura prévia obrigaria que todo anúncio, antes de ser veiculado, recebesse a aprovação do órgão regulamentar.

Para fazer frente à ameaça do governo federal, que no entender da classe, feriria a liberdade de expressão, a missão do Conar é impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ou prejuízo a consumidores e empresas.

A criação do Conar foi apoiada pelas seguintes entidades fundadoras: Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP), Associação Brasileira de Emissoras de Rádio (ABERT), Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), Associação Nacional de Jornais (ANJ) e Central de Outdoor.

A propósito, é possível creditar à sua criação a elevação dos padrões éticos da publicidade brasileira e reconhecer que a autodisciplina constitui um mecanismo eficaz de aprimoramento da atividade e de correção de eventuais excessos que possam, porventura, ser praticados.

A ideia de controle a cargo dos próprios profissionais teve como premissa a defesa de preceitos básicos da ética publicitária, estabelecendo que todo anúncio deveria (i) ser honesto e verdadeiro, respeitando as leis do país; (ii) ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais; (iii) ter presente a responsabilidade da cadeia de produção na relação com o consumidor; (iv) respeitar o princípio da leal concorrência (v) respeitar a atividade publicitária e (vi) não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

O Conar não pratica a censura prévia; o controle ocorre por intermédio de denúncias de consumidores, autoridades, associados ou, ainda, formuladas pela

própria diretoria, as quais são julgadas pelo Conselho de Ética, não sem antes exercer as garantias de ampla defesa e contraditório.

O órgão tem legitimidade para julgar anúncios e dirimir controvérsias por intermédio das chamadas Câmaras de Ética, compostas por representantes da sociedade civil que não possuem vínculo com a publicidade, como médicos, advogados, jornalistas, professores e publicitários, incluídos os profissionais que atuam em empresas anunciantes, agências e veículos do ramo. Ressalte-se que todos os membros que atuam nas Câmaras de Ética são voluntários.

A instituição conta ainda com um Conselho Superior, responsável por manter atualizado o Código de Autorregulamentação. Referido Conselho é composto por representantes das seis entidades fundadores do Conar (ABA, ABAP, ABERT, ANER, ANJ e Central de Outdoor).

5.6 CÓDIGO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O Conar instituiu como mecanismo de controle um código de conduta, ou seja, uma autorregulamentação para o setor, composto por cinquenta artigos e dezenove anexos, que disciplinam as normas éticas a serem seguidas por anunciantes e agências de publicidade na elaboração dos anúncios.

Em 1978, o Código de autorregulamentação recebeu aprovação da comunidade publicitária no III Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em São Paulo, por convocação da Associação Paulista de Propaganda (APP) e desde então vem sendo utilizado como diretriz de toda ação do Conar.

O código em comento é considerado exemplar por especialistas como o professor de negócios internacionais, J.J. Boddewyn, do Baruch College da Universidade de Nova York, e o consultor da Internacional Advertising Association (IAA), que sustenta que “o modelo do Brasil é provavelmente o mais desenvolvido e até sobrepuja alguns do primeiro mundo”.

CONCLUSÃO

A atual Constituição Federal representou um marco para os direitos e as liberdades fundamentais. Essas garantias abrangem direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, constituindo um processo expansivo de evolução e de acumulação de direitos que podem ser classificados em dimensões.

Enquanto a primeira dimensão de direitos consiste na ideia de Estado submisso a uma Constituição, a acumulação e a qualificação dos direitos e garantias fundamentais estão diretamente ligadas ao desenvolvimento do sistema econômico capitalista e culminam nos direitos fundamentais de terceira dimensão, aí incluídos os direitos econômicos e sociais.

Os direitos econômicos e sociais traduzem a concepção e o valor de solidariedade e fraternidade. Ao mesmo tempo, o indivíduo passa a ser ator e sujeito do direito à paz no mundo, ao desenvolvimento econômico dos países e à proteção e preservação do meio ambiente como patrimônio comum da humanidade. Estes são, em rigor, direitos que vão além das garantias individuais, pois abrangem os interesses da coletividade, com o objetivo de tutelar os valores que lhe são caros.

Nesse diapasão, o conceito de cidadania se ampliou dentro do contexto de participação ativa do indivíduo na sociedade e no governo, com base na dignidade da pessoa humana, que preconiza uma existência digna.

A dignidade da pessoa humana constitui a base de direitos e garantias fundamentais. Como princípio vetor da vida, é direito fundamental que não pode ser esvaziado, pois se trata de um direito inerente ao ser humano.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é o principal alicerce de todo o conjunto de direitos e garantias fundamentais e para respeitá-la é fundamental garantir todos os direitos sociais previstos no art. 6º da Magna Carta, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Com o crescente desenvolvimento econômico, a sociedade também evoluiu rapidamente. Na contemporaneidade, os litígios já não se restringem às

situações individuais, mas sim a conflitos coletivos cujo desfecho interessa a todos, constituindo verdadeiros interesses ou direitos transindividuais.

Em prol da pacificação dos conflitos que brotam desses novos interesses, surgem instrumentos de tutela que ultrapassam o direito individual, pois dizem respeito à sociedade como um todo. No campo dos instrumentos jurídicos, nasce a Lei da Ação Popular, promulgada em 1965, a primeira lei brasileira considerada um microssistema de tutela jurídica de interesses cuja base é difusa e coletiva.

Esse ambiente foi bastante para o legislador originário de 1988 reconhecer a existência de direitos transindividuais e coletivos e consagrar uma terceira espécie de bem de uso comum, o bem ambiental, cuja titularidade para a defesa dos interesses a ele intrínsecos pertence a coletividade.

Ainda, nesse clima, em 1990 foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de estabelecer normas reguladoras das relações de consumo, em especial a proteção e defesa do consumidor, dada a sua hipossuficiência em face do fornecedor. Não sem razão, o novo código trouxe em seu bojo a definição de direitos metaindividuais, que abrangem os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Todo esse movimento de reconhecimento e tutela dos direitos transindividuais foi de suma importância para o Brasil, que adotou a livre iniciativa e a livre concorrência como modelo econômico. Entretanto, essa orientação capitalista consignada na ordem constitucional do país não se sobrepõe às premissas contidas nos incisos do artigo 170 da Carta Magna, notadamente, a defesa do consumidor e os demais valores em prol da responsabilidade social.

Fato é que na atual sociedade de massa o capitalismo tem papel de destaque, sendo diretamente responsável por um novo padrão de comportamento – característico do capitalismo avançado –, cujo principal objetivo é incitar o indivíduo ao consumo.

A revolução dos costumes é uma realidade e, independente de sua classe social, o homem facilmente se adaptou à Internet, às redes sociais, ao conteúdo de informação digital, aos *blogs*, ao comércio eletrônico (*e-commerce*), à troca de mensagens via web, ao *netbanking*.

Com a disseminação da utilização da rede mundial de computadores, o fenômeno da publicidade veiculada pelos meios eletrônicos assume grande importância na sociedade de massa, pois tem o poder de formar opinião, ditar condutas e influenciar o consumo exacerbado de bens e serviços.

A publicidade inserida nos meios eletrônicos é terreno fértil para a abusividade, utilizada, não raro, como produto do marketing agressivo das empresas, que lançam mão dos mais diversos meios para torná-la velada, com o fito de passar credibilidade e, com isso, atrair um maior número de consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de ter sido promulgado há mais de vinte anos, permanece atual e constitui um importante instrumento para defesa dos interesses dos consumidores, pois seu caráter principiológico e multidisciplinar permite a interação com todos os demais ramos do direito.

Com efeito, conforme restou demonstrado ao longo do trabalho, o Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo importantes institutos e princípios como o princípio da boa-fé objetiva, da responsabilidade civil objetiva, da interpretação favorável à parte mais fraca da relação jurídica pactuada por adesão, bem como um rol de princípios disciplinadores da publicidade e do marketing, que podem perfeitamente ser aplicados nas relações celebradas por intermédio da rede mundial de computadores.

Além disso, o CDC contempla um conjunto de normas processuais para tutelar direitos difusos e coletivos, as quais, além de proteger grupos de consumidores, possibilitam a defesa de institutos de fundamental importância para a sociedade, os nominados direitos de solidariedade, que englobam o direito ao meio ambiente saudável e o direito dos povos ao desenvolvimento.

Na difícil tarefa de regulamentar a publicidade, a sociedade civil também conta com o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), organização não governamental fundada em 1980, cujo objetivo é impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ou prejuízo aos consumidores.

Para atingir esse desiderato, o Conar vale-se de um código de autorregulamentação que disciplina as normas éticas a serem observadas por anunciantes e agências de publicidade. Entretanto, no que se refere à divulgação

por meios eletrônicos, resta ainda disciplinar juridicamente as formas de utilização da Internet atualmente em prática, valendo informar a existência, neste sentido, do Projeto de “Lei Marco Civil na Internet”, ainda em estudos no Congresso Nacional.

Por derradeiro, regulamentar o uso e vislumbrar o alcance da rede mundial de computadores é imprescindível e urgente, pois a evolução digital é uma realidade. Ademais, cabe ao Direito, de início tão refratário às mudanças, acompanhar esta evolução e oferecer instrumentos aptos a proteger e defender os consumidores.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed., revista e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. Conceito de publicidade. *Boletim do Ministério da Justiça*. Porto Portugal, n. 349, outubro de 1985.

ALMEIDA, Susana. As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de *opt in* e opção de inscrição em listas Robinson. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Bonijuris, v. 1, n. 2, p. 159-190, junho 2011. p. 170. Disponível em: <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/arquivos/finalizada_p159.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2014.

AMERICAN MARKETIN ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.marketingpower.com/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E SERVIÇOS. *Posse de cartões chega a 76% dos brasileiros*. 31.10.2013. Disponível em: <<http://www.abecs.org.br/noticia/posse-de-cartoes-chega-a-76-dos-brasileiros>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. [Nota de apresentação à obra de Cláudia Lima Marques Contratos no Código de Defesa do Consumidor]. *O novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. v. 4.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Dott. A Giuffrè, 1987. v. III.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURGOIGNIE, Thierry. La publicité déloyale et la publicité comparative: jalons d'une réflexion. *Unfair advertising and comparative advertising*. Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (Revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. *Lei da Ação Popular*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. *Ação Civil Pública*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. *Mensagem 359, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Mvep359-85.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no. 755.639 MG (2005/0090108-0) Documento: 2222960. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC. 76.689/PB Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. Julgado em 22.09.1998. Publicado em DJ 06.11.1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76856>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

CAMPELLO, Livia G. B.; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Cidadania e direitos humanos*. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/562;jsessionid=1CE0FC0D1C4A408CB69B2587AF46B407>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 5, jan./mar. 1977.

COELHO, Fábio Ulhôa. O crédito ao consumidor e a estabilização da economia. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*. São Paulo, ESMAC, 1/96, set./dez. 1996.

COHEN, Dorothy. *Publicidad comercial*. México: Diana, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil - Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15-16, 1974.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

CONVENÇÃO DE BRUXELAS. Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. 1968. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/conv-bruxelas-1968.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

COSTA, Ana Clara. *Conar dá advertência pública a blogueiras de moda e Sephora*. 20.09.2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/conar-da-advertencia-publica-a-blogueiras-de-moda-e-sephora>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1971.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

EUR-LEX. Directiva 200/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. 17.7.2000. L 178/1. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=oj:L:2000:178:0001:0016:pt:pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. *Algumas notas sobre a publicidade no CDC*. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Org.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Democracia, participação e processo. In: _____; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual na Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor/ IBDC, 2000.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: les obligations, le contrat*. Paris: L.G.D.J, 1980. v. 2.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2001. (Biblioteca de Direito do consumidor, v.16).

INTERBRAND. *Best Global Brands 2013*. Disponível em: <<http://www.interbrand.com/pt/best-global-brands/2013/Best-Global-Brands-2013.aspx>>. Acesso em: 01 out. 2013.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Advertising and Marketing Communication Practice. *Consolidated ICC Code*. Building consumers trust through best practice marketing. Document n. 240-46/660, 2011, p. 1-57. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English/>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça

Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

KLEIN, Naomi. Marcas globais e poder corporativo. In: MORAES, Denis (Org.). *Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. Tradução Bazán Tecnologia e Linguística. Revisão técnica Arão Sapiro. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2000.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba, Bonijuris, v. II, n. 3, setembro 2012.

LUCCA, Newton de. A disciplina jurídica da oferta e a nova noção de oferta eletrônica. A publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor. In: RODAS, Joao Grandino (Coord.). *Direito econômico e social*. Atualidades e reflexões sobre direito concorrencial do consumidor, do trabalho e tributário, 2012.

_____. Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. *Revista Luso-Brasileira de Direito de Consumo*. Curitiba, Bonijuris, v. II, n. 3, setembro 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARANHÃO, Jorge. *A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch*. Campinas, SP: Papirus, 1988.

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

_____. _____. 5. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 4, p. 140–172, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código civil comentado e legislação extravagante*: atualizado até 15 de junho de 2005. 3. ed. rev., atual. e ampl. da 2. ed do Código Civil anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1963.

NUNES, JR., Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda A.P. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLINTO Antonio. *Minidicionário*. Inglês/português Português/inglês. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, v. 651, p. 52-72. 1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte Especial*. 3. ed. São Paulo: RT. 1984. t. XXXVIII.

RECUERO, Raquel. *Redes Sociais na Internet*. Porto Alegre: Sulinas, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito do consumidor*: com exercícios. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. [Palestra]. *Anais...* XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 29 de agosto a 2 de setembro de 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v..3.

RS WEB INTERACTIVE. *História do Facebook* - Mark Zuckerberg. 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.agenciars.com.br/blog/historia-do-facebook-mark-zuckerberg/#>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SBARAI, Rafael. *Facebook alcança marca de 76 milhões de usuários no Brasil*. 30.7.2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/facebook-alcanca-marca-de-76-milhoes-de-usuarios-no-brasil>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

SIGNIFICADO DE PALAVRAS. Dicionário online em português. Disponível em: <<http://www.significadodepalavras.com.br/premium>>. Acesso em: 01 out. 2013.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. São Paulo: Saraiva. 2001.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 11. ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. *Direitos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani_contipelli.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SOBRAL, Lilian. *Facebook capta US\$ 16 bilhões, 7º maior IPO da história*. 17.05.2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mercados/noticias/facebook-capta-us-16-bilhoes-7o-maior-ipo-da-historia/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SOUSA, Rainer. *Revolução Gloriosa*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiag/revolucao-gloriosa.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Maria do Rocio Fontoura. *Redes de conhecimento em ciências e o compartilhamento do conhecimento*. 2011. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação em Educação e em Ciências: Química da Vida e Saúde, Instituto de Ciências Básicas da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos*

contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VERSTEGAARD, Torben; SCHORODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. Trad. João Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, v. 67, jul.-set. 1992.

123REDE.COM. *Sites de redes sociais*. Disponível em: <<http://www.123rede.com/html/makefriend/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.