

SERGIO GONÇALVES MACEDO JÚNIOR

**OS JULGADOS DO STJ EM MATÉRIA PUBLICITÁRIA
E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
EM RELAÇÃO À INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA DE CONSUMO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle – Unilasalle, como exigência parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito e Sociedade.

Orientação: Professora Maria Cláudia Mércio Cachapuz

Coorientação: Professor Leonel Pires Ohweiler

Canoas, 2016

SERGIO GONÇALVES MACEDO JÚNIOR

**OS JULGADOS DO STJ EM MATÉRIA PUBLICITÁRIA
E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
EM RELAÇÃO À INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle – Unilasalle, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professora Maria Cláudia Mércio Cachapuz
Centro Universitário La Salle - Unilasalle

Professor Leonel Pires Ohlweiler
Centro Universitário La Salle - Unilasalle

Professor Diógenes Vicente Hassan Ribeiro
Centro Universitário La Salle - Unilasalle

Professora Marcia Santana Fernandes
Mestrado Profissional em Pesquisa Clínica do Hospital de Clínicas de Porto Alegre

Canoas, 2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus pais, pessoas tão valorosas, que me forjaram o gosto pelo estudo sem que eles próprios tivessem, tempestivamente, oportunidades adequadas.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos os amigos que, de alguma forma, auxiliaram-me nesta trajetória, à Professora Maria Cláudia Mércio Cachapuz, por toda a orientação dada e aos colegas do Grupo de Pesquisa Direito, Ambiente e Novas Tecnologias – GPDANT, pela parceria no Observatório de Análise Crítica de Jurisprudência.

*“Ah...!!! Bondade sua me explicar
Com tanta determinação...
Exatamente como eu sinto,
Como penso... e como sou...
Eu realmente não sabia que eu pensava assim...
E, agora, você quer um retrato do país,
Mas queimaram o filme...
Queimaram o filme...”*

(Renato Manfredini Júnior)

RESUMO

Forma de comunicação que tem como objetivo promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, a publicidade constitui um dos temas mais complexos do Direito do Consumidor. Enquanto fato jurídico em constante transformação, desafia o legislador, o aplicador do Direito e a doutrina, em suas várias formas de expressão. Se, por um lado, é imprescindível ao funcionamento do mercado de consumo, por outro, pode ser veículo de ilicitudes que lesam os consumidores, quando estratégias de sedução e artifícios de persuasão podem acabar se sobrepondo ao dever de transparência dos fornecedores. O Código de Defesa do Consumidor, arraigado a princípios constitucionais e, mais especificamente, aos do Direito do consumidor, incrementou o ordenamento jurídico pátrio regulando a publicidade e balizando a caracterização das ilicitudes de suas manifestações – enganabilidade e abusividade - de forma a viabilizar o seu controle legal no sistema misto de regulação da publicidade. Para preservar o pacto fiduciário encetado pela informação publicitária e para que seja assegurada a satisfação das expectativas legitimamente geradas pela confiança despertada pelos fornecedores no discurso persuasivo praticado pela publicidade, a boa-fé objetiva desponta como princípio hábil a instrumentalizar o Poder Judiciário na tarefa de moderar o vínculo obrigacional pré-contratual ante o presumido desequilíbrio gerado pela vulnerabilidade de uma das partes na relação de consumo. Assim, ao perscrutar sobre a lisura da informação publicitária, o Judiciário dispõe do instituto jurídico da boa-fé como um instrumento para solucionar eventuais demandas, que lhe sejam submetidas, referentes à responsabilidade oriunda do contato social estabelecido entre fornecedores e consumidores por ocasião da oferta publicitária. Ao mesmo tempo, a ampliação copiosa do emprego da boa-fé objetiva pela jurisprudência nacional, observada a partir de seu reconhecimento legislativo como cláusula geral na esfera cível, implica na possibilidade de que se venha a extrapolar a sua justa medida de incidência, acarretando o risco de uma utilização excessiva e desmesurada, que pode vir a gerar uma aplicação rasa e acrítica, ocasionando o esvaziamento de seu conteúdo próprio. Nesse contexto, procede-se, no presente estudo, à análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça que tenham suas decisões publicadas na vigência do atual Código Civil e que enfrentem demandas sobre alegadas ilicitudes publicitárias, perquirindo-se como aquela Corte vem respondendo às ações de consumidores que aleguem ter seus direitos lesados por peças publicitárias ilícitas e em que medida a cláusula geral da boa-fé vem sendo aplicada na sua prática jurisdicional.

Palavras-chave: publicidade. boa-fé. confiança. informação. consumidor.

ABSTRACT

Form of communication that aims to promote the acquisition of a product or use of a service, advertising is one of the most complex themes in Consumer Law. While legal fact in constant transformation, challenges the legislature, the applicator of the law and the doctrine in its various forms of expression. If, on one hand, it is essential to the functioning of the consumer market, on the other, it can be vehicle of illegal activity which adversely affect consumers when seduction strategies and persuasion devices may end overcoming the duty of transparency from the suppliers. The Consumer Defense Code - CDC, rooted to constitutional principles and, more specifically, to the Consumer Rights, increased the paternal law regulating advertising and marking out the characterization of the illegal activity of its manifestations - deceitfulness and unconscionability - in order to facilitate their legal control in the mixed system of advertising regulation. In order to preserve the fiduciary pact initiated by the advertising information and to assure the satisfaction of expectations legitimately generated by the trust aroused by suppliers in persuasive speech practiced by advertising, the objective good faith is emerging as skillful principle to equip the judiciary in the task of moderating the mandatory pre-contractual bond before the natural imbalance generated by the vulnerability of one of the parties to the consumer relationship. So when examining the candor of advertising information, the judiciary has the legal principle of good faith as an instrument to solve any demands, that may be submitted to it, referred to the liability arising from social contact established between suppliers and consumers during the advertising offer. At the same time, the copious expansion of the use of objective good faith under national law, observed from its legislative recognition as a general clause, implies the possibility of it extrapolating its fair incidence measure, causing the risk of an excessive and disproportionate use, which may ultimately generate a shallow and uncritical application, causing the evacuation of their own content. In this context, it is proceeded, in this current study, to the analysis of precedents of the Supreme Court, to have their decisions published in term of the current Civil Code and to face demands on alleged advertising illegal activity, inquiring as this Court has responded to the actions of consumers who claim to have their rights infringed by illegal advertisements and to what extent the general clause of good faith has been applied in their legal practice.

Keywords: advertising. good faith. confidence. information. consumer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I A INFORMAÇÃO DE CONSUMO A PARTIR DE UMA RELAÇÃO DE CONFIANÇA	
1 A INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA E A PROTEÇÃO DO CONSUMO	15
1.1 COMUNICAÇÃO.....	22
1.2 INFORMAÇÃO	25
1.3 PUBLICIDADE.....	28
1.3.1 Natureza Jurídica da Publicidade	33
1.3.2 Sujeitos da Publicidade.....	34
1.3.3 Artíficos de Persuasão	38
1.3.4 Princípios da Atividade Publicitária	44
1.3.4.1 Princípio da Identificação	44
1.3.4.2 Princípio da Vinculação	47
1.3.4.3 Princípio da Veracidade	51
1.3.5 Publicidade Ilícita	54
1.3.5.1 Publicidade Enganosa	55
1.3.5.2 Publicidade Abusiva	61
1.3.6 Formas de Controle da Publicidade	64
1.3.6.1 Sistema Autorregulamentar	65
1.3.6.2 Sistema Legal	67
1.3.6.3 Sistema Misto	68
1.3.6.4 Sancionamentos	69
2 A RELEVÂNCIA ADQUIRIDA PELO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA A PARTIR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	70
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DA BOA-FÉ	71
2.2 A BOA-FÉ SUBJETIVA	88
2.3 A BOA-FÉ OBJETIVA	90
2.3.1 A Cláusula Geral da Boa-Fé	97
2.3.2 Boa-fé Objetiva no Direito Brasileiro	105

2.3.3 Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor.....	109
2.3.4 Funções da Boa-fé Objetiva.....	113
2.3.4.1 Função de Interpretação e Integração	113
2.3.4.2 Função de Limite ao Exercício de Direitos Subjetivos	115
2.3.4.3 Função de Criação de Deveres Jurídicos	117
2.3.4.3.1 Dever Anexo de Informação.....	123
2.3.5 A Aplicação da Boa-fé Objetiva à Informação Publicitária.....	127

II O STJ E A INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA

3 OS JULGADOS SOBRE PUBLICIDADE E BOA-FÉ NO STJ	129
3.1 DOS VÍCIOS/DEFEITOS DOS PRODUTOS	132
3.2 A CONFIANÇA COMO REQUISITO PARA A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA	144
3.3 DO DESTAQUE DADO À INFORMAÇÃO DE CONSUMO.....	157
3.4 O CARÁTER VINCULATIVO DA INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA.....	163
3.5 O CONTEÚDO DA BOA-FÉ OBJETIVA CONSOANTE O CONTEXTO SÓCIO- HISTÓRICO	169
CONSIDERAÇÕES FINAIS	177
REFERÊNCIAS.....	185

INTRODUÇÃO

A publicidade exerce influência decisiva sobre os gostos, a sensibilidade, a imaginação e os costumes. A função antes desempenhada, nesse âmbito, por sistemas filosóficos, crenças religiosas, ideologias e doutrinas, [...], hoje é exercida pelos anônimos “diretores de criação” das agências publicitárias.

Quando uma cultura relega o exercício de pensar ao desvão das coisas fora de moda e substitui ideias por imagens, os produtos literários e artísticos são promovidos, aceitos ou rejeitados pelas técnicas publicitárias e pelos reflexos condicionados de um público que carece de defesas intelectuais e sensíveis para detectar os contrabandos e as extorsões de que é vítima. (LLOSA, 2013)

Na sociedade contemporânea, a publicidade cumpre uma importante função social e econômica. É imprescindível ao funcionamento do mercado de consumo; porém pode ser ao mesmo tempo veículo de ilicitudes que vêm a lesar os consumidores.

Vive-se em uma sociedade em que a prática recorrente é o consumismo, fruto de inúmeras influências do meio no qual os indivíduos estão inseridos, que os incentivam à contínua aquisição de bens e serviços como forma de sustentar a produção e o crescimento econômico. Desde a segunda metade do século XX, o incentivo ao consumo intensificou-se de maneira exponencial, em um processo de “espetacularização” (DEBORD, 1997) que fez com que multidões de consumidores realizem compras como se fosse uma atividade de lazer, com a mesma alegria com que assistem a peças teatrais ou a shows musicais. E este processo se auto-alimenta: quanto mais espetáculo, mais sociedade de consumo. O consumo evoluiu, assim, para um instrumento de indexação social, atribuidor de *status*, assumindo, inclusive, um papel de gerador de satisfação pessoal.

E a maior parte das influências que promovem a criação de necessidades de consumo decorre das técnicas de *marketing*. A publicidade está presente no dia a dia de todos os indivíduos, que são expostos, mesmo que a despeito de sua vontade, a diferentes espécies de apelos de *marketing*, como o anúncio publicitário, o *teaser*, o *puffery* e o *merchandising*.

Plenamente integrada ao modo de produção capitalista e inegavelmente necessária à economia de mercado, a publicidade adquire cada vez mais espaço e influência com a diversificação dos meios de comunicação e a intensificação da circulação da informação em proporções jamais vistas. Nesse contexto, os seus efeitos sobre a sociedade também são majorados, de forma que eventuais ilicitudes passam a ter um potencial lesivo muito mais significativo.

Ao procurar promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, a publicidade pode incorrer em enganosidades e/ou abusos, acarretando diferentes tipos de prejuízos ao seu público-alvo e demandando a tutela do Poder Judiciário. Constitui, portanto, um dos temas mais complexos do Direito do Consumidor, como um fato jurídico em constante transformação que, em suas múltiplas facetas, desafia os legisladores, a doutrina e os aplicadores do Direito, configurando um cenário propício à aplicação do instituto da boa-fé objetiva, o qual se mostra como uma importante ferramenta para a solução de conflitos consumeristas. Enquanto cláusula geral, essa ferramenta opera como fonte de normas de conduta, assumindo suas funções de interpretação e integração, de limitação ao exercício de direitos subjetivos e de criação de deveres jurídicos, ou atuando como reforço de ligações obrigacionais, com a adição de efeitos jurídicos, como o da vinculação da prestação dos fornecedores à publicidade (princípio da vinculação da oferta).

A noção de boa-fé, que teve sua origem no Direito romano, recebeu, ao longo da história, características de conteúdos diversos, que lhe foram sendo agregados de acordo com as diferentes culturas que a adotaram, até lograr, no Direito germânico, seu conteúdo de maior densidade, vinculado a teor dogmático, recebendo uma carga axiológica relacionada à ética e à moral. E foi essa noção germânica da boa-fé objetiva, que foi recepcionada pelo Direito brasileiro, como um instituto que evoca o interesse e a preocupação com “o outro”, o intuito de cooperação na relação obrigacional, a vontade conformada pelos interesses da outra parte como requisito, em última análise, de uma convivência fraterna e solidária.

Inicialmente aplicada como um princípio não expresso admitido implicitamente pelo sistema (AGUIAR JR., 2000), a boa-fé objetiva teve sua primeira previsão expressa, no Direito pátrio, como princípio da política nacional de relações de consumo, no Código de Defesa do Consumidor - CDC (TEPEDINO, 2003). No entanto, mesmo com tal previsão e com o restante arcabouço jurídico implementado pelo CDC com o objetivo de tutelar as relações de consumo, ainda ocorrem vários casos de desrespeito à legislação, de modo que muitas peças publicitárias continuam a ser promovidas ilicitamente. Muitas delas de forma velada, abusando ou enganando por omissão ou, mesmo, por comissão - de maneira quase imperceptível-, promovendo produtos ou serviços impróprios ou, ainda, apenas com o objetivo de formação artificial de vontades e de criação de necessidades de consumo.

Apenas a partir da promulgação do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva foi positivada definitivamente como cláusula geral (MARTINS-COSTA, 2015), o que, de acordo com Ubirajara Mach de Oliveira (1997), colocou-a em lugar ainda mais altaneiro no ordenamento jurídico pátrio, de maneira que as melhores soluções ao anseio por justiça no

campo obrigacional passaram a poder ser descortinadas consoante a criatividade judicial baseada nos catálogos de julgados reveladores do senso do justo e do ético disseminado na comunidade.

A consagração do instituto no novo código civilista fixou, portanto, no Direito brasileiro a possibilidade de imposição de um padrão ético ao comportamento contratual e, mais do que isso, viabilizou a disseminação de seu uso na jurisprudência nacional. Alerta Judith Martins-Costa (2015, p. 11), entretanto, em sua mais recente obra sobre os critérios de aplicação da boa-fé objetiva no direito privado, que essa disseminação da utilização da boa-fé na jurisprudência incorre no risco de transformar o instituto em uma espécie de “fórmula mágica”, empregada indistintamente, a alicerçar soluções semelhantes para toda uma gama de situações desiguais, de maneira que ele pode vir a perder densidade e cientificidade. Do que dimana o paradoxo do panorama da aplicação do instituto observado pela autora, consistente, de um lado, pelo seu desenvolvimento embasado por uma “jurisprudência responsável”, capaz de extrair do princípio o conteúdo próprio a ser configurado em conexão ao caso concreto, e, de outro, pela sua utilização pautada em uma interpretação subjetiva, desprovida de critérios dogmáticos, capaz de esvaziá-lo e de torná-lo objeto de um “mero argumento de autoridade”.

Diante desse panorama, surge o interesse de investigar como, a partir da positivação da cláusula geral da boa-fé no Código Civil de 2002, o Judiciário vem respondendo às ações que envolvem alegadas ilicitudes publicitárias. Com esse intuito, realizou-se uma pesquisa empírica que deu ênfase às decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ, tendo em vista tratar-se de uma das Cortes superiores de nosso Poder Judiciário¹.

Assim, perquire-se: em meio ao processo de espetacularização do consumo, como o STJ - enquanto instância superior do Poder Judiciário - vem respondendo às demandas dos consumidores que alegam ter seus direitos lesados por peças publicitárias obliquadas por enganosidades ou abusividades? Em que medida o princípio da boa-fé objetiva vem sendo aplicado na prática jurisdicional daquele Tribunal, nesse tipo de demanda?

Enfim, o presente projeto consiste em uma iniciativa de tentar, por meio de pesquisa empírica, observar e mensurar - à luz dos deveres dos fornecedores, de transparência e de informação - a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, na referida Corte, nas questões referentes a ilícitos publicitários.

¹ O STJ foi o Tribunal escolhido para a pesquisa por ser um Tribunal representativo, enquanto instância máxima ordinária, e em razão do volume da produção jurisprudencial dos Tribunais estaduais ser tal que se inviabilizaria uma análise mais detalhadas dos julgados.

Na metodologia, além da revisão bibliográfica, foi realizada pesquisa empírica², com levantamento quantitativo e qualitativo na jurisprudência do STJ acerca do tema, com o objetivo de tentar avaliar a prestação da tutela jurisdicional daquele Tribunal superior, no que se refere à regulação da publicidade e estabelecer o grau de implicação do princípio da boa-fé objetiva nas soluções aplicadas aos seus julgados.

No levantamento quantitativo, foram identificados e tabulados os Acórdãos indexados pelo Sítio do STJ às palavras-chave “publicidade” e “boa-fé”, tendo, por limitação temporal, o período compreendido entre janeiro de 2002 e setembro de 2015. A escolha de janeiro de 2002 como marco temporal inicial levou em consideração a entrada em vigor do atual Código Civil, que positivou a boa-fé como cláusula geral, consagrando-a, em definitivo, em toda a esfera cível. Foram descartados todos os Acórdãos indexados a tais palavras-chave cujo assunto não fosse a publicidade comercial, pelo que foram desprezados os Acórdãos referentes à publicidade administrativa (que envolvem o princípio da publicidade do Direito Administrativo), à publicidade notarial (que envolvem negócios jurídicos relativos a imóveis) e à publicidade dos demais negócios jurídicos, assim como os da matéria penal.

O estudo foi organizado em duas partes. A primeira destina-se à abordagem doutrinária de aspectos conceituais relacionados à publicidade e à boa-fé. Na segunda parte, apresenta-se os resultados da pesquisa empírica, com as análises quantitativa e qualitativa dos Acórdãos identificados na pesquisa jurisprudencial.

Desta forma, inicia-se com a apresentação da informação de consumo a partir de uma relação de confiança, tratando de aspectos conceituais afetos à informação publicitária – como os da comunicação, da informação, dos diferentes tipos de publicidade, seus sujeitos e sua natureza jurídica -, bem como dos fatores de proteção do consumo que tomam por base tal informação. São analisadas, ainda, técnicas publicitárias de persuasão, com o objetivo de tentar desvendar e expor artifícios inseridos na informação publicitária que tenham o intuito de criar desejos e suscitar o consumo; assim como as definições das espécies de publicidade ilícita, estabelecidas pelo CDC, as suas formas de controle e os sancionamentos possíveis.

Em seguida, é dado enfoque à relevância adquirida pelo princípio da boa-fé nas relações de consumo. Parte-se da investigação de sua origem no Direito, para desenvolver a análise de sua evolução histórica, com o objetivo de traçar sua trajetória até a sua consagração no direito brasileiro, como cláusula geral. Trata-se, após, das características dessa cláusula-

² A pesquisa empírica foi realizada por meio do Grupo de Pesquisa *Direito, Ambiente e Novas Tecnologias – GPDANT*, do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário Unilasalle. O Grupo, vinculado ao Mestrado Acadêmico em Direito – *Direito e Sociedade* -, realiza um *Observatório de Análise Crítica de Jurisprudência* que, entre outras finalidades, embasa o presente projeto.

geral e das suas funções, estabelecendo-se a importância da boa-fé objetiva - mesmo que, *a priori*, de conteúdo indeterminado - na equalização das relações de consumo e, assim, na regulação da publicidade, com a observância do princípio da transparência e do dever de informação.

Por fim, procede-se à análise qualitativa da jurisprudência coletada na pesquisa empírica, procurando-se cotejar os aspectos teóricos desenvolvidos na primeira parte com o tratamento dado pelo STJ aos assuntos abordados nos julgados identificados e examinar o conteúdo que aquela Corte auferir ao instituto, com o propósito de investigar a medida da aplicação da boa-fé objetiva nos casos relacionados às ilicitudes publicitárias.

I - A INFORMAÇÃO DE CONSUMO A PARTIR DE UMA RELAÇÃO DE CONFIANÇA

1 A INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA E A PROTEÇÃO DO CONSUMO

No processo econômico, a produção e a distribuição eram os únicos dois fatores considerados fundamentais pela escola econômica clássica, como reflexo da conjuntura social do século XIX, quando os fabricantes tinham a preocupação exclusiva de vender e distribuir o que fosse produzido. Naquela época, em razão do reduzido poder aquisitivo das populações da Europa, praticamente não haviam excedentes que permitissem aos compradores visar mais especificamente seus gostos pessoais (PINHO, 1991), de modo que “ninguém se preocupava em atender aos interesses e anseios particulares do mercado” (GRACIOSO, 1993, p.16).

A capacidade de produção começou a aumentar na década de 20 do século passado, chegando a superar a demanda em alguns setores (PINHO, 1991), motivo pelo qual surgiu a necessidade de implementação de técnicas de competição, como o manejo de preços e a publicidade (GRACIOSO, 1993). Mesmo assim, o consumo ainda permanecia como um fator relegado a um segundo plano, dado que ainda não era reconhecida a possibilidade de criação ou estimulação de demandas (PINHO, 1991). Foram os fenômenos de escassez das Guerras Mundiais e o avanço das comunicações sociais que suscitaram nos consumidores a necessidade de valorização própria, de seu tempo e de seu dinheiro (SOUZA, 2004).

Com a publicação do livro *General Theory of Employment, Interest and Money*, no qual o economista americano J. M. Keynes ataca a clássica lei da oferta e da procura, veio à voga a ideia de que haveriam outros fatores, subjetivos, que poderiam influir significativamente no comportamento dos consumidores. Nascia, nessa época, a preocupação com a possibilidade de não se encontrar mercado para os bens produzidos, o que seria um risco maior para as empresas do que a própria perda dos fatores de produção (PINHO, 1991). Surgia, então, a necessidade de se “abrir mercado”, ou seja, de se “criar” necessidades de consumo que viessem ao encontro do imperativo de alocar, no mercado, toda a produção excedente.

Desde a Revolução Industrial, assistimos a agudas modificações econômicas, sociais e culturais que transformaram a sociedade ocidental pré-industrial em uma espécie bastante peculiar de coletividade, a qual, academicamente, denominou-se “sociedade de consumo”. Com o aparecimento das sociedades de massa, que se deu em um processo que foi acelerado após a segunda guerra mundial, o sistema capitalista entrou em uma fase monopolista, na

qual, conforme Luiz Celso de Piratininga (1994, p. 1), “oligopólios e monopólios profundamente imbricados com o setor financeiro controlam todo o ciclo produtivo/distributivo”. Em meio a este cenário, apenas um processo globalizante de produção, comunicação e distribuição poderia se prestar à consecução de metas econômicas de atividades tão entrelaçadas (PIRATININGA, 1994). Consoante a lição de Luiz Celso de Piratininga,

[...] quanto mais se desenvolvia entre nós o estágio monopolista do sistema capitalista, num movimento inerente à própria dinâmica histórico-econômica, menos poder-se-ia falar de concorrência livre e espontânea, vendo se consolidar, antes, um estado de coisas em que poucos macroprodutores enfeixam nas mãos a quase totalidade de decisões de produção e consumo.

Para isto, para possuir e consolidar tal capacidade de influência, é necessário estabelecer essa diferenciação, principalmente através do desenvolvimento de marcas e embalagens, de variações ou adaptações de produtos e de um contínuo esforço de publicidade e de outras formas de comunicação mercadológica; visa-se, ao fim de tudo, a que aos olhos dos consumidores um certo produto não seja substituível por nenhum outro senão à custa de insatisfação ou de perda de prazer de consumo, mantendo-se assim um mercado cativo e passível de constante ampliação. (PIRATININGA, 1994, p. 2)

O século XIX foi, então, marcado por mudanças na economia mundial com a expansão do capitalismo, e, neste contexto, surgiu a sociedade de consumo, que o erigiu a um nível de importância jamais visto em toda a história. Com efeito, o sistema industrial contemporâneo realizou a façanha de transformar a compra em uma festa, a venda em uma arte e o consumo em um espetáculo. E, obviamente, os meios de comunicação de massa têm papel fundamental na composição deste panorama. São alicerces que serviram de base para a constituição deste tipo de sociedade e, mais do que isso, fomentam diariamente este espetáculo de forma a incrementar e perpetuar a atitude consumista na mesma medida e profundidade em que atingem todas as classes sociais (PAIXÃO, 2014).

A ideia de sociedade de consumo³ concretizou-se, assim, na segunda metade do século XX, com a assimilação pelo mercado das técnicas exponencialmente produtivas e logísticas desenvolvidas nas grandes guerras mundiais. O pós-guerra fez com que a sociedade ocidental experimentasse uma fase de crescente abundância e conseqüente aumento do poder aquisitivo. Consoante Gilles Lipovetsky (2010), concomitantemente, o período que se seguiu às guerras modificou a ideia de trabalho dedicado exclusivamente à subsistência, abrindo

³ A sociedade de consumo é fruto das modificações econômicas, sociais e culturais que transformaram a sociedade ocidental pré-industrial desde o século XIX e abriga um processo denominado de “espetacularização do consumo” (DEBORD, 1997).

espaço para idealizações em busca de melhor qualidade de vida. Segundo Mario Vargas Llosa,

Depois dessa etapa duríssima, seguiu-se um período de extraordinário desenvolvimento econômico. [...] O bem-estar, a liberdade de costumes e o espaço crescente ocupado pelo ócio no mundo desenvolvido constituíram notável estímulo para a multiplicação das indústrias da diversão, promovidas pela publicidade, mãe e mestra de nosso tempo. (LLOSA, 2013, p. 12)

Assim é que a publicidade assumiu uma fundamental importância na sociedade contemporânea, aquecendo a economia, abrindo mercados e dirigindo gostos e costumes. Em seu ensaio intitulado *Cultura McWorld*, Benjamin R. Barber aponta que,

Com a saturação dos mercados tradicionais e a superprodução dos bens, o capitalismo não pode mais se dar ao luxo de servir apenas às necessidades reais dos consumidores. Essas necessidades são criadas pela promoção, pelo condicionamento, pela publicidade, pela persuasão cultural a fim de absorver a oferta dos industriais.

E, para absorver tudo o que tem que ser vendido, os cidadãos em tempo parcial não têm que se transformar em consumidores em tempo integral? É por isso que as velhas praças e os centros das cidades são trocados por complexos comerciais fechados, que nada têm a oferecer senão comércio. (BARBER, 2003, p. 51-53)

Guy Debord (1997) estudou o caráter espetacular do capitalismo⁴, mostrando estar ele ligado à ótica da acumulação do capital. Afirma que o espetáculo une o lado da produção ao lado do consumo, transformando indivíduos em consumidores plenos; que ele é produzido pela indústria cultural e atinge os indivíduos em praticamente todos os atos de sua vida cotidiana, sendo quase que onipresente. A espetacularização foi um processo que proporcionou ao sistema capitalista o fôlego de que precisava para acompanhar as mudanças históricas instituídas por ocasião da formação da sociedade de massa.

Na visão crítica de Jonh Kenneth Galbraith (*apud* PIRATININGA, 1994, p. 13), em sua obra intitulada *O Novo Estado Industrial*, “o controle da procura é, em todos os aspectos, um arranjo admiravelmente sutil em desígnio social”. Desta forma, a homogeneidade de comportamento do conjunto social - fundamental para as organizações completas, que produzem em escala e necessitam, por isso, de consumo em igual escala - pode ser garantida (PIRATININGA, 1994). Todavia não termina aí a função de tal arranjo. Como Galbraith salienta,

⁴ “Sociedade do Espetáculo” é título da obra mais famosa de Guy Debord, crítica sobre consumo, sociedade e capitalismo, cujo original, publicado em 1967, denomina-se *La Société du Spectacle*.

Este controle realiza ainda um outro serviço, porque, além de colocar a procura sob controle substancial, fornece, em conjunto, uma incansável propaganda em benefício das mercadorias em geral. Desde manhã cedo até tarde da noite, as pessoas são informadas dos serviços que lhes são prestados pelas mercadorias e a sua profunda indispensabilidade. Cada aspecto e facetas do produto estudados à busca de razões de venda, são descritos com talento, gravidade e profunda preocupação como fontes de saúde, felicidade, realização social, ou melhor posição na comunidade. (GALBRAITH *apud* PIRATININGA, 1994, p. 14)

Na economia de mercado da sociedade de massa, os bens passam a ser considerados *mercadorias* e, assim, o valor de troca suplanta o valor de uso; o que a publicidade promove, então, não é a utilidade real do bem ou serviço, mas a imagem de valor a ele agregada - e esse fenômeno é, segundo Piratiniga (1994), o que Karl Marx chamava de *fetichismo da mercadoria*⁵, em sua obra clássica *O Capital* (PIRATININGA, 1994). Mas, segundo Luiz Celso de Piratiniga (1994, p. 4),

essa imagem de valor, que para todos parece natural e espontânea, só se estabelece e se consolida na mente dos consumidores graças a uma ininterrupta quantidade de informação para a massa e para os diferentes públicos que a compõe, exercida através dos meios de comunicação social (os *mass media*) e das estruturas produtivas dedicadas à criação e elaboração de tais mensagens (agências de publicidade, empresas produtoras de imagem e som, empresas e indústrias gráficas e fonográficas etc.). Todos dedicados a uma atividade que não se esgota ao informar sobre a existência ou característica deste ou daquele tipo de bem ou serviço, para que os consumidores conheçam a sua existência e possam procurá-los. Mais do que isso: é vital envolver tal tipo de informação e soluções criativas de conteúdo e forma que ensejem vivências emocionais naqueles que por elas sejam atingidos, gerando em torno de cada bem ou serviço ofertado a aura de desejo que aproxima a mão do consumidor ou nele mantém o hábito compulsivo de consumo.

(Quantos *boys* não sacrificam o salário mensal inteiro apenas para poder utilizar o *Nike* ou *Reebok* que lhes prometa maior aceitabilidade social através do destaque assim garantido no grupo?)

Satisfazendo a empresas e consumidores tal atividade incessante fecha o ciclo do *marketing* [...]. E só o pode fazer, na verdade, graças ao desenvolvimento dirigido e à divulgação contínua da manifestação artística mais típica da sociedade de massa: a publicidade. (PIRATININGA, 1994, p. 4-5)

Esse processo de *mercadorização* dos bens e serviços é viabilizado por meio da informação publicitária, que tem o papel de suscitar a caracterização da autonomia das mercadorias em relação a seus processos produtivos. Conforme Mario Vargas Llosa (2013, p. 14), “de certa forma era obrigatório que isso ocorresse a partir do momento em que a obra literária e artística passou a ser considerada um produto comercial, cuja sobrevivência ou

⁵ “É evidente que a atividade do homem modifica as matérias naturais para servir-se dela. A forma da madeira, por exemplo, muda ao ser convertida em uma mesa; não obstante, a mesa continua sendo madeira e um objeto vulgar recorrente. Mas, quando começa a se comportar como mercadoria, a mesa se converte em um objeto fisicamente metafísico [...] e assim acontece com todos os produtos da mão humana [...]. A isso eu chamo o *fetichismo da mercadoria*: a condição natural de apresentação dos produtos do trabalho que se transformam em mercadoria” (MARX *apud* PIRATININGA, 1994, p. 4).

extinção estaria em jogo nos vaivéns do mercado e nada mais, num período trágico em que o preço passou a se confundir com o valor de uma obra de arte”.

Assim, o ciclo de vida dos produtos alterou-se profundamente na sociedade de consumo, surgindo o que alguns autores chamam de "império do efêmero". A industrialização criou o imperativo de aglomerar multidões de mão-de-obra, e a família, que, até então, sempre fora entendida como uma unidade de produção, transformou-se numa autêntica unidade de consumo. Enfim, a condição da massificação dos comportamentos de consumo conduziu à nuclearização da família, o que veio a permitir a sua plena integração no meio urbano e a sua exposição permanente a todas as técnicas de persuasão social (PAIXÃO, 2014). Entre elas, a publicidade, que passou a tomar, aos poucos, os moldes que apresenta hodiernamente, ocupando cada vez mais espaço e adquirindo mais importância em nosso meio.

O fetiche pelo consumo do produto e da imagem é a força motriz da economia contemporânea e torna-se o agente agregador ou desagregador dentro da sociedade. Consumir significa estar ou não nela inserido, numa espécie de cidadania-mercantil. E a publicidade tem papel fundamental na composição deste panorama. É o alicerce que serviu de base para a constituição deste tipo de sociedade e, mais do que isso, estimula diariamente este espetáculo de forma a incrementar e perpetuar a atitude consumista na mesma medida e profundidade em que atinge todas as classes sociais.

No modelo da sociedade de consumo, o *marketing*⁶, entendido como o conjunto de atividades voltadas ao incremento do consumo, possui um incontestável poder manipulador. E, nesse contexto, insere-se a constatação de Fernanda Nunes Barbosa:

A criação de uma massa de consumidores por meio da incessante e avassaladora indução ao consumo acarreta a necessidade de um maior controle por parte das legislações especiais, notadamente no que se refere à oferta, uma vez que essa aparente “democratização” do consumo significou, em última análise, que passaram a ser potenciais consumidores todas as pessoas, estejam elas capacitadas ou não para agir com discernimento no mercado, bastando que, para isso, liguem a TV, o rádio, leiam um jornal ou revista, observem um *outdoor*, recebam a visita de um representante, etc.. (BARBOSA, 2008, p. 67)

⁶ Marc Legrain (1992, p. 35) define *marketing* como o “estudo e execução de políticas de produtos, preço, distribuição e comunicação que permitirão à empresa atingir, com lucro, um objetivo fixado em função do mercado”. Para Fernando Gherardini Santos, a despeito da constatação de que o *marketing*, muitas vezes, leva os consumidores a adquirirem mercadorias que nem mesmo desejam e contribuir para o aumento da inadimplência e da pobreza de uma sociedade, não se mostra apenas útil, mas quicá indispensável ao empresário e absolutamente necessário à sociedade (SANTOS, 2000, p. 36).

No mundo complexo no qual se insere a sociedade de consumo, de inúmeras possibilidades, onde o plural é a tônica e as escolhas são múltiplas e constantes, a informação publicitária é cada vez mais importante, na medida em que pode auxiliar os indivíduos na busca das decisões capazes de resultar nos melhores desfrutes e na maior satisfação pessoal. A diferenciação inerente à complexidade traz, como consequência, a necessidade constante de manifestação de opções, para a qual a informação publicitária é alicerce fundamental, que pode alavancar o prazer e o bem-estar, mas que pode também induzir a erro e causar prejuízos.

Neste cenário em que o consumo é hipervalorizado e os consumidores ganham importância em uma conjuntura de evidência da informação, do bem-estar e do prazer, os seus interesses individuais passam a ser enaltecidos, logrando um espaço até então inexistente na lógica dos mercados. Consoante Juliana de Souza,

Quando o poder de compra se eleva e os mercados ficam mais competitivos, os desejos dos consumidores passam a representar interesses, que se voltam para os bons desfrutes dos bens e serviços ofertados.

Estes interesses individuais dos consumidores se integram às demandas sociais e pressionam o Estado a empreender políticas públicas voltadas para as necessidades da sociedade e do mercado. Consequentemente, o Estado estabeleceu duas grandes diretrizes para guiar as medidas políticas que asseguram a liberdade do mercado: o controle do abuso do poder econômico e a defesa do consumidor. Isto significa a intervenção do Estado na ordem econômica, com vistas a proteger os interesses dos consumidores. (SOUZA, 2004, p. 77)

Significa dizer que, na medida em que os consumidores galgaram degraus de importância, puderam ocupar posição de destaque na lógica dos mercados e, por meio de demandas sociais, adquiriram o *status* necessário para cooptar a devida proteção, através de políticas públicas. Na Carta Magna de 1988, esta conquista foi consubstanciada no inciso XXXII⁷ do artigo 5º, norma da qual decorreu a edição da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor – CDC. Conforme assevera Juliana de Sousa (2004), a melhoria do tratamento dos consumidores é uma preocupação da fase atual do movimento consumerista⁸ que, originário de movimentos contra discriminações e influenciado pela industrialização e produção em larga escala, logra, hodiernamente, sua concretização. Helio Zaguetto Gama ensina, sobre este movimento, que:

⁷ Artigo 5º, inc. XXXII, CF/88: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁸ Movimento social que busca, na defesa do consumidor, um equilíbrio das forças sócio-econômicas e a melhoria das condições de vida dos cidadãos.

O movimento consumerista percorreu várias fases, até chegar na quarta fase, atual, em que se volta para aspectos mais importantes como: a boa informação sobre os produtos e serviços, a boa conduta dos fornecedores nas estipulações comerciais, a boa presença dos fornecedores frente às expectativas de valorização da vida comunitária. Mas, analisando as fases anteriores, o movimento consumerista, em sua fase inicial, estava ligado às lutas pelas conquistas sociais, quando se firmavam os competitivos mercados do fim do século passado e início deste século. (GAMA, 2000, p. 28)

Consumerismo, este neologismo ainda mal assimilado entre nós, provém da palavra anglo-saxônica *consumerism*. Pode-se defini-lo como a ação social dos grupos, instituições e pessoas que procuram fazer valer os direitos legítimos do consumidor, melhorar a qualidade de vida e renovar o sistema de valores sociais graças ao protagonismo cívico e político no consumo.

Conforme aponta Maria Lúcia Zulzke (1990, p. 18), “a ingenuidade cultural da valorização pela ostentação começa a ceder espaço para a maturidade da busca pela qualidade de vida num sentido mais amplo e responsável. O resultado deve ser um novo perfil de consumo, uma nova relação fornecedor-consumidor, um novo paradigma de valores culturais mais voltados ao ‘ser’ do que ao ‘ter’”. O consumerismo revela-se, assim, em uma forma de defesa e de promoção da cidadania:

Homens e mulheres, sobretudo os jovens, percebem que muitas perguntas próprias dos cidadãos – a que lugar pertença e que direitos isso me dá, como posso me informar, quem representa meus interesses – são respondidas mais pelo consumo privado de bens e dos meios de comunicação de massa do que pelo exercício das regras abstratas da democracia ou pela participação coletiva em partidos ou sindicatos desacreditados. (CANCLINI, 1997, p. 270)

As manifestações consumeristas são tão heterógenas quanto os movimentos sociais intermitentes: a pressão política e sensibilização da opinião pública para a consagração legal dos direitos do consumidor, os alertas para denunciar produtos perigosos ou situações atentatórias da segurança, a execução e a difusão de testes e ensaios comparativos, as iniciativas favoráveis a melhorar as condições de vida das classes sociais mais desfavorecidas, ou a intervenção na política municipal de consumo.

Dado que nesse contexto da sociedade de consumo, como referido, a informação publicitária dá ensejo ao processo de mercadorização dos bens e serviços, desempenhando papel tão presente e significativo no corpo social, e que se constitui em um ramo da comunicação, passa-se, a seguir, a analisar este processo de transmissão de ideias capaz de promover a persuasão dos indivíduos.

1.1 COMUNICAÇÃO

Comunicação é o processo de transmitir ideias entre os indivíduos, que envolve a troca de informações ou mensagens. Serve para conduzir a informação.

Na obra *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*, Luis Gustavo Castanho de Carvalho (1999, p. 1) afirma a inexistência de sociedade sem comunicação, em razão de que “a história do homem é a história de sua comunicação com os demais; é a história da luta entre ideias; é o caminhar dos pensamentos. O pensar e o transmitir pensamento são tão vitais para o homem como a liberdade física”; o que Fábio Henrique Podestá (2002, p. 72) interpreta como “algo inerente à condição humana e diretamente vinculado à sua sobrevivência”, constituindo-se em um ato social que envolve uma ou mais pessoas numa situação de câmbio.

O verbo “comunicar” deriva do latim *communicare*, que significa tornar comum, partilhar, repartir, associar, trocar opiniões, conferenciar. *Communicare*, por sua vez, originou-se do termo *comunnis* (comum), que introduz a ideia de comunhão, comunidade. Assim, “comunicar implica participação em interação, em troca de mensagens, em emissão ou recebimento de informações novas” (RABAÇA; BARBOSA, 1987, p. 151).

Conceitualmente, consiste em um procedimento de interação social através de símbolos e sistemas de mensagens que se promovem como parte da cultura humana⁹. É uma atividade, assim, inerente à natureza humana que implica a interação e a posição comum de mensagens com significados, através de diversos canais e meios para influir, de alguma maneira, no comportamento de outros e na organização e desenvolvimento dos sistemas sociais.

Segundo Colin Cherry (1974, p. 117), a comunicação consiste no “estabelecimento de uma unidade social entre seres humanos, pelo uso de signos de linguagem. Toda comunicação procede por meio de signos, com os quais um organismo afeta o comportamento do outro (ou o estado do outro). É, essencialmente, a relação que se estabelece com a transmissão do estímulo e a evocação da resposta”.

Ao longo de décadas, estudiosos desenvolveram vários modelos na tentativa de definir a estrutura do processo de comunicação. Dentre os modelos mais influentes, destaca-se o criado em 1949 por Claude Shannon e Warren Weaver, que concebe a comunicação como uma *transmissão de sinais*. Tal modelo permite a transmissão de um conjunto de informações quantificáveis de um lugar para outro e por isso também ficou conhecido como “Teoria

⁹ É uma das matérias mais interessantes no estudo do comportamento humano, dado que é um processo social fundamental; sem a comunicação não existiriam os grupos e as sociedades (SANT’ANNA, 1996).

Matemática da Comunicação”. Consiste em um modelo linear, que apresenta um processo de transporte da informação de um ponto A (emissor) para um ponto B (receptor). A informação, uma vez codificada em sinais por um emissor, é transmitida através de um Canal (mídia) para um Receptor que processa a sua decodificação. Porém, durante a passagem do sinal pelo canal (transmissão) podem sobrevir interferências que o enfraquecem e que podem chegar, até mesmo, a comprometer a informação. Em outras palavras, podem ocorrer ruídos que deturpam a mensagem. Se os ruídos forem eliminados ou se o receptor puder filtrá-los, a mensagem chegar-lhe-á íntegra.

E desse modelo matemático derivaram conceitos como os de emissor, destinatário, código, sinal, informação, codificação e decodificação, utilizados de modo recorrente nas discussões atuais sobre a comunicação. Conceitos dos quais decorre o modelo básico de comunicação, formulado para melhorar os seus processos, pelo qual deve se ter bem definido quem diz o que, em que canal, para quem e com que efeito¹⁰. Os elementos fundamentais do modelo de comunicação na informação publicitária de consumo são, portanto, o transmissor ou fornecedor (quem), a mensagem publicitária (diz o que), os canais ou meios de comunicação (em que canal), e o receptor ou público-alvo consumidor (para quem) (PINHO, 1991, p. 11).

Na esteira dessa visão, outros modelos foram sendo criados durante o desenvolvimento das Teorias da Comunicação, dando-se enfoque a outras variantes menos matemáticas. Assim, a comunicação, hoje, pode ser observada a partir de um outro ponto de vista, além deste, que é mais funcional e informacional, ao perceber a comunicação como instrumento – forma de transmissão de mensagens – que a aproxima da informação (TRINDADE, 2012).

Este outro ponto de vista percebe a comunicação em seu potencial interdisciplinar, atribuindo-lhe o *status* justo pela relevância que possui na vida dos indivíduos no mundo contemporâneo e que, no entender de Eneus Trindade (2012, p. 137) “no caso da análise da comunicação mercadológica, permite interpretações mais amplas e de natureza mais profundas sobre o fenômeno estudado do que as dadas no paradigma instrumental”. De acordo com a lição de Armando Sant’anna,

¹⁰ De acordo com Luiz Celso de Piratininga (1994, p. 16), uma noção apropriada de “comunicação” é a que a entende como “um conjunto de eventos que se dá entre um ‘emissor de signos’ e um ‘receptor de signos’, através de um determinado canal, desde que tenha sido estabelecido entre eles um consenso entre os significados dos signos; isto é, desde que haja um repertório devidamente identificado entre emissor e receptor.

Devemos lembrar que um dos princípios básicos da Teoria Geral da Comunicação é que os sinais emitidos só têm significado se o receptor souber interpretá-los. Com relação à influência para modificar atitudes, o transmissor deve conseguir que o receptor o aceite e o atenda, e que a comunicação ultrapasse a censura e as normas opostas dos grupos visados. (SANT'ANNA, 1996, p. 2)

O psicossociólogo Carl Hovland (1966, p. 561-609) teorizou sobre a função particular da comunicação, de modificação comportamental, definindo-a como “o processo por meio do qual o indivíduo (comunicador) transmite estímulos (geralmente símbolos verbais) para modificar o comportamento de outros indivíduos (receptores)”. E, a partir dessa visão do caráter da comunicação de modificação do comportamento de outros indivíduos, Hovland analisou o referencial que recai sobre os fatores contribuintes para o processo persuasivo da mensagem. Identificou, então, elementos deste referencial, entre eles a capacidade de transmissão de credibilidade e atratividade da fonte da comunicação, a força de apelo, ou a ordem e tratamento gráfico da mensagem. Segundo ele, tais elementos têm potencial para influenciar a mudança de atitude e comportamento do receptor e, por isso, merecem a devida atenção quando se pretende avaliar o poder de persuasão da forma e do conteúdo de uma mensagem.

Dentro do estudo da Teoria da Comunicação e, mais especificamente, da Publicidade, o interesse da análise persuasiva é o de modelar o comportamento de compra que se supõe estar relacionado com a atenção, o interesse, o entendimento, a aceitação e a lembrança dos argumentos dos anúncios transmitidos nas mídias.

Desta forma, evidencia-se que o processo de comunicação, por trás da simples noção de transmissão de sinais de um ponto ao outro, traz consigo, ora de forma mais implícita, ora de forma mais explícita, um natural potencial de persuasão. E, pelo viés da persuasão, a comunicação social apresenta a faculdade de afetar o comportamento dos consumidores na teia da sociedade de consumo. Zelmo Denari (1992) a define como forma de atingir os consumidores por meio de cinco diferentes possíveis eventos: fato jornalístico; opinião jornalística; propaganda; mensagem; oferta publicitária. O autor diferencia ainda os veículos de comunicação (serviços de correio, telefônicos) dos veículos de comunicação social (imprensa escrita, rádio, televisão), que são responsáveis, nos termos do art. 220 da nossa Constituição Federal, pela “manifestação do pensamento, criação, expressão e informação” (DENARI, 1992, p. 132).

Nessa ótica, percebe-se que existe, no processo comunicativo, espaço para a utilização de meios que objetivem a persuasão dos receptores, fato essencial na propaganda e na publicidade. Em tais formas de comunicação, a persuasão, notoriamente, é o objetivo

primordial e os meios utilizados para alcançá-lo são os mais variados, podendo, inclusive, ultrapassar a fronteira da licitude, como será visto no decorrer deste estudo.

1.2 INFORMAÇÃO

O vocábulo informação¹¹ origina-se do latim *informare*, que significa pôr a forma, dar forma substancial a alguma coisa.

No Congresso Internacional de Comunicação e Defesa do Consumidor, realizado na cidade de Coimbra em 1993, o professor Miguel Baptista Pereira, assim referiu:

A palavra latina *informatio* remete para duas famílias de sentidos, ao evocar, por um lado, o domínio da fabricação e da construção implícita em “dar forma“ a uma matéria rebelde e, por outro, o ensino, a instrução, as ideias, e as representações, que dão forma à civilização humana ou *cultura mentis* na expressão de Cícero em *Tusculanae Disputationes*. (PEREIRA *apud* CHAISE, 2001, p. 5)

Dentro da perspectiva da segunda família de sentidos referida pelo professor português, percebe-se que a informação é ferramenta de instrução e de aculturação dos povos. Ao mesmo tempo, levando-se em consideração os modelos de comunicação referidos anteriormente, tem-se que ela equivale, no processo, ao resultado da decodificação da mensagem. Ou seja, quando o conteúdo da mensagem é decodificado, transmuta-se em informação. Consoante ensina Fernanda Nunes Barbosa,

A mensagem é o objeto do processo de comunicação e, embora a informação constitua parte da mensagem, com ela não se confunde, visto que podemos dizer, sinteticamente, que esta é a ideia, ao passo em que aquela, o resultado da sua decodificação. Conclui-se daí que a mensagem sempre existirá, sendo o conteúdo conhecido ou desconhecido do receptor. Já a informação dependerá da originalidade desse conteúdo, bem como do êxito do ato de comunicação empreendido. (BARBOSA, 2008, p. 59)

A informação, em sentido amplo, isto é, como mensagem, constitui elemento do ato de comunicação e abarca tanto conteúdos conceituais já incorporados pelo receptor como conteúdos novos. Em sentido estrito, a informação é o conteúdo conceitual novo e, mais do que isso, o resultado de sua decodificação (BARBOSA, 2008). E esta informação em sentido

¹¹ A informação é “a conformação aplicada a um certo dado, o qual, por causa dessa conformação, torna-se passível de ser conhecido e, por consequência comunicável. Assim, sendo, informação é palavra que refere tanto o processo de formulação e transmissão de dados cognoscíveis, como também estes últimos na exata medida em que estão no conteúdo e na resultante daquele processo” (TOMASETTI JR., 1992, p. 52).

estrito é a que interessa no presente estudo, dado que, em matéria de Direito do consumidor, ela é crucial na formulação das campanhas publicitárias e nos programas de *marketing*.

Para que a informação possa cumprir o seu papel de fazer chegar ao conhecimento do receptor algo novo (que lhe era desconhecido), faz-se necessária a observância dos seguintes requisitos: clareza, precisão, completude, veracidade e compreensibilidade (BARBOSA, 2008). E, ao lado desses requisitos, acrescentem-se os especificamente referidos no CDC: a adequação (arts. 6º, III, 8º, 12 e 14), a necessidade (art. 8º) e a ostensividade (arts. 9º e 31).

Pelo requisito da *adequação*, os meios de informação utilizados, assim como o conteúdo da informação, devem ser compatíveis com o produto ou os serviços oferecidos e com o consumidor destinatário. Além disso, o idioma da informação deve ser o vernáculo.

Consoante o requisito da *necessidade*, o emissor deve prestar as informações que se mostrarem indispensáveis para o bom e correto uso e para a manutenção do produto ou serviço; importando, nesse ponto, não a quantidade máxima de informação, mas a mínima.

Já a observação do requisito da *ostensividade* implica no fato de que a informação deve estar à vista do receptor, de forma que o seu acesso e compreensão sejam fáceis, rápidos e indúvidos. Nas palavras de Zelmo Denari (1999, p.146), *ostensiva* significa “que se exterioriza de forma tão manifesta e translúcida que uma pessoa, de mediana inteligência, não tem como alegar ignorância ou desinformação”.

Com efeito, o direito à informação é direito fundamental assegurado em nossa Constituição Federal, requerendo, assim, a proteção que merece dada a sua importância essencial no trânsito de informações, processo tão caro a um Estado democrático de Direito. Do que se pode concluir que o princípio da informação é uma das mais importantes balizas norteadoras das regras inerentes à política nacional de relações de consumo:

A liberdade de informação está elencada individualmente no texto constitucional vigente, como se nota no artigo 5º, incisos XIV – XXXIII, assim como no artigo 220 [da CF/88]. No âmbito da proteção constitucional ao direito fundamental à informação estão compreendidos tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações pluralistas e corretas. Desta forma, protege-se tanto o emissor quanto o receptor do processo comunicativo. É de se destacar, no aspecto passivo desse processo, o direito do público de ser adequadamente informado, tema para o qual Rui Barbosa já chamava atenção em sua célebre conferência denominada “a imprensa e o dever da verdade”, o que hodiernamente se consubstancia na tese de que o Direito positivo brasileiro tutela o direito difuso à notícia verdadeira. (EFING, 2002, p. 90)

E, ainda nas palavras de Antônio Carlos Efing (2002, p. 91), “como extensão deste princípio, exalta-se a veracidade, invocada com o condão de enfatizar a importância da

prestação de informações verídicas, em consonância com os princípios da boa-fé e da transparência”.

Em obra sobre o tema do direito do consumidor à informação, Fernanda Nunes Barbosa ilustra bem a necessidade de observação do requisito da *ostensividade*:

Nessa linha, a revista semanal *Veja* publicou interessante matéria em que sugeria que as mudanças realizadas nos cardápios das grandes redes de *fast food* americanas também sofreram influência do temor de que as empresas do ramo viessem a se transformar em alvo de ações judiciais semelhantes às que atormentam a indústria do fumo, pois, com o argumento de que as redes não informam adequadamente a respeito dos riscos associados ao excesso de gordura, sal, açúcar e colesterol dos alimentos por elas produzidos, vários obesos já estariam pedindo indenizações milionárias a empresas como McDonald's, Burger King, KFC e Wendy's. No Brasil, ações semelhantes foram ajuizadas pelo Ministério Público de São Paulo contra a Coca-Cola Indústria Ltda. e contra a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, constituindo um dos pedidos da exordial a condenação das rés à obrigação de fazer, consistente em informar aos consumidores, de forma clara e ostensiva, em toda publicidade de refrigerantes e sucos que contenham açúcar adicionado, veiculada por qualquer meio, bem como em todos os respectivos rótulos, embalagens e invólucros, que o consumo excessivo de açúcar pode prejudicar a saúde. (BARBOSA, 2008, p. 63-64)

Para o *marketing*, na visão da autora, “o papel da mídia [...] mostra-se fundamental, na medida em que representa o meio de transporte de informação, buscando a disseminação dos bens ofertados e o conseqüente aumento das vendas” (BARBOSA, 2008, p. 58), de forma que a comunicação passa a ser uma característica da sociedade contemporânea, sem fronteiras (BARBOSA, 2008, p. 112).

O caráter persuasivo da informação publicitária atenua a autonomia privada dos indivíduos nesse cenário gerado na sociedade de consumo, no qual vem à tona um contexto em que surge uma massa de consumidores orientados para consumir¹², e não propriamente para satisfazer necessidades pessoais, de sua família, ou do grupo social. Segundo aponta Fernanda Barbosa,

É também nesse sentido que assume relevância a informação, especialmente no seu sentido de prática comercial – publicidade – como criadora de situações desfavoráveis ao consumidor. A importância da repercussão das técnicas publicitárias no Direito tem em vista o seu caráter persuasivo, que busca entorpecer ou mesmo suprimir a vontade real do consumidor, que é o elemento nuclear da autonomia privada.

Numa sociedade assim definida, a preocupação com a produção de bens cede espaço, em certa medida, às técnicas de comercialização desses mesmos bens, a fim de que o público consumidor adquira, cada vez mais, os produtos produzidos e os serviços oferecidos no mercado. Muitas dessas técnicas encontram-se hoje vedadas

¹² Essa massa passa a ser denominada, pelos teóricos da sociologia, como um grupo de “consumidores-robôs” (BARBOSA, 2008).

pelas legislações mais evoluídas em matéria de defesa do consumidor, a exemplo da publicidade enganosa ou abusiva, da venda casada e do envio de produto ou fornecimento de serviço sem prévia autorização.

[...]

O papel da comunicação passa, dessa forma, a ser de fundamental importância e de grande relevância o seu estudo, uma vez que é por meio dela, que se desenvolverá, em grande medida, esta sociedade de consumo. (BARBOSA, 2008, p. 48 e 66)

Antônio Herman Benjamin define a difusão e a informação como dois elementos essenciais para qualquer publicidade:

Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão (difusão). O outro é o seu elemento finalístico (informação), no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense*. Sem difusão não há falar em publicidade, vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno. Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornecedor não merece a atenção do direito do consumidor. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade. Do mesmo modo, sem que traga um conteúdo mínimo de informação, não se deve falar em publicidade. (BENJAMIN, 1998, p. 194)

O objetivo da mensagem transmitida na publicidade é criar necessidades nos seus receptores, orientar o consumo efetivado por eles e ampliar a demanda. Herman Benjamin (2001) salienta, ainda, que não é qualquer informação que integra o conceito de publicidade, mas aquelas conexas às atividades econômicas. Nesse sentido, ficam excluídas do campo publicitário as informações com conteúdo político, científico, humanístico, didático e outros.

1.3 PUBLICIDADE

A palavra publicidade deriva de “público”, do latim *publicus*, e designa a qualidade do que é público, expressando o ato de tornar público, vulgarizar, divulgar um fato, uma ideia.

Valéria Chaise (2001, p. 8) conceitua publicidade como “a forma ou meio de comunicação com o público que tem como objetivo promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço”. Na definição de Cláudia Lima Marques (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 1998, p. 345) ela consiste em “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”. E de acordo com Eugênio Malanga (1979, p. 47), “é a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação”.

O Comitê de Definições da *American Association of Advertising Agencies (AAAA)* oferece a seguinte noção: “publicidade é qualquer forma paga de apresentação pessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”.

Antes do advento do rádio, o conceito era de que “publicidade” consistia na arte de vender pela letra impressa. O rádio, no entanto, invalidou-o, e a evolução do conceito de vendas deu lugar a novos conceitos sobre a publicidade (SANT’ANNA, 1996). Armando Sant’anna ensina que, de todos os conceitos, pode-se chegar às seguintes conclusões:

- a) que a publicidade é um meio de tornar conhecido um produto, um serviço ou uma firma;
- b) que seu objetivo é despertar na massa consumidora, o desejo pela coisa anunciada, ou criar prestígio ao anunciante;
- c) que faz isso abertamente, sem encobrir o nome e as intenções do anunciante;
- d) que os anúncios são matéria paga. (SANT’ANNA, 1996, p. 76)

Embora seja, comumente, atribuída uma sinonímia entre os termos *publicidade* e *propaganda*¹³, tecnicamente, correspondem a duas áreas distintas da Comunicação. “Publicidade”, como referido, expressa o ato de tornar público, vulgarizar, divulgar; já, “propaganda” deriva do latim *propagare*¹⁴, que significa “reproduzir por meio de mergulhia”, ou seja, “enterrar o rebento de uma planta no solo”. Em outras palavras, *propagare* que deriva de *pangere*, quer dizer enterrar, mergulhar, plantar (CHAISE, 2001).

Entendida no seu rigor terminológico, a propaganda¹⁵ é considerada uma técnica que, nas palavras de Isabella Vieira Machado Henriques (2006, p. 37), “visa difundir por meio da propagação de princípios e teorias, sistema ideológico de conteúdo social, político, ético, moral, econômico ou religioso, sem caráter comercial”.

Aos olhos da Teoria da Comunicação, os objetivos da publicidade e da propaganda são essencialmente diferentes: enquanto a publicidade objetiva captar a atenção do público para o consumo de determinados bens e para a utilização de certos serviços, a propaganda visa influenciar ou modificar a opinião alheia a respeito de determinada ideologia. Enquanto a

¹³ Em um primeiro momento, o termo *publicidade* foi empregado na sua acepção jurídica, adquirindo conotação comercial apenas no início do século XIX, quando a palavra *propaganda*, associada aos abusos e métodos de conscientização nazi-fascista, tornou-se indesejável (CHAISE, 2001).

¹⁴ No meio da Comunicação, pode-se entender *propagare* como propagação de princípios, teorias, doutrinas. O termo propaganda foi traduzido pelo Papa Clemente VII, em 1597, quando fundou a Congregação da Propaganda, com o objetivo de propagar a fé católica pelo mundo. Daí porque o termo propaganda relaciona-se à propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido (SANT’ANNA, 1996).

¹⁵ Segundo Vidal Serrano Junior (2001, p. 22), propaganda é “toda forma de comunicação, voltada a público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de ideias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade”.

palavra publicidade significa, genericamente, divulgar, tornar público; o termo propaganda compreende a noção de implantar, incluir uma ideia, uma crença na mente alheia (SANT'ANNA, 1996). Ou seja, ao contrário da publicidade, os objetivos da propaganda são não comerciais.

Walter Ceneviva (1991, p. 74) observa, todavia, que, “apesar das diferenças doutrinárias entre os termos *propaganda* e *publicidade*, a lei brasileira utilizou-os como sinônimos¹⁶”.

A publicidade recebeu especial atenção no Código de Defesa do Consumidor, tendo sido a ela destinadas as Seções II (Da Oferta) e III (Da Publicidade) do Capítulo V (Das Práticas Comerciais) do Título I (Dos Direitos do Consumidor). Essa atenção prestada pelo legislador deu-se em situações e circunstâncias específicas: a) consoante os arts. 18, 20, 30 e 35, sempre que a publicidade veiculada é suficientemente precisa, gera efeitos jurídicos; b) o art. 37 dispõe que, caracterizando-se a publicidade como abusiva ou enganosa, passa a constituir um ilícito; c) e os arts. 36 e 38 estabelecem a regra de que a publicidade veiculada deve ser identificada como tal, trazendo informações corretas sobre os produtos e serviços ofertados.

Conforme Valéria Chaise (2001, p. 1), “a regulamentação da publicidade decorreu da necessidade de adequar as leis às novas regras do mercado de consumo, caracterizado pelo progresso industrial, produção em série, agilidade das transações e desigualdade das partes no mercado”.

Quanto à espécie, a publicidade pode ser institucional ou promocional, dependendo do objetivo que persegue. A institucional é aquela que pretende institucionalizar a “marca”, anunciando a própria empresa, e não um produto. A promocional, por sua vez, objetiva promover a venda de produtos e serviços.

Além disso, existem variadas técnicas publicitárias, entre as quais se pode citar, pelo nível de relevância, o *teaser*, o *puffing*, a publicidade redacional, a propaganda subliminar, a publicidade comparativa e a publicidade *merchandising*.

O *teaser* consiste em uma técnica publicitária que procura despertar a curiosidade do consumidor. Objetiva preparar o mercado para o lançamento, no futuro próximo, de uma

¹⁶ Por exemplo, quando o Decreto-Lei nº 4.112/42 proibia os médicos, cirurgiões-dentistas e outros de divulgar anúncios com características de propaganda”. O termo propaganda foi, então, utilizado equivocadamente, já que é a publicidade que tem o objetivo comercial.

Um outro exemplo está no art. 5º da *Lei da Propaganda* - Lei nº 4.680/65 -, que a define como “qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços por parte de um anunciante identificado”.

campanha publicitária. É, na verdade, “o anúncio do anúncio”, que pretende assegurar mais audiência para a campanha, na medida em que desperta certa curiosidade no público-alvo.

Valéria Chaise (2001, p. 14) exemplifica este tipo de publicidade lembrando a campanha que fora feita, em forma de *teaser*, quando do lançamento do sabão em pó OMO: “durante os oito primeiros dias da campanha, a mensagem era de interrogação: ‘Chegou OMO. O que será OMO?’. Nos oito dias seguintes, uma superexposição nos cartazes afirmava: ‘OMO é um novo sabão em pó de qualidade’”.

Já a publicidade subliminar, que será adiante abordada neste estudo, tenta atingir o subconsciente dos consumidores, com um método no qual uma mensagem é projetada por meio de uma determinada técnica pela qual uma mensagem seja transmitida ao receptor de forma imperceptível ao nível da consciência, mas que possa vir, segundo acreditam alguns estudiosos do assunto, a impregnar o seu subconsciente, de maneira que, eventualmente, no momento de uma compra, o produto aflore no nível da consciência como se fosse uma escolha espontânea do consumidor. O CDC proíbe a publicidade subliminar, tendo em vista que se trata de publicidade não perceptível, portanto, que afronta ao princípio da identificação, do direito do consumidor, o qual também será abordado adiante.

A publicidade redacional é uma técnica de simulação. Nela, procura-se fazer com que a mensagem publicitária pareça apenas uma notícia e, como tal, sugere-se uma falsa isenção, de forma que o órgão que a divulga aparente estar realizando uma reportagem ou prestando uma informação desprovida de interesse comercial.

O *puffing*, por sua vez, consiste no exagero publicitário. Um exemplo de *puffing*, também demonstrado por Valéria Chaise (2001, p. 15), é um anúncio do medicamento *Doril*, que continha o *slogan* “tomou Doril, a dor sumiu”. Por si só, o *puffing* não é proibido pelo CDC. Porém, a sua ilicitude dependerá de cada caso concreto, como será visto a seguir, no estudo da publicidade enganosa.

A técnica publicitária do *merchandising* é aquela na qual se utiliza a “veiculação de mensagens comerciais dissimuladas através da apresentação de produtos em vídeo, em áudio ou em artigos impressos em sua situação normal de consumo, sem a declaração ostensiva da marca” (BENJAMIN, 1998, p. 201). Como exemplo, pode-se citar o consumo exclusivo de cervejas de uma determinada marca em uma novela televisiva. Segundo Valéria Chaise,

Essa técnica tem maior penetração que os anúncios propriamente ditos, pois o consumidor consciente cria mecanismos de autodefesa aos anúncios ostensivos, ao passo que ver, por exemplo, em uma novela de televisão, o artista consumindo um produto em clima de neutralidade, induz o consumidor a utilizar o mesmo produto.

[...] O *merchandising* não está, em tese, proibido no CDC, podendo ser empregada essa técnica desde que o anunciante ou veículo informe ao consumidor que estará vendo a seguir mensagem publicitária. (CHAISE, 2001, p. 16)

Já no *marketing*, *merchandising*¹⁷ é o planejamento promocional do produto antes de ser lançado no mercado; é a planificação necessária para que se possa efetuar o *marketing*; é a preparação da mercadoria para torná-la adequada às necessidades do consumidor. Enquanto *marketing* define o quê e onde vender, o *merchandising* define como e por que vender (SANT'ANNA, 1996). O *merchandising* no *marketing* é, portanto, complemento de outras formas de atividades publicitárias, embora servindo para o mesmo fim - de informar e persuadir o consumidor a consumir determinada marca.

A publicidade comparativa, por outro lado, é uma técnica na qual o anunciante indica que seus produtos ou serviços são melhores ou mais baratos que os da concorrência. Também não é proibida pelo CDC, porém, deve respeitar, estritamente, requisitos de veracidade e de não-abusividade, distanciando-se da subjetividade, sendo necessariamente, exata, precisa e objetiva. Conforme aponta Pyr Marcondes (*apud* PINHO, 1991), seu uso está condicionado à observância das seguintes condições:

- a) na defesa ou esclarecimento do consumidor, a comparação deve ser objetiva e passível de comprovação;
- b) no caso de bens de consumo, a comparação deve ser feita com produtos do mesmo ano de fabricação, a não ser que o objetivo seja comprovar evolução, o que deve ficar claro;
- c) não deve ser estabelecida confusão entre marcas e produtos concorrentes;
- d) não haver concorrência desleal ou denegrimto da imagem do produto ou da marca;
- e) não se utilizar injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- f) o preço deve ser indicado, no caso de comparação de produtos com preços diferentes.

Já a publicidade cooperativa ocorre quando o anúncio para a venda de um produto é realizado conjuntamente entre o fabricante e um ou mais lojistas. O seu principal propósito é fazer com que os consumidores obtenham a informação sobre em que locais e por qual preço podem comprar os produtos. É utilizada, principalmente, em casos de lançamentos de produtos (PINHO, 1991).

¹⁷ Na definição da *American Marketing Association*, *merchandising* é a operação de planejamento necessária para se por no mercado o produto ou o serviço certo, no lugar certo, no tempo certo, em quantidade e preço certo.

De qualquer forma, independentemente da espécie, seja qual for a técnica empregada, a publicidade é uma importante ferramenta do *marketing*¹⁸, que visa, conforme aponta Valéria Chaise (2001), a tornar o produto conhecido e provocar sua compra.

1.3.1 Natureza Jurídica da Publicidade

É controversa a natureza jurídica de publicidade. Alguns autores consideram-na como oferta, como declaração pré-contratual e unilateral de vontade. Outros, no entanto, negam a possibilidade de assim vislumbrá-la.

Conforme defende José Geraldo Filomeno (2001), a publicidade é espécie de oferta. Nas palavras de Marcus Vinicius Andrade Silva (2014), após a vigência do CDC, a publicidade passou a ser definitivamente capitulada “como oferta, como declaração unilateral de vontade, pré-contratual, que caracteriza o vínculo com o fornecedor e automaticamente proporciona ao consumidor a possibilidade de exigência daquilo que foi anunciado, conforme pregam os artigos 30 e 35”. Do que resulta o princípio da vinculação – que será tratado adiante, no item 1.3.6.2 -, consoante o qual, a partir do momento em que o anunciante propaga determinado anúncio, automaticamente, caracteriza-se sua obrigação em cumprir aquilo que foi anunciado para o consumidor, que acreditou naquilo que chegou a ele como sendo uma proposta.

Assim, ao veicular determinada matéria publicitária, o anunciante cria, através dela, uma certa obrigação¹⁹, dada a declaração unilateral da sua vontade; obrigação esta expressa em lei (SILVA, 2014).

Por outro lado, conforme Alírio Maciel Haroldo e Augusto Teixeira Duarte (HAROLDO; DUARTE, 2014), apesar de ser tentadora a hipótese de considerar a publicidade

¹⁸ Antônio Herman Benjamin aborda o *marketing* como sinônimo de *oferta*, ou informação associada ao produto ou ao serviço, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços (SANTOS, 2000. p. 36).

¹⁹ Sobre este tema, Cláudia Lima Marques entende que, “no direito brasileiro, a oferta ou proposta é a declaração inicial de vontade direcionada à realização de um contrato [...] A oferta ou proposta é obrigatória, tem força vinculante em relação a quem a formula, devendo ser mantida por certo tempo. Basta, pois, o consentimento (aceitação) do outro parceiro contratual e estará concluído o contrato (art. 1.080 e ss. do Código Civil) [...]. Se, na visão tradicional, a oferta já é um fator criador de vínculos, na visão do CDC este poder de vinculação (*Bindung*), desta declaração negocial, destinada ao consumo, é multiplicado [...]. O art. 30, ao ampliar a noção de oferta e ao afirmar que as informações dadas integram o futuro contrato, revoluciona a ideia de *invitatio ad offerendum*. Agora qualquer informação ou publicidade veiculada que precisar, por exemplo, os elementos essenciais da compra e venda: *res* (objeto) e *pretium* (preço), será considerada como uma oferta vinculante, faltando apenas a aceitação (*consensus*) do consumidor ou dos consumidores em número indeterminado [...]. É o princípio da transparência nas relações de consumo, mesmo nessa fase anterior ao fechamento do negócio, exigindo veracidade nas informações que são transmitidas aos consumidores. A nova noção de oferta instituída pelo CDC nada mais é, portanto, que um instrumento para assegurar uma maior lealdade, uma maior veracidade das informações fornecidas ao consumidor” (MARQUES, 1999).

como sendo proposta – vez que, tanto a proposta quanto a publicidade poderiam ser aprioristicamente definidas como atos pré-negociais²⁰ -, “bastaria uma rápida leitura do CDC para concluir-se que tal possibilidade é com ele incompatível, vez que no seu capítulo V, que trata das práticas comerciais, existe uma seção dedicada à oferta e outra à publicidade, respectivamente a II e III”.

Ainda conforme Haroldo e Duarte (2014), não seria, contudo, meramente o fato do CDC distinguir tais conceitos que daria base para não aceitar a classificação da publicidade como espécie de oferta. “Eis qual a diferença principal entre os dois institutos: com a proposta, basta que se dê a aceitação do policitado para que se aperfeiçoe o contrato; já a publicidade tem, muitas vezes, apenas o afã de mostrar que o anunciante está propenso a contratar, tendo por objetivo atrair o consumidor” (HAROLDO; DUARTE, 2014). Seria, então, conforme os referidos autores, “exemplo de oferta *ad incertam personam* a exposição em vitrine de produto com seu respectivo preço. Nesse caso, os elementos essenciais do contrato a ser celebrado (de compra e venda) já estariam determinados: a coisa e o preço”. Referem eles, a título de exemplo, a publicidade com o anúncio corrente em jornais e revistas nos quais apenas se veicula o logotipo do estabelecimento, a área de atuação e outras informações básicas, com a intenção de atrair clientes e, não de estabelecer todas as condições de um futuro contrato, que, para se aperfeiçoar, necessitaria apenas da adesão por parte do indivíduo que se atraísse pelo anúncio.

Entre aqueles que defendem não ser a publicidade espécie de oferta, Paulo Luiz Lôbo (2014) define-a como modo de integração compulsória aos contratos de consumo, cuja compulsoriedade teria força no art. 30 do CDC. Segundo ele, não se pode considerar a publicidade como oferta, no sentido tradicional do termo, melhor se concebendo como modo de integração compulsória aos contratos de consumo.

1.3.2 Sujeitos da Publicidade

Na prática da publicidade, além dos consumidores, interagem três sujeitos: o **anunciante**, que é a pessoa ou a empresa interessada em promover a venda de seus produtos ou serviços – normalmente o próprio fabricante, se não o comerciante ou o prestador de

²⁰ Nesse sentido, Orlando Gomes (GOMES, 1999).

Em sentido contrário, considerando a proposta como negócio jurídico unilateral, Paulo Luiz Netto Lôbo (LÔBO, 2014).

serviço; a **agência de publicidade**, que é a empresa que cria e produz o anúncio²¹, conforme as orientações do anunciante (cliente); e o **veículo**²², que coloca à disposição do anunciante um meio (canal) para a transmissão da mensagem (TOMAZZETI JR., 1992).

A responsabilidade dos sujeitos que atuam na publicidade é solidária e objetiva, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor - CDC. Embora existam entendimentos contrários, no sentido de que as agências e os veículos teriam apenas uma responsabilidade subsidiária à do anunciante, ou que sua responsabilização dependeria da verificação do elemento subjetivo da culpa, Isabella Vieira Machado Henriques (2006, p. 49) acredita que “o melhor entendimento é o de que são participantes da cadeia de produção e, portanto, igualmente responsáveis em relação ao anunciante, fabricante, produtor etc.”.

Já os destinatários de uma publicidade são o que, tecnicamente, chama-se de público-alvo, consistindo, muitas vezes, em um número indeterminado de pessoas. Esse público varia dependendo do tipo de produto ou serviço a que se refere a publicidade, mas sempre se tratará de consumidores, vez que, como exposto, a publicidade tem objetivos comerciais.

Segundo Cláudia Lima Marques, existem duas correntes doutrinárias que definem o consumidor: a finalista e a maximalista. A corrente finalista restringe a figura do consumidor àquele que adquire um produto para uso próprio e de sua família. Na visão finalista, consumidor é sempre o não profissional, já que o objetivo do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Por outro lado, a corrente maximalista defende a maior extensão na definição de consumidor, tornando o conceito mais abrangente e indo além da proteção do consumidor não profissional. De acordo com esta corrente, vários integrantes de uma cadeia produtiva podem ser definidos como consumidores, mesmo que não adquirentes finais de um produto, mas apenas de insumos (MARQUES, 1999). Ao definir o conceito de consumidor sob a ótica específica da atividade publicitária, a autora, preleciona:

Em resumo, o consumidor, na atividade publicitária, não é apenas aquele consumidor potencial, mas todos os expostos, logo, toda a população, mesmo os excluídos do consumo, mas atingidos pelas práticas, especialmente as práticas abusivas. Eis aqui a importância e sabedoria do sistema do CDC. Como já afirmei: “Segundo leciona um dos pais do Código de Defesa do Consumidor, Antônio Herman Benjamin, em matéria de ‘equiparação’ a consumidor, o requisito da ‘destinação final’ do produto ou serviço é irrelevante. Efetivamente, na técnica do CDC de ‘equiparação’ de pessoas *‘intervenientes em relação de consumo’* (§ único

²¹ A agência de publicidade, seguindo as orientações do anunciante, realiza o *briefing*, cria a estratégia e produz a mensagem publicitária.

²² Conceitos próprios da comunicação, veículo e canal não se confundem. Enquanto o *veículo* consiste no suporte constituinte da fonte de transmissão, como, por exemplo, o rádio, a televisão ou o jornal, o *canal* da comunicação é o meio pelo qual ela se transmite, ou seja, consiste, no caso da publicidade, no anúncio que é inserido no rádio, na televisão, no jornal, na revista, na *internet*, ou em outro meio de comunicação.

do art. 2º), pessoas 'vítimas' de fato do produto ou serviço (art. 17) e pessoas 'expostas às práticas nele previstas' (art. 29) a consumidor, o essencial não é o requisito da 'destinação final' do produto ou serviço. Ao contrário, a lei tutelar equipara pessoas que não são necessariamente destinatários finais fáticos e econômicos do serviço ou produto incluindo-as excepcionalmente, por sua característica de fraqueza ou vulnerabilidade, como "consumidor equiparado". (MARQUES In: CHAISE, 2001, p. XVIII)

Além do art. 29, de aplicação específica aos Capítulos V e VI do Título I, o Código possui um conceito geral de consumidor, localizado no art. 2º, *caput*²³, além dos conceitos, por equiparação, nos arts. 2º, parágrafo único, e 17. Segundo Valéria Chaise (2001, p. 19-20), "ao analisar o conceito, verifica-se que o legislador se preocupou com a finalidade da aquisição ou da utilização: a destinação final. Assim, para se caracterizar como consumidor, é suficiente que a pessoa adquira ou utilize o produto ou serviço na qualidade de destinatário final". Todavia, o parágrafo único deste artigo possibilita atribuir, circunstancialmente, à coletividade de pessoas a caracterização de "consumidor"²⁴.

A possibilidade de inclusão da coletividade nas relações de consumo, através da alusão do CDC à categoria dos "indetermináveis", trouxe, como consequências jurídicas, a possibilidade da defesa dos direitos do consumidor por meio dos instrumentos de tutela coletiva. Vidal e Yolanda Serrano tratam das consequências jurídicas deste parágrafo único, ao discorrer sobre o *consumidor por equiparação*:

Houve por bem, a lei consumerista, equiparar à figura do consumidor outras categorias de pessoas, especificamente, a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, ainda que indetermináveis.

Denota-se que o Código considerou também consumidor em uma acepção coletiva; fundamental, neste passo, a compreensão dos direitos coletivos em sentido amplo, [...] visto que a lei não se furtou à definição de tal categoria de direitos.

De qualquer modo, mister se faz compreender que o legislador quis abarcar em seu amplexo protetivo a figura do consumidor de forma indeterminada, isto é, aquele que não entra em contato direto com o fornecedor, não sendo identificado nos estreitos vínculos da relação fisicamente travada.

Logo, vislumbrando que uma partida de caixas de leite esteja contaminada, não é necessário que se aguarde a aquisição ou o consumo de uma destas caixas para que se mobilize a aplicação do Código. Havendo uma coletividade de pessoas exposta a eventual consumo de produto inadequado, já se forja o pressuposto de incidência das normas protetivas do consumidor.

²³ Art. 2º, CDC - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

²⁴ Conceito de *Consumidor Equiparado*: O CDC estabelece, no seu art. 29, que se equiparam aos *consumidores* todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais. Ademais, o Parágrafo Único do Art. 2º dispõe que "equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Assim sendo, uma das grandes consequências jurídicas da menção pelo legislador à categoria dos "indetermináveis" é a possibilidade de defesa desses direitos através dos instrumentos de tutela coletiva. (NUNES JUNIOR; SERRANO, 2003, p. 15)

Aliás, a superação do conceito de sujeito individual é, segundo Cláudia Lima Marques (2000, p.79), a maior contribuição do CDC ao Direito Civil atual. Todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta e à publicidade podem ser consideradas consumidores por equiparação (parágrafo único do art. 2º e art. 29 do CDC); o que é o caso de um indivíduo que assiste a uma publicidade e é induzido em erro (art. 37, § 1º do CDC), mas que não contrata ou utiliza o serviço (art. 2º do CDC). Assim, não obstante se possa alegar que o CDC tenha optado pelo conceito finalista, o conceito de "consumidor equiparado" possibilita a tutela, também, daqueles que não sejam, efetivamente, os *consumidores finais* - enquanto adquirentes ou usuários -, mas tenham sido receptores de informações de consumo veiculadas por meio de peças publicitárias.

A vulnerabilidade do consumidor é outro elemento importante a ser considerado na relação de consumo. O consumidor é a parte fraca, que fica em posição de desequilíbrio junto ao fornecedor. Com esta previsão de vulnerabilidade positivada no seu inciso I do art. 4º, consubstanciando o princípio da vulnerabilidade, o CDC objetiva restabelecer o equilíbrio das partes.

E a presunção de vulnerabilidade se estende a todos os indivíduos que, de alguma forma, recebem as informações publicitárias, viabilizando a inclusão da coletividade nas relações de consumo justamente pela necessidade de proteção diante dessa vulnerabilidade, já que, conforme expõe Valéria Chaise (2001, p.21), "com relação à publicidade, estão amparados pelo CDC não só o consumidor em potencial, ou seja, aquele que pode vir a adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final, mas todas as pessoas expostas às práticas comerciais".

Portanto, podem ser considerados "destinatários da mensagem publicitária" tanto os consumidores em potencial quanto o público em geral, que se caracteriza pela indeterminação e amplitude. De se salientar apenas, como via de exceção, que, em princípio, não se aplicam as regras protetivas do Código às relações entre o fornecedor e o "consumidor profissional" (porque não consumidor final), exceto se configurada a sua vulnerabilidade no caso concreto.

1.3.3 Artíficos de Persuasão

O objetivo primordial da publicidade é a persuasão de seu público. Enquanto forma de comunicação ela só tem sucesso quando consegue, efetivamente, atingir seu público-alvo, de forma a seduzi-lo, fazendo-o crer naquela mensagem que está sendo passada, seja ela qual for. Poderá ser uma mensagem específica sobre um produto, sobre um serviço, ou, simplesmente, sobre a necessidade que “se deve ter” de algo, sobre a satisfação que “se deve ter” quando da aquisição de alguma coisa ou da conquista de determinado *status*. Ou seja, a mensagem publicitária, em síntese, é sobre uma *ideia*. A ideia da “necessidade” de se conseguir ou de ser ter algo, a ideia da “necessidade” de satisfação, de orgulho, de conforto (BROWN, 1965). E esta ideia precisa ser difundida através do aconselhamento do público, de modo a sugestioná-lo. A publicidade objetiva, então, provocar esse sugestionamento por meio da persuasão.

Em meio a esse contexto, a publicidade é elemento basal na manipulação das preferências, o que ilustra o fato de que o consumo não é um fenômeno isolado e que as preferências existentes não são naturais, mas são um produto das possibilidades existentes, influências sociais e padrões de consumo.

Nesse sentido, Marcos Cobra (1984, p. 45) aponta que “se entende a publicidade como um instrumento de comunicação persuasiva usada para fazer os consumidores menos sensíveis ao preço e aumentar o poder de mercado de uma organização”. E sobre o ocasional caráter informativo da publicidade, Vidal e Yolanda Serrano (2003, p. 115) destacam que ela, “embora possa estar eventualmente vestida de propósito informativo, tem, no seu âmago, um intuito fundamentalmente persuasivo.”

No processo de comunicação, um indivíduo precisa persuadir o outro de que aquilo que ele propõe é verdadeiro e importante; enquanto o outro, todavia, só aceitará o que lhe é proposto dentro de seus critérios particulares; ou seja, a plena compreensão da mensagem, com sua conseqüente aceitação incondicional, dependerá do conjunto dos desejos, das necessidades, dos interesses e dos quereres do receptor da mensagem (PERUZZOLO, 2011). A respeito da dimensão persuasiva do discurso publicitário, esclarece Aldair Caetano Peruzzolo:

O ato de comunicação, originalmente tendo sempre algo a informar, é um fazer que tem que primar por ser persuasivo, pois que, no seu desejo de que o outro aceite como verdadeiro o que está sendo agenciado, necessita da atenção, interesse, concordância, mesmo que parcial, e adesão do outro. A fala publicitária, então, para induzir o leitor/observador a aceitá-la como um valor que lhe cabe, segundo seus julgamentos e avaliações, vale-se de estratégias persuasivas, que podem ser

minuciosamente arquitetadas. Todo processo persuasivo tem sua plasticidade. De modo que o intuito inerente a toda a ação comunicacional publicitária é persuadir o outro comunicante a aceitar o que está sendo anunciado/comunicado. Assim que a Publicidade e Propaganda (PP) se utilizam de muitas e variadas estratégias discursivas para levar o outro a crer no valor que lhe é proposto. (PERUZZOLO, 2011, p. 181)

Persuadir não é, no entanto, a mesma coisa que convencer. O convencimento pressupõe a adoção de uma ideia pela demonstração da exatidão dos valores da mensagem proposta, fundando-se na força objetiva do valor em questão; a persuasão, por outro lado, depende da força do “fazer-crer”, o que implica no subjetivismo interpretativo do receptor (PERUZZOLO, 2011). A persuasão implica tanto a dimensão da influência quanto da participação, as quais são regidas por um pacto fiduciário, firmado sob os graus de confiança existentes entre o emissor e o receptor da mensagem (proponente e interlocutor).

Segundo Aldair Peruzzolo (2011), o poder comunicativo é o único poder legítimo na esfera das relações humanas, vez que é aquele que emana das relações construídas em cima dos processos de busca do outro. Sobre o risco de manipulação inerente ao processo de persuasão, Peruzzolo afirma:

Na sociedade midiática, a persuasão retórica se torna não só uma questão de meios técnicos, métodos e conceitos calculados, em função de resultados, mas principalmente uma questão de estratégia que leva em conta as vulnerabilidades do outro. Entretanto, isso não diz que ela é eminentemente negativa. Perde com certeza o seu sentido em mãos totalitárias e mal intencionadas, mas é também a garantia na participação da produtividade social.

A finalidade da comunicação persuasiva é destacar determinados objetos com suficiente força de fazê-los entrar no circuito das trocas sociais, de afirmar-se enquanto instância de intercâmbios sócio-culturais e, assim, competir com outros similares na pretensão de atrair a atenção de consumidores e satisfazer seus desejos e interesses. (PERUZZOLO, 2011, p. 185)

O objetivo discursivo, na publicidade, é centrado, assim, na eficácia persuasiva²⁵. Seu discurso denota a organização de um plano de significação interna, no qual entram em relação interativa as representações do destinador/remetente e do destinatário. Esse plano de significação é fundamental para a consecução das metas publicitárias, vez que do sucesso dessa interação depende todo o processo de indução de crenças, ideias, desejos e condutas (PALACIOS, 2011. p. 214).

²⁵ Conforme Eugênio Malanga, estudiosos norte-americanos, investigando as causas que contribuem para que as pessoas sejam influenciadas pela publicidade, criaram uma fórmula fácil de memorizar por meio de uma sigla: AIDA, a qual se deve a George H. Batten, Chefe de Redação de uma famosa Agência norte-americana. A sigla, desdobrada, significa: *Atenção, Interesse, Desejo, Ação*, sob o denominador comum *Convicção*. Se este processo psicológico não ocorre com alguém que lê um anúncio, ouve um *jingle* ou vê um cartaz, a mensagem publicitária falha (MALANGA, 1979, p. 43-44).

A utilização de uma linguagem que busca uma aproximação com o público²⁶ faz parte da técnica persuasiva da publicidade. São utilizados neologismos, modismos e até mesmo gírias em busca do estabelecimento de uma “intimidade”. Em seu início, a mensagem publicitária atrai a atenção, desenvolvendo argumentos concatenados e persuasivos, e deixando estrategicamente o “melhor” para o final: o apelo, a incitação e o convencimento. A linguagem, sempre adaptada ao público-alvo, é muitas vezes usada propositalmente de forma ambígua, abusando-se de metáforas, brincadeiras, exageros, ridicularizações e, mesmo, omissões, além de expressões de duplo sentido (MACHADO; GOMES; COSTA, 2015).

Eugênio Malanga (1979, p. 43) ensina que “atrás da mensagem publicitária, há uma ciência, a Psicologia, a indicar que, num determinado anúncio, há uma série de fatores positivos ou negativos. Estes fatores, concatenados, permitirão analisar a influência da Publicidade sobre o público”.

A maioria dos artifícios de persuasão de que a publicidade se utiliza são psicológicos²⁷, tais como animar o ego do receptor da mensagem; motivá-lo; envolvê-lo emocionalmente; buscar a sua simpatia e a sua cumplicidade; fazê-lo identificar-se com o apelo; fazê-lo crer que sua adesão a ele o torna superior em *status* ou qualificação (MACHADO; GOMES; COSTA, 2015).

Tais artifícios psicológicos têm o escopo de influenciar os receptores das mensagens publicitárias de forma a prepará-los para a promoção do efêmero, do transitório, da felicidade fugaz, à procura da qual se deve sempre estar, de forma incessante e plenamente ajustada às circunstâncias mercadológicas próprias da sociedade do espetáculo.

Assim, a comunicação contemporânea, ajustada a estas circunstâncias, inserida e adaptada à sociedade de consumo, revela um viés que pode ser compreendido, dentro de uma concepção mais funcionalista, como um fenômeno mercadológico.

Consoante a lição de Jean Baudrillard (1973, p. 207) “para que alguma coisa possa tornar-se objeto de consumo, é preciso, primeiro, que essa coisa se torne signo”. Assim, o consumo de um produto significa também o consumo do que ele representa, de forma que o

²⁶ Nessa linguagem, a publicidade procura marcar suas mensagens com textos e elocuições simpáticos, simples, pessoais, informais, em que o receptor é tratado por “você” (MACHADO, 2015).

²⁷ Referindo o ensaio de Carl Hovland, *Efeitos dos Meios de Comunicação* (Incluso na obra *Meios de Comunicação de Massa*, de Charles Steinberg), Raquel Marques Carriço Ferreira aponta que, já em meados do século passado, o psicossociólogo sintetizara o conjunto de dados até então existentes sobre os princípios básicos da comunicação persuasiva e determinara, assim, os efeitos persuasivos dos meios que veiculam as mensagens, demonstrando as principais influências que afetam o impacto da comunicação. Segundo ela, no trabalho desenvolvido por Hovland foram tratados os elementos que determinam o sucesso da mensagem persuasiva, as características ótimas das mensagens, através do enfoque da natureza do comunicador, como a análise da credibilidade do comunicador; dos elementos da mensagem, como a ordem e integração da argumentação; e do meio e suas características, como sua relação de prestígio (FERREIRA, 2014).

produto é consumido na sua lógica interna, na sua diferença, e não na sua materialidade. Daí que, no esforço de persuasão publicitária, segundo Peruzzolo (2011, p.186), “tira-se um objeto de seu mundo natural de produção e coloca-se na esfera dos significados, onde vigem os jogos de linguagem; fazendo-se de um simples objeto bruto, um objeto semiótico para o intercâmbio no universo dos bens simbólicos”. Desta forma, a publicidade não apresenta um objeto ou um serviço em si, mas um olhar sobre eles.

A “significação” da coisa, como meio de torná-la objeto de consumo, é, também, escopo da função persuasiva da publicidade. Baudrillard (1973) aponta que a função explícita da publicidade esconde outra função (implícita); se ela não persuade o consumidor a adquirir produtos de uma determinada marca (*Omo, Bombril, Frigidaire, Gillette*), o faz quanto a outra coisa mais fundamental: imbrica a marca no senso coletivo, de forma que algum consumidor possa vir a escolher adquirir um produto menos oneroso de outra marca sem deixar de contribuir para a fixação da primeira (adquirindo, por exemplo, uma “gillette” da marca *bic*, uma “frigidaire” da marca *consul* ou um “bombril” da marca *assolan*). E, assim, Piratininga (1994, p. 21) complementa, em outras palavras, que, “por trás de cada peça publicitária – pouco importando se de geladeiras, esponjas de aço, bebidas, sapatos ou viagens-, esconde-se a incitação ao consumo, nem que seja ao consumo de bens ou serviços supérfluos, pois o consumidor é o que interessa para manter ativo o sistema que nutre o consumo para dele se nutrir”.

O discurso publicitário desperta, desta maneira, a vontade, o gosto, o desejo e a fantasia dos receptores de suas mensagens. A utilização dos recursos que a linguagem proporciona e da polissemia lexical são essenciais para atingir tal objetivo (CASAQUI, 2012). E, além da linguagem, o uso da sonoridade - que envolve, estimula e atinge o subconsciente dos receptores, fazendo-os aceitar as mensagens mais facilmente e sem perceber que estão sendo envolvidos por uma trama semântica eloquente - torna, também, a assimilação da mensagem mais fácil, assim como seu efeito mais eficaz (MACHADO; GOMES; COSTA, 2015).

Semioticamente, verifica-se que uma formulação teórica sobre a natureza enunciativa dos discursos midiáticos da publicidade tem sido um desafio aos pesquisadores da comunicação. Formular uma teoria que garanta não apenas a compreensão sobre a construção pura e simples do que é dito, mas, também, daquilo que, efetivamente, apresenta-se aos sentidos por meio de discursos/linguagens que podem, mesmo que subliminarmente, atingir a visão, a audição, o tato e, até, os sentimentos, é tarefa muito complexa (TRINDADE, 2012).

Eneus Trindade (2012, p. 92) explica que a constituição híbrida dos discursos midiáticos, derivada dos efeitos de sincretismos dados na sinestesia propiciada aos receptores das mensagens, dificulta a efetiva e plena compreensão da enunciação publicitária, bem como das subjetividades que compõem os “complexos processos de construções discursivas na mídia e da manifestação representativa dos dêiticos (categorias de pessoa, espaço e tempo) e as múltiplas possibilidades de articulação dessas categorias para propiciar efeitos de verdade e de significação para os enunciados.

Com essa preocupação, e baseado na teoria da enunciação desenvolvida por Benveniste e Kerbrat-Orecchioni, Eneus Trindade propõe a seguinte definição para a enunciação na publicidade:

A enunciação publicitária, portanto, é apreendida como atividade da comunicação cultural, de natureza “linguageira” (manifesta-se no cotidiano), hibridizada e sincrética – apresentando suas constantes e normas específicas de coesão estilística – o que permite identificá-la como tal, sendo exercida por aqueles que possuem competências para constituí-la nos diferentes níveis da emissão, nos momentos/espacos em que os diversos sujeitos da enunciação na emissão exercem seus papéis; nos enunciados que estabelecem suas mediações, incluindo-se aí os dêiticos dos agentes da enunciação na emissão, em conjunção com os dêiticos que incluem nas mensagens os receptores/targets privilegiados nos enunciados; mas também por aqueles sujeitos da enunciação nos diferentes níveis do processo de recepção, nos momentos/espacos que esses sujeitos da enunciação na recepção interagem com os enunciados, que os estimulam à aceitação de valores e que, por seu intermédio, levam às mercadorias/bens materiais e simbólicos. (TRINDADE, 2012, p. 93)

Existem duas correntes básicas entre a doutrina que procura analisar o fenômeno da persuasão publicitária. Conforme esclarece Júlio Ribeiro:

A primeira supõe que a propaganda provoca a propensão a comprar e consumir através da formação de atitude, que seria uma predisposição psicológica geral em relação a determinado objeto. Segundo essa versão, a propaganda atua sobre o consumidor transmitindo e ensinando formas de pensar, sentir e agir favoráveis a um produto.

A segunda corrente pressupõe que a propaganda predispõe à compra do produto, sem que o consumidor se aperceba de que está alterando sua forma habitual de pensar ou sentir. A propaganda agiria diretamente sobre o comportamento, sem que seja preciso interferir nas convicções e sentimentos do consumidor). (RIBEIRO, 1989, p. 59-60)

Há também autores que acreditam que, além dos fatores referidos, verifica-se a importante influência de elementos de cognição, por parte dos receptores da mensagem, para que ela obtenha sucesso. Existiria uma forte tendência dos consumidores aceitarem as mensagens publicitárias que reforçam o seu próprio quadro geral de referências. Isto significa

dizer que os consumidores tendem a dar mais credibilidade aos fatos que estão mais em consonância com a percepção que eles têm das coisas, bem como com as suas estruturas cognitivas, suas crenças e seus valores, tornando-se mais céticos, por outro lado, às mensagens que vão de encontro a essas referências.

Se a mensagem estiver em consonância com as pré-concepções que o receptor já tem, com aquilo que ele pensa e com o que acredita, o primeiro passo para a obtenção da sua credibilidade já terá sido dado (COBRA, 1991). Nesse sentido é o ensinamento de Marcos Cobra, quando traz à tona as ideias de John Howard, sobre as estruturas cognitivas do ser humano:

A cognição, para John Howard, possui dois elementos centrais: a percepção e as estruturas cognitivas do indivíduo.

Como estruturas cognitivas, qualquer indivíduo tem o seu quadro geral de referência, as suas crenças, os seus ideais sociais, as referências culturais e as atitudes. Quando algo produz dissonância, ou seja, desarmonia com o seu quadro de referência, a tendência do indivíduo será tentar eliminar essas tensões.

A percepção, por seu turno, é função do ambiente externo e do quadro de referências do indivíduo, pois não há relação unívoca entre o mundo real e aquilo que um indivíduo percebe dele. Contudo, a motivação influi na percepção e o indivíduo vê o que ouve ou quer ver. Dessa maneira, pode-se dizer que as pessoas tendem a dar mais credibilidade aos fatos que estão mais em consonância com a sua percepção e sua escala de valores e crenças e, conseqüentemente, tenderão a ser mais críticas aos fatos desarmonicos. Assim, a atitude das pessoas será direcionada, segundo alguns autores, à aceitação de mensagens publicitárias que reforcem suas crenças. Isso pode conduzir à credibilidade da mensagem ou do produto anunciado. E esse será um passo importante rumo à compra do produto. Dessa forma, além de a mensagem dever conter argumentos fortes para persuadir o consumidor a comprar o produto, a fonte emissora de mensagem, assim como ela própria, deverá ter credibilidade para dar segurança e confiança ao comprador. (COBRA, 1991, p. 43-44)

Nessa perspectiva, percebe-se como a informação publicitária tem de ser “moldada” às estruturas cognitivas do público-alvo e dirigida ao seu quadro de referências para atingir seus objetivos persuasivos; o que oportuniza que, eventualmente, criem-se “ilusões” e falsas expectativas que venham a ser emulsionadas pelas próprias crenças dos consumidores.

Para dar vazão aos bens e serviços produzidos na opulenta sociedade do espetáculo, os publicitários veiculam informações que mexem com recônditas ambições das pessoas, com seus sentimentos de ansiedade e de esperança relacionados ao amor, ao sexo, ao poder, à necessidade de segurança e outras emoções que povoam o imaginário dos consumidores. Suas aspirações mais motivadoras e seus desejos mais íntimos são sensibilizados pelas promessas feitas nas peças publicitárias, as quais, quando carregam informações incompletas ou falsas, podem levá-los a erros. Essa lógica explica porque determinados consumidores podem ser

enganados por informações publicitárias tão inverossímeis que, por flertar com o absurdo, não estariam, em princípio, aptas a iludir pessoas com uma razoável capacidade de discernimento.

1.3.4 Princípios da Atividade Publicitária

Entre os princípios informadores do Direito do Consumidor, estão os da identificação, da vinculação e da veracidade, próprios da atividade publicitária - objeto deste estudo -, os quais serão rasamente abordados nesta Seção, para subsidiar o estudo das ilicitudes da informação publicitária.

1.3.4.1 Princípio da Identificação

A publicidade deve ser facilmente identificável. Não pode ser feita de maneira subliminar, dissimulada. Este princípio está consagrado no art. 36 do CDC²⁸. Seu objetivo é possibilitar que o consumidor tenha consciência imediata de que aquela mensagem que lhe está sendo passada está carregada de parcialidade de opinião, vez que está sendo emitida por quem almeja vender o produto ou o serviço, por quem intenta seduzi-lo.

O destinatário da mensagem precisa saber que ela objetiva convencê-lo de que ele necessita daquele bem ou serviço; de que ele precisa comprá-lo; de que a sua aquisição lhe trará satisfação. Porque, ao saber disso, o receptor poderá filtrar a mensagem de modo a entendê-la como não imparcial, fazendo, assim, uma compreensão crítica. Do contrário, se o consumidor não souber, claramente, que está sendo exposto a uma mensagem publicitária, poderá, inadvertidamente, recebê-la de *guarda baixa*, sem filtro crítico, como se não houvesse necessidade de questionar o que está sendo veiculado. Sobre o artigo 36 do CDC, preleciona Antônio Herman Benjamin:

O dispositivo visa impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja por ele percebida como tal. Basta que se mencionem as reportagens, os relatos “científicos”, os informes “econômicos”, verdadeiras comunicações publicitárias travestidas de informação editorial, objetiva e desinteressada. Veda-se, portanto, a chamada *publicidade clandestina*, especialmente em sua forma redacional, bem como a subliminar. (BENJAMIN, 2001, p. 265)

²⁸ Art. 36, CDC - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal.

Esta norma visa, nas palavras de Vidal e Yolanda Serrano (2003, p. 116), “assegurar, que o consumidor contemple a publicidade conscientemente, vale dizer, com suas defesas emocionais articuladas, o que certamente não ocorre quando lê um artigo de jornal ou uma reportagem televisiva, hipoteticamente caracterizados pela imparcialidade”. Consoante Bruno Miragem,

Por força do princípio da identificação é que se estabelece a necessidade de distinguir em determinado veículo de comunicação, a publicidade do restante da sua programação editorial, cujo método deverá variar conforme o tipo de mídia. Assim é, por exemplo, que em televisão se utilizam as conhecidas vinhetas, em rádio há o recurso às chamadas pelos locutores, ou o anúncio expresso de que se trata de patrocínio, e em jornal ou revista, a configuração de letras, tipos e cores distintas da utilizada para o conteúdo editorial, de responsabilidade do próprio veículo de comunicação. [...]

Todavia, é reconhecido que as novas técnicas de *marketing* desenvolvidas pelo mercado publicitário vêm cada vez mais recorrendo a outras formas de configuração e divulgação da mensagem publicitária, dando ensejo a práticas que muitas vezes violam de modo flagrante o princípio da identificação da publicidade. (MIRAGEM, 2008, p.163-164)

O próprio Código de Autorregulamentação Publicitária já previa essa regra, mesmo antes do advento do CDC, no seu art. 28:

Art. 28, CARP: O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou o seu meio de veiculação.

Na lição de Roberta Densa, o princípio da identificação visa impelir o anunciante a praticar a publicidade de modo que o consumidor possa identificar, de plano, que aquilo que está vendo ou ouvindo tem como objetivo convencê-lo a adquirir produto ou serviço disponível no mercado de consumo (DENSA, 2007). Segundo Densa (2007, p. 99), “insere-se aqui a publicidade simulada, cujo caráter publicitário do anúncio é disfarçado para que o seu destinatário não perceba a intenção promocional da mensagem veiculada. É a hipótese de publicidade com roupagem de reportagem, infelizmente ainda muito comum na nossa sociedade de consumo, mas proibida pelo CDC”.

No que diz respeito à publicidade oculta, Adalberto Pasqualotto (1997, p. 86) ensina que a publicidade dissimulada “é chamada de publicidade redacional. Aparenta ser uma notícia isenta, revestida de publicidade, como se o órgão de divulgação que a transmite estivesse prestando uma informação ao público ou realizando uma simples reportagem”; enquanto que a publicidade subliminar, já referida, é aquela na qual “os estímulos seriam tão fracos ou de duração tão efêmera, que escapariam à percepção da consciência, sendo, no

entanto, suficientemente poderosos para influenciar o comportamento” (PASQUALOTTO, 1997, p. 90). Bruno Miragem refere, a respeito da publicidade redacional, que ela

tem a aparência de informação isenta, originada pelos meios regulares de produção de um conteúdo de um determinado veículo de comunicação (uma reportagem jornalista por exemplo, mas na verdade revela-se com uma finalidade publicitária oculta do público). Em geral, considerando a necessidade de se atender ao princípio da identificação, é comum os veículos de comunicação, sobretudo os de mídia impressa, alertarem o caráter publicitário dessas peças, por intermédio de avisos como “informe publicitário”, ou expressões correlatas. A dificuldade reside, contudo, nas hipóteses em que não existe relação imediata entre a remuneração da publicidade e a promoção de um determinado fornecedor, em vista dos fins econômicos que pretende atingir. Isto pode ocorrer quando há contratação de publicidade em certo veículo de comunicação, devidamente identificada, mas que em razão desta contratação, sejam produzidas reportagens editoriais com referências positivas acerca de um determinado produto ou serviço, ou do seu fornecedor. A dificuldade, nessa hipótese, reside na demonstração da relação entre a contratação da publicidade e a produção das matérias de aparente conteúdo editorial, pelo veículo de comunicação. (MIRAGEM, 2008, p. 164)

Já Vidal e Yolanda Serrano (2003) apontam uma terceira espécie de publicidade que afronta o princípio da identificação. Segundo eles, existe também a publicidade clandestina, da qual a técnica do *merchandising* pode ser uma das formas. Na visão desses autores, as três espécies são assim classificadas:

- a) Publicidade dissimulada: é aquela veiculada sob a forma de reportagem, tanto por um veículo impresso, como por um de radiodifusão;
- b) Publicidade clandestina: é aquela inserida no contexto de um entretenimento, sem que o consumidor possa se aperceber de que se trata de uma publicidade. O *merchandising*, a depender da forma como seja veiculado, constituiria espécie desta forma ilegal de publicidade;
- c) Publicidade subliminar: é aquela imperceptível ao consciente, mas que atua diretamente no subconsciente. (NUNES JUNIOR; SERRANO, 2003, p. 116-117)

O princípio da identificação coloca em *xequê* a forma de publicidade já mencionada neste estudo, chamada de *merchandising*; e torna clara a necessidade de proibição da *publicidade subliminar*. Por esta razão, a técnica publicitária de *merchandising* precisa, necessariamente, ser declarada como tal quando for realizada. Deve-se deixar claro que aquele produto ou serviço foi anunciado através de *merchandising* durante a apresentação do programa, filme, novela ou espetáculo. Ou seja, deve-se fazer constar que há ou haverá uma publicidade na forma de *merchandising*. Paulo Jorge Scartezini afirma:

No caso de peças teatrais, essa solução será adequada deste que, quando do início do espetáculo e da informação sobre o *merchandising*, todas as pessoas já estejam no interior do Teatro e prontas para assistir à apresentação cênica.

Por outro lado, mostrar-se-á inadequada no que respeita a novelas ou filmes, isto porque o aparelho de TV talvez não tenha sido ligado ou a emissora não tenha sido sintonizada a tempo de o consumidor receber a informação. Quanto a esta última situação, não podemos esquecer que os controles remotos dos aparelhos televisivos criaram mudanças significativas no ato de “assistir TV”, possibilitando o chamado *efeito zappin*. [...] Nesse caso, haverá o descumprimento da forma legal, violando o requisito da imediatidade. (GUIMARÃES, 2001, p. 112)

A proibição da técnica publicitária de *merchandising* não decorre de uma possível enganiosidade ou abusividade, que pode até não existir, mas, sim, do fato de ela não permitir que o consumidor a identifique como forma de publicidade. Exemplificando uma forma de *merchandising*, Paulo Jorge Scartezzini (2001, p. 111) cita a publicidade dos Residenciais Alphaville feita na novela *Por Amor*, da Rede Globo, na qual a personagem, representada pelo ator Antônio Fagundes, arquiteto bem sucedido, elogiava e apresentava esse tipo de “condomínio horizontal”: “no fundo, o que se pretendia era divulgar o ‘produto’, pois, naquela época, estavam sendo lançados residenciais idênticos em outras cidades do Brasil”.

Já quanto à publicidade subliminar, a proibição é clara, praticamente não havendo, a respeito, dissonância entre os estudiosos do tema. A subliminarietàade da publicidade implica, pois, na impossibilidade de sua identificação, pelo que vai de encontro ao princípio em tela.

Adalberto Pasqualotto, em sua obra *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, refere relatos de uma experiência feita em um cinema nos EUA, na qual uma platéia foi induzida ao consumo de Coca-Cola e de pipoca mediante a inserção de mensagem de estímulo na película em exibição. Também, na França, o Canal de TV Antena 2 teria feito uma outra experiência, em 1987, utilizando a publicidade subliminar, incluindo, no número 2 de sua sigla, uma série de imagens imperceptíveis a olho nu, dez das quais eram do então Presidente daquele país (PASQUALOTTO, 1997).

1.3.4.2 Princípio da Vinculação

O princípio da vinculação é o primeiro princípio visualizado na sistematização do Código de Defesa do Consumidor, vinculando o fornecedor ao cumprimento da oferta publicitária nos termos do anúncio, estando consubstanciado no artigo 30²⁹. A intenção do legislador foi a de vincular o fornecedor à oferta, evitando, com isso, alguns abusos que, até então, vinham sendo praticados por intermédio do *marketing*.

²⁹ Art. 30, CDC: 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.

Pelo princípio da vinculação, quando o fornecedor torna pública uma oferta precisa sobre determinado produto ou serviço, fica obrigado a fornecê-lo, inclusive, pelo exato preço divulgado. A vinculação diz respeito tanto às características do produto em si quanto ao preço. Ou seja, toda vez que um produto ou serviço é ofertado por qualquer forma ou meio de comunicação, as suas qualidades e o preço proclamados devem ser respeitados, sob pena de o consumidor poder ajuizar ação judicial com base no artigo 35 do CDC, e obter, assim, o cumprimento forçado da obrigação, aceitação de outro produto ou prestação de outro serviço equivalente, ou, alternativamente, a rescisão do contrato com perdas e danos.

A vinculação atua de duas maneiras. Por um lado, obriga o fornecedor, mesmo que ele queira se negar a contratar; por outro lado, introduz-se na relação obrigacional de consumo, de forma prevalente, em contrato eventualmente celebrado³⁰ - mesmo quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante (BENJAMIN, 1998). Ao abordar o princípio da vinculação, Antonio Herman Benjamin assevera:

Esse princípio, estampado no art. 30, apesar de inserido na seção da oferta. Aplica-se igualmente à publicidade. Ou melhor, abrange todas as formas de manifestação do *marketing*.

O art. 30 dá caráter vinculante à informação e à publicidade – andou bem o legislador ao separar as duas modalidades de manifestação do fornecedor, considerando que aquela é mais ampla do que esta. Por informação, quis o CDC, no art. 30, incluir todo tipo de manifestação do fornecedor que não seja considerado anúncio, mas que, mesmo assim, sirva para induzir o consentimento (decisão) do consumidor. Ai estão incluídas as informações prestadas por representantes do fornecedor ou por ele próprio, bem como as que constam em bulas ou em alguns rótulos (não em todos, pois certos rótulos ou partes deles apresentam caráter publicitário). (BENJAMIN, 1998, p. 182)

Para Alberto Amaral Junior (*apud* MIRAGEM, 2008, p. 167), “o princípio da vinculação resta consagrado como o aspecto distintivo mais relevante do regime jurídico da publicidade no CDC, uma vez que estabelece o surgimento de eficácia vinculativa à publicidade, independentemente da realização do contrato de consumo”. Bruno Miragem (2008) observa ainda que a *confiança* e a necessidade de proteção das legítimas expectativas criadas no consumidor (mesmo que equiparado) fundamentam a eficácia vinculativa. Segundo ele,

Exige-se que a informação veiculada seja suficientemente precisa, o que se há de realizar por qualquer meio publicitário, desde os veículos de comunicação, painéis,

³⁰ Fernanda Nunes Barbosa (2008, p. 153) salienta que “a vinculação também alcança os termos da garantia contratual fornecida com base no art. 50, parágrafo único, do CDC, sendo nesse sentido a manifestação pretoriana”.

panfletos, *outdoors*, *e-mails*, *pop-ups* de *Internet*, e demais instrumentos de mídia utilizados contemporaneamente, ou que venham a ser concebidos no futuro. O fundamento desse regime é a teoria da confiança e a proteção das expectativas legítimas do consumidor. (MIRAGEM, 2008, p. 167)

Explica Judith Martins-Costa (2015, p. 398) que “a oferta (proposta) é negócio jurídico unilateral receptício que *vincula* o ofertante aos seus termos, conforme determinado no art. 427 do Código Civil”. No entanto, salienta que

Falar-se no efeito vinculante da oferta não significa, porém, que dela decorra o efeito de criar, por si só, a obrigação principal (*stricto sensu*), pois esta última advém apenas quando já formado o contrato, isto é, na fase contratual. Dito de outro modo: a proposta quando realizada, gera no plano da eficácia do mundo jurídico a *vinculabilidade* do proponente, não a *obrigatoriedade* quanto à prestação. E se trata apenas de vinculabilidade porque, enquanto não existe o negócio jurídico bilateral (contrato), não existem as obrigações principais e os deveres inerentes à espécie de contrato que se pretende formar. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 400)

A partir desse mecanismo formativo de um contrato no sistema do Direito Privado brasileiro, Judith Martins-Costa (2015, p. 401) define assim o papel da boa-fé nas suas fases de *prospecção* e de *negociação*: “a boa-fé atua como fonte de deveres de proteção, pois estes existem e se manifestam antes mesmo do estado de vinculação (recebimento da oferta) ou do estado de vinculabilidade (envio da oferta ainda não recebida). Incide, pois, a boa-fé desde quando os negociadores se põem em contato social pré-negocial”.

A oferta vincula o ofertante não só nas qualidades, quantidades e no preço do produto ou serviço, como também nas demais informações nela inseridas. Assim, o dever de informação do fornecedor deve ser devidamente cumprido, também, na mensagem publicitária, de forma que não venham a ser veiculadas informações imprecisas ou até mesmo falsas; caso contrário, sobrevirão vícios de informação (vícios do produto sob o viés extrínseco). Enquanto os vícios do produto sob o viés intrínseco correspondem aos vícios de inadequação ao fim que se destinam, os vícios extrínsecos (de informação) estão, de certa forma, ligados ao princípio da vinculação.

Este princípio da vinculação pode ser ilustrado com o caso da publicidade da *Mesbla*³¹ no jornal *O Popular*, de Goiânia:

³¹ Sobre o caso, Paulo Jorge Scartezini Guimarães (2001, p. 106-107) comentou: “Disseram os professores Judith Mastins-Costa, Alcides Tomazetti, Nelson Néri e Cláudia Lima Marques que, no caso em tela a oferta existiu, pois continha os elementos do negócio, quais sejam, o preço, a coisa, a condição, tendo-se formado o negócio no momento em que os consumidores ingressaram na loja com o objetivo de comprar.

O jornal *O Popular*, da cidade de Goiânia, veiculou anúncio publicitário da empresa *Mesbla* ofertando um determinado microondas da *Sharp* pela importância à vista de Cr\$ 21.450,00 ou parcelado em duas vezes de Cr\$ 14.211,00, ou ainda, o pagamento em 5 parcelas de Cr\$ 8.141,00 cada. Diante do anúncio, um grande número de consumidores dirigiu-se ao estabelecimento comercial para a compra do produto, porém, lá chegando, o gerente da empresa alegou erro do anúncio, negando-se a completar o negócio ofertado, uma vez que o preço de custo do bem era de Cr\$ 201.582,93.

Em face da pressão dos órgãos de proteção ao consumidor e da confusão existente na loja, a empresa acabou por concordar em entregar aos consumidores que lá estavam, após o recebimento do preço que foi feito naquele momento, uma Carta de Crédito comprometendo-se a entregar o aparelho no prazo de 30 dias.

Findo prazo, a *Mesbla* não cumpriu o prometido e ingressou com Ação visando a anulação dos atos jurídicos de compra e venda, alegando que teria sofrido coação. Em primeira instância, foram reconhecidos o erro no anúncio e a coação sofrida pelo gerente da autora, declarando-se nulo o negócio firmado. (GUIMARÃES, 2001, p. 105-106)

Adalberto Pasqualotto (1997, p. 113), ao mencionar esse caso, diz ser impossível a alegação de erro, pois “os vícios do consentimento não se aplicam ao “contrato social de consumo”, uma vez que este é fonte de obrigação autônoma”.

Entretanto, Paulo Jorge Scartezini Guimarães (2001, p. 107) diverge desses argumentos, dizendo que, quanto às questões jurídicas da proposta, aceitação e vinculação da publicidade, eles não podem ser passíveis de qualquer crítica, mas a justiça da solução pode ser colocada em dúvida porque se afastaria de outros princípios do CDC. Nesse ponto, o autor alude o princípio da boa-fé, que deve nortear todas as relações jurídicas, inclusive as de consumo: “[...] no que toca à relação de consumo, o princípio, expressamente previsto, contamina todo aquele sistema”. Por esta banda, afirma que “a boa-fé por sua vez, deve existir perante os dois polos da relação e por outro lado, não se pode pensar na vinculação da publicidade como um dogma incontestável, como foi por muito tempo o da vinculação dos contratos (*pacta sunt servanda*)” (GUIMARÃES, 2001, p. 107).

O caso das Lojas *FNAC*³² representa um exemplo no qual o princípio da boa-fé sobrepujou o da vinculação, consoante o entendimento administrativo do PROCON do Estado de São Paulo.

³² As Lojas *FNAC* pretendiam realizar uma promoção especial de aparelhos de DVD pelo preço de R\$ 9,90, através de seu *site*. Por um acidente operacional, no momento de alterar os preços dos DVDs no *site* para o valor de R\$ 9,90, “todos” os produtos nele existentes passaram a ser ofertados por aquele mesmo preço. De acordo com a assessoria de imprensa da empresa, o problema ocorreu em uma ferramenta de promoção que deveria ter gerado o preço de R\$ 9,90 apenas para DVDs, mas incluiu, acidentalmente, outros produtos. Assim, aparelhos de TV de vários tamanhos, inclusive com telas de LCD de 52”, e notebooks cujos preços variavam entre R\$ 3.000,00 e R\$ 5.000,00, passaram a custar o preço vil de R\$ 9,90. Imediatamente, muitos consumidores fizeram a compra pelo *site* antes que a referida loja pudesse verificar o erro e corrigi-lo. Quando tais consumidores foram até as lojas para retirar os produtos, foram informados de que, na verdade, tratara-se de um erro operacional e que apenas os DVDs deveriam ser vendidos pelo preço promocional. Ato contínuo a empresa ofereceu-lhes a devolução dos valores pagos (R\$ 9,90).

1.3.4.3 Princípio da Veracidade

O princípio da veracidade, também conhecido como princípio da lealdade é um subprincípio da transparência da fundamentação da publicidade, consistindo no respeito que a publicidade deve ter em relação ao consumidor e à concorrência.

Este princípio, reconhecido pela maioria dos doutrinadores³³, informa o conteúdo da mensagem publicitária de forma que ela deve ser composta exclusivamente por informações corretas e verdadeiras (MIRAGEM, 2008).

O parágrafo único do artigo 36 do CDC³⁴ traz o subprincípio da transparência da fundamentação da publicidade, pelo qual tem o fornecedor o dever de manter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à sua mensagem publicitária. Antônio Herman Benjamin (1998) justifica o dever de fundamentação do anúncio com a constatação da impraticabilidade (e injustiça) em se esperar que o consumidor efetue milhares de testes com produtos ou serviços como forma de verificação da veracidade da informação publicitária a ele dirigida:

Não deixa, pois, de ser muito mais eficiente exigir que o próprio anunciante execute os testes em relação a cada um dos seus produtos anunciados.

Sempre que o anunciante faz uma afirmação, o consumidor, automaticamente, imagina que ele tem uma base material para assim proceder. E a lei não pode permitir a ninguém anunciar um produto ou serviço sem antes ter recolhido dados objetivos que deem sustentação ao que alega. No Brasil, a situação é exatamente oposta. Poucos são os fornecedores que tomam tal cautela. E, na maior parte das vezes, assim se comportam porque sabem que seu produto ou serviço está muito aquém daquilo que sobre ele a publicidade diz. O panorama mudou inteiramente com a promulgação do CDC.

Daí que, por exemplo, cada vez que uma escola anunciar, como uma das qualidades de seus cursos, a colocação de seus alunos no mercado de trabalho, só poderá fazê-lo

Inconformados, alguns consumidores reclamaram ao PROCON de São Paulo. O órgão, então, informou-lhes que, a despeito do preço ofertado, as Lojas *FNAC* não estariam obrigadas a efetuar as vendas diante da obviedade do fato de que se tratava de erro, uma vez que o preço de R\$ 9,90 era absurdamente baixo para os aparelhos eletrônicos em tela. Segundo o PROCON-SP, houve um desequilíbrio, pois foi detectada uma falha, e o CDC defende o equilíbrio entre as partes. Por este prisma, em nota à imprensa, Carlos Coscarelli, assessor-chefe do PROCON-SP, explicou, na época, que em alguns mercados, como o de celulares, pode até haver promoções do tipo, mas os aparelhos são subsidiados pelas empresas às quais os consumidores ficam vinculados por contratos. Neste caso particular da *FNAC*, não se justifica, então, o cumprimento forçado da oferta.

O argumento do Instituto era de que o consumidor médio teria condições de reconhecer que se tratava de um erro antes de fazer a compra e que, assim, efetuar a compra pela *Internet* e reivindicar a entrega do produto apontaria má-fé desse consumidor.

³³ Entre eles, Carlos Ferreira de Almeida, Carlos Alberto Bittar, Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin, Valéria Falcão Chaise e Guilherme Fernandes Neto.

³⁴ Art. 36, Parágrafo Único, CDC - O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

quando dispuser de dados que mostrem, claramente, o nível de emprego de seus diplomados. (BENJAMIN, 1998, p. 202)

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães exemplifica a aplicação deste princípio afirmando que:

Se for dito, em um comercial, que determinadas sandálias não têm cheiro, não deformam e não soltam as tiras, deverá, o fornecedor, ter à disposição do consumidor todos os documentos que confirmem os testes e comprovem as qualidades afirmadas, sob pena, inclusive, das sanções previstas nos artigos 60 e 69 do CDC. (GUIMARÃES, 2001, p. 114)

O fato é que, com efeito, ninguém melhor que o fornecedor para fazer prova das afirmações que são feitas na publicidade que ele promove, e esta é uma das razões pelas quais o art. 38 do CDC dispõe pela inversão do ônus da prova³⁵ em juízo. Pois, além da condição de vulnerabilidade do consumidor e, às vezes, de hipossuficiência, o fato de o fornecedor dever dispor de documentos que comprovem as qualidades anunciadas implica em que ele tenha, em tese, uma maior facilidade para provar de forma técnica as afirmações feitas na peça publicitária que é promovida.

A partir do princípio da lealdade, a legitimidade dos consumidores individuais e das pessoas mencionadas no art. 82 do CDC não é apenas judicial, possibilitando-se, também a utilização de requerimentos extrajudiciais aos anunciantes sempre que sobrevier dúvida sobre a veracidade das afirmações publicitárias. Walter Ceneviva alega, porém, que o direito de solicitar as informações deixa de existir quando cessa o direito de reclamar sobre o produto ou serviço: “nenhum prazo prescricional ou decadencial se inicia com a publicidade, mas apenas a contar do fornecimento do produto ou serviço, ou, ainda, da descoberta do vício oculto. Cessando o direito de reclamar e prescrevendo a pretensão, cessa a legitimidade para pedir informação (CENEVIVA, 1991, p. 114).

Em sentido contrário, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2001) é de opinião de que a prescrição da ação não impede o consumidor de exigir a prova da veracidade das afirmações, argumentando que, na verdade, trata-se de dois direitos distintos.

O artigo 37 do CDC estabelece as demais formas de publicidade ilícita, dizendo serem proibidas todas as mensagens publicitárias enganosas e abusivas. E a obrigação de informar, do fornecedor, diz, também, respeito à publicidade lícita porque inclui todas as informações

³⁵ No Direito do Consumidor, a inversão do ônus da prova (para o polo passivo, do fornecedor) é *ope legis*, ou seja, não necessita de manifestação do juiz.

expostas nas embalagens e nas etiquetas dos produtos, além das informações prestadas oralmente³⁶.

O princípio da veracidade está previsto na primeira parte do § 1º do art. 37 e vai de encontro a quaisquer afirmações falsas ou que possam induzir o consumidor em erro, em qualquer tipo de publicidade. Está diretamente ligado à aplicação da boa-fé no Direito do Consumidor, a qual deve, em verdade, estar presente em toda relação jurídica. Desta forma, e nas palavras de Roberta Densa (2007, p. 101), “o fornecedor deve fazer publicidade com informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre o produto ou serviço anunciado, abstendo-se de utilizar a publicidade enganosa ou abusiva”.

Observa, todavia, Bruno Miragem, que o fato da veracidade informar o conteúdo da mensagem não significa que se deva exigir neutralidade ou isenção da publicidade:

Considerando que a publicidade se vincula a um fim econômico específico, naturalmente que por esta razão será tendente a este objetivo. Todavia, em face do dever de lealdade que deve ser observado na fase pré-contratual, em face do princípio da boa-fé, ainda que se admita o caráter tendencioso da publicidade, seu limite deve ser o direito à informação do consumidor, e o correspondente dever de informar do fornecedor. Assim, não há de se considerar a possibilidade de omitir informações essenciais, que o próprio CDC determina que sejam prestadas com ampla divulgação, como o é o caso das relativas aos riscos do produto ou do serviço, ou, ainda, às limitações da oferta publicitária, quando for o caso. (MIRAGEM, 2008, p. 166)

Mas seja qual for o público-alvo da publicidade existirá um dever de objetividade por parte de todos os responsáveis por um determinado anúncio em decorrência da aplicação do princípio da lealdade, como esclarece Bruno Miragem:

O que se deverá reclamar com relação à publicidade em geral, como pressuposto do atendimento do princípio da veracidade, é o dever de objetividade por parte de todos os envolvidos na elaboração de um anúncio publicitário. Exige-se, pois, que a mensagem publicitária divulgada seja clara e objetiva quanto a seus aspectos essenciais, de modo a compatibilizar a liberdade de criação publicitária e o direito básico do consumidor à informação. (MIRAGEM, 2008, p. 166-197)

Este princípio, pois, sustenta-se no paradigma do dever de prestar informação correta³⁷. O CDC estabelece, ainda, um dever de informar agravado com relação a determinados públicos em razão de considerá-los mais carentes de proteção – os hipervulneráveis. É o caso das crianças e dos idosos (MIRAGEM, 2008).

³⁶ Ressalve-se que, no caso das informações orais, verifica-se, de fato, uma grande dificuldade de prova.

³⁷ Informação correta é a que guarda relação de conformidade com os fatos de natureza técnica ou científica relativos ao produto ou serviço anunciado (MIRAGEM, 2008, p. 166).

1.3.5 Publicidade Ilícita

A publicidade cumpre uma importante função social e econômica na sociedade, compreendendo ações estratégicas dos agentes econômicos. É, assim, um meio lícito de promover e de estimular o consumo de bens e serviços; porém deve pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé. As relações de consumo, mesmo em sua fase pré-contratual, devem guiar-se, como referido, pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor (MARQUES, 1999).

A liberdade de expressão incide em diferentes contextos, que podem ir desde as interações intersubjetivas pessoais até a atuação dos meios de comunicação de massa. Em matéria de comunicação social, o foco é a proteção e a promoção dos direitos e interesses dos cidadãos em geral que constituem o público-alvo dos veículos de *mass mídia*, ficando em segundo plano a tutela dos interesses dos detentores desses veículos (SARMENTO, 2014).

Ademais, consoante o regime jurídico estabelecido pelo CDC, toda publicidade que violar os deveres jurídicos nele definidos, na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias, será ilícita. Dessa forma, é ilícita qualquer publicidade que violar algum princípio emanado deste Código.

Existem duas espécies de publicidade ilícita: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, ambas referidas no CDC, no *caput* do seu artigo 37. Sobre esta norma, Antônio Herman Benjamin assevera que:

O dispositivo não proíbe a publicidade. Posiciona-se somente contra dois tipos de publicidade perniciosos ao consumidor.

Não se imagine que, em marketing, só a publicidade pode ser contaminada por enganabilidade ou abusividade. Todas as técnicas mercadológicas dão azo a tais desvios. Por conseguinte, as promoções de venda também podem ser enganosas ou abusivas. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 1998, p. 203)

Além disso, a definição de *consumidor equiparado*, estabelecida no artigo 29 e no parágrafo único do artigo 2º deste Código, calou fundo na jurisprudência brasileira em matéria de publicidade ilícita conforme salienta Cláudia Lima Marques:

Em um país de tantas diferenças sociais, econômicas e culturais, a jurisprudência brasileira foi exemplar ao estabelecer que a publicidade abusiva e enganosa atinja a todos, mesmo aqueles excluídos do consumo, àqueles aos quais a publicidade não se dirige, pois não possuem as condições para consumir, mas que através das televisões, placares e *outdoors* deste imenso país são atingidos, expostos a estas práticas comerciais abusivas. Em uma belíssima visão de plenitude do consumidor equiparado como sujeito de direitos (em potencial), como pessoa, mais do que como

homo economicus ou ser razoável, estabeleceu uma visão de consumidor digno. (MARQUES, 1999, p. 675)

Impende ressaltar ainda que os contornos da publicidade ilícita, ao serem definidos no CDC, são, também, frutos de um novo paradigma objetivo de boa-fé, confiança e transparência, que passou a dominar o regime da publicidade no Brasil, como será visto adiante, ao se tratar da relevância adquirida pelo princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo.

1.3.5.1 Publicidade Enganosa

Publicidade enganosa é aquela que leva ou induz o consumidor a erro na aquisição de um bem ou serviço. Para ser determinada como tal, impõe-se a aferição da intensidade enganosa inserida nela, ou seja, a verificação, pelo intérprete, do grau de engano nela contido (CENEVIVA, 1991). De acordo com Cláudia Lima Marques (1999, p. 676), “a característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é a de ser suscetível de induzir ao *erro* o consumidor, mesmo que seja através de suas ‘omissões’. [...] A interpretação dessa norma [art. 37 do CDC³⁸] deve ser necessariamente ampla, uma vez que o ‘erro’ é a falsa noção da realidade, falsa noção esta *potencial*, formada na mente do consumidor por ação da publicidade”.

Observe-se que, consoante o ensinamento de Vidal e Yolanda Serrano (2003, p. 118), “o resultado naturalístico (a efetiva indução em erro) é dispensável, bastando, deste modo, a potencialidade lesiva, qual seja, a aptidão para induzir em erro. [...] uma interpretação gramatical do dispositivo conduziria à conclusão de que a falsidade sempre seria apta a induzir em erro, o que, não obstante sirva como regra, comporta algumas exceções contextuais”. Ao encontro de tal entendimento, vem a lição de Adalberto Pasqualotto:

A falsidade pode estar relacionada com a fantasia publicitária, sabendo-se que há um limite de tolerância para as mensagens hiperbólicas, tais como as otimistas, as exageradas e as humorísticas. Por outro lado, mesmo sendo verdadeira, uma comunicação pode ser falsa, inteira ou parcialmente. A situação é frequente quando há omissão de algum dado necessário ao conhecimento do consumidor, provavelmente determinante da compra. Não havendo forçosa coincidência entre

³⁸ Art. 37, CDC: É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

falsidade ou engano, outro deve ser o critério de aferição da ilicitude por enganiosidade. (PASQUALOTTO, 1997, p. 119)

Walter Ceneviva (1991, p. 116) explica que “a enganiosidade se contém no falso da mensagem, inteiro ou parcial”. Segundo ele, “o elemento objetivo do engano estará presente quando a publicidade se mostrar capaz de induzir em erro o consumidor, pessoa física ou jurídica, a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem e preço do produto e do serviço”.

A proibição da publicidade enganosa vem ao encontro do objetivo do CDC de oferecer garantias ao consumidor, no sentido de que ele possa fazer escolhas livres e racionais. Nessa linha de pensamento, Vidal e Yolanda Serrano (2003, p. 119) observam que “o conceito de enganiosidade envolve expressamente a omissão de informação essencial, indicando, por via transversa, o dever do fornecedor veicular mensagem honesta, de modo a permitir que o consumidor realize o ato de consumo conscientemente”.

Existem dois tipos básicos de publicidade enganosa: por *comissão* e por *omissão*.

Na publicidade enganosa *por comissão*, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é.

Já na publicidade enganosa *por omissão*, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é (BENJAMIN, 2001). Se ela pode ser enganosa comissivamente em virtude “do que diz”, pode também enganar por omissão em função “do que não diz”, pela omissão de *dados essenciais*.

Existem determinadas informações essenciais a respeito dos produtos/serviços que são obrigatórios, nos termos da lei. Com efeito, não seria admissível que, em 15 ou 30 segundos de um anúncio televisivo, por exemplo, o fornecedor de determinado produto ou serviço fosse obrigado a informar sobre todas suas características e riscos. No entanto, existem dados essenciais que não podem ser omitidos. O professor Antônio Herman fornece alguns exemplos concretos de publicidade enganosa por omissão:

O bom exemplo, tirado do mercado brasileiro, é o anúncio, feito pela Philips, de um televisor *stereo*, o primeiro a ser comercializado no País. Só que o anunciante deixou de informar ao consumidor que tal qualidade especial – que o distinguia dos seus similares – só era alcançável com a aquisição, à parte, de uma peça específica. Ora, o dado relevante para aquela aquisição – e por isso essencial – era exatamente a sua qualidade de sonoridade *stereo*.

Em um outro caso, agora nos Estados Unidos, um fabricante de gasolina anuncia seu produto que tem um aditivo especial destinado a reduzir a poluição. Fixa no escapamento de um automóvel uma bola transparente inflável. Naquele que não faz uso do aditivo, a bola ganha uma coloração escura. No outro, já utilizando a gasolina especial, a bola permanece completamente transparente. O que o anunciante não

informa é que o aditivo tem eficiência apenas contra os poluentes visíveis, sendo praticamente inócuo contra emissões incolores (e nestas estão quase todos os poluentes perigosos emitidos pelos automóveis).

Em outro exemplo, só que de publicidade comparativa, o anunciante assevera: “Você pode comprar um Chevrolet NOVA ou você pode comprar um carro pequeno que o vence em economia de combustível.” Os dados demonstram, de fato, que o automóvel em questão, de seis cilindros, faz mais quilômetros com um litro de combustível que o NOVA, também de seis cilindros. Só que o anunciante “esqueceu” de informar ao consumidor que, no caso dos veículos de oito cilindros, o NOVA superava aquele anunciado. E, como consequência da omissão, o consumidor era induzido a acreditar que todos os carros anunciados eram mais econômicos que aqueles da linha NOVA. (BENJAMIN, 2001, p. 276)

Ademais, a publicidade enganosa pode ser classificada quanto à extensão da enganabilidade, que pode ser total ou parcial. Na publicidade totalmente falsa, as informações, em seu conjunto, são realmente falsas. Por outro lado, na publicidade parcialmente falsa, são encontradas, ao mesmo tempo, algumas informações falsas e outras verdadeiras, sem com que, no entanto, a existência de informações corretas faça com que a publicidade deixe de ser enganosa (BENJAMIN, 2001). No ensinamento de Antônio Herman Benjamin:

Na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a prudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno. Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro – mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante –, caracterizada está a publicidade enganosa. Assim ocorre porque o que se busca é a proteção do consumidor e não a repressão do comportamento enganoso do fornecedor. E, para fins daquela, o que importa é uma análise do anúncio em si mesmo, objetivamente considerado. Já para esta, diversamente, a intenção ou culpa do agente é sopesada. (BENJAMIN, 2001, p. 290)

Importante ressaltar que a proteção do consumidor contra publicidade enganosa leva em conta somente sua *capacidade* de indução em erro. A enganabilidade é aferida, pois, em abstrato; é presumida (*jure et de jure*). Ou seja, não se exige que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual (BENJAMIN, 2001).

O erro potencial, que é apenas consequência da enganabilidade, pode estar relacionado com qualquer dado dos produtos ou serviços: sua natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem ou preço.

Conforme ensina Cláudia Lima Marques (1999, p. 675), “o parâmetro para determinar se a publicidade é ou não enganosa deveria ser o *observador menos atento*, pois este representa uma parte não negligenciável dos consumidores e, principalmente, telespectadores”.

Na caracterização de uma publicidade enganosa, o dano do consumidor é um mero *plus* (com implicações próprias na área penal). Assim, não tem relevância a consumação do dano material na caracterização da enganabilidade do anúncio, em se tratando de responsabilidade civil.

O julgamento de um anúncio não deve ser feito levando-se em consideração somente sua *literalidade*. O que importa é a impressão total que resta dele. Herman Benjamin (2001, p. 294) afirma que, por essa razão, “uma publicidade, embora literalmente verdadeira ou não abusiva, pode vir a ser enxergada, após verificação textual, como enganosa ou abusiva. A pura verdade literal não é, pois, defesa para o anunciante, se do contexto geral sobressair sentido diverso”.

Paulo Jorge Scartezini (2001) aponta que o legislador sancionou duas espécies de publicidade ilícita dentro do gênero “enganosa”. Existe a publicidade falsa, que é aquela identificada pela não-veracidade da mensagem comunicada; e a enganosa em sentido estrito, que consiste naquela que, de qualquer modo, mesmo por omissão, tenha potencial de induzir o consumidor em erro³⁹.

Contudo, como defende Scartezini, não há relação entre essas duas espécies de publicidade ilícita (GUIMARÃES, 2001). Isso porque falsidade e enganabilidade são adjetivos concretamente distintos: no dizer de Adalberto Pasqualotto (1997, p. 118), “uma publicidade pode ser falsa e não ser enganosa”. Da mesma forma, o fato de uma publicidade ser verdadeira não significa, necessariamente, que ela não seja enganosa.

Pode, assim, uma peça publicitária ser verdadeira, porém enganosa, seja pela falta de informações importantes, seja porque o seu esquema é tal que faz com que o consumidor entenda mal aquilo que se está realmente dizendo. Por outra banda, pode a publicidade falsa não ser enganosa, nos casos em que a falsidade for tão patente que não atinja o consumidor (GUIMARÃES, 2001). Neste caso a evidência da falsidade é tamanha, que não implica enganabilidade.

A expressão “qualquer modalidade”, contida no art. 37, refere-se ao meio ou veículo de difusão da publicidade e não ao próprio mérito. Assim, as modalidades são ilimitadas e podem ser sob forma escrita, oral, visual, estática, cinética ou mista (CENEVIVA, 1991).

Na lição de Antônio Herman Benjamin, a repressão da publicidade no sistema do CDC pode, em linhas gerais, ser assim resumida:

³⁹ No mesmo sentido, Maria Luiza de Sabóia Campos (1996, p. 226) e Junqueira de Azevedo (1996).

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 enganadoras; 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). (BENJAMIN, 1998, p. 203)

Salienta, entretanto, Walter Ceneviva (1991, p. 118) que a publicidade não deve se submeter ao princípio da verdade integral, vez que isso implicaria em uma contradição lógica, porque ela “é, por sua natureza, sempre parcialmente não verdadeira, por ação ou por omissão, o que é de se admitir, mesmo sem ingressar no complexo questionamento filosófico do que é ‘verdade’”.

Assim, verifica-se que a publicidade deve ser verdadeira na exata medida do que expõe; mas que, como tem apenas o dever de expor o que é essencial, pode existir lacunas permissivas de omissões (CENEVIVA, 1991). Isso porque não se pode exigir que as peças publicitárias abranjam todas as informações possíveis sobre os produtos/serviços.

A publicidade falsa também não se confunde com a fraudulenta: na primeira, há descrição errada do objeto ou omissão de dados relevantes, com culpa; na segunda, a ação antijurídica tem o fito de se aproveitar da boa-fé alheia, com dolo (CENEVIVA, 1991).

Walter Ceneviva (1991, p. 118) explica, contudo, que “a publicidade não é falsa, porém, se referir produto suficientemente conhecido e em relação ao qual haja impossibilidade de engano do consumidor comum ou médio. Servem de exemplo as bebidas alcoólicas mais comuns e os produtos de cozinha. Já na publicidade fraudulenta, o dolo (intenção deliberada) é elemento necessário”. Sobre o tema, Antônio Herman Benjamin (1998) afirma que a publicidade falsa não passa de um tipo de publicidade enganosa e que o grande labirinto dessa matéria decorre exatamente do fato de que a publicidade enganosa nem sempre é evidentemente falsa. Referindo o entendimento de Jean Baudrillard, na obra *A Sociedade de Consumo*, Benjamin aponta que:

O problema da veracidade da publicidade deve pôr-se da seguinte maneira: se os publicitários mentissem verdadeiramente, seria fácil desmascará-los – só que não o fazem -, e se não o fazem, não é por serem demasiado inteligentes, mas sobretudo porque a arte da publicidade consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos, que não sejam nem verdadeiros nem falsos. (BAUDRILLARD *apud* BENJAMIN, 1998, p. 203)

Quando se fala em publicidade falsa, é muito importante destacar a figura do *puffing*, já referido anteriormente, que consiste em nada mais que a hiperbolização das mensagens veiculadas nas peças publicitárias. Ou seja, trata-se, aqui, daqueles anúncios que contêm expressões como “a loja mais perto de você”, “o preço mais baixo do mercado”, “o melhor do mundo”, “o produto número 1” e outras expressões de exagero.

Nestas situações, que consistem na prática do *puffing*, existem dois caminhos a verificar: ou o anunciado é verdadeiro, e, então, a publicidade não é falsa; ou o anunciado não é verdadeiro e, nessa hipótese, a pecha de ilicitude poderá ou não ser atribuída à peça publicitária, dependendo do fato de a hipérbole ser ou não obviamente falsa. Isto é, se o exagero for tamanho, que se torne, por isso, evidente, não há de se classificar a publicidade como falsa, pelo simples fato de que o “homem médio⁴⁰” poderá, facilmente, identificar o exagero, sem ser, dessa forma, enganado por ele. Por exemplo, se a publicidade de um determinado refrigerante apontar que se trata do “refrigerante mais gostoso do planeta”, o exagero estará tão evidente que se verificará que o anunciado não poderá causar engano, na medida em que, em primeiro lugar, a afirmação “mais gostoso do planeta” é flagrantemente ambiciosa demais para pretender ser séria e veraz; e, em segundo lugar, o que se conhece por “gosto” é algo, sabidamente, tão diversificado e subjetivo que uma afirmação desse tipo demonstra um exagero desvelado.

Nesse sentido, a ilicitude do *puffing* dependerá de cada caso concreto. É fato, contudo, que esta questão não é pacífica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias. Existem doutrinadores⁴¹ que não admitem qualquer forma de exagero que não reflita a verdade, considerando ilícita toda forma de *puffing*. Por outro lado, Maria Elizabete Vilaça Lopes (1992, p. 167), opina que não haverá vinculação no caso do exagero ser facilmente perceptível. Todavia, segundo ela, “se a afirmação exagerada não for facilmente perceptível, terá o anunciante de cumprir o prometido. [...] se afirmar que o preço do produto é o menor do mundo, não haverá vinculação, por outro lado, se o dito for no sentido de que o preço é o menor da praça, estará a esta afirmação vinculada”⁴². Sobre o *puffing*, Antônio Herman Benjamin entende que

⁴⁰ Para fins jurídicos, entende-se por “homem médio” o indivíduo representativo da média dos indivíduos integrantes de determinada sociedade; aquele de quem se espera compreensões, deduções e ações compatíveis com as de alguém comum.

⁴¹ Nesse sentido, Scartezini, Ivan Preston, Maurice Healy, Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Schrickler, Lehmann e Löwenhein.

⁴² Nesse sentido, Nelson Nery Jr., Maria Luiza de Sabóia Campos, Walter Ceneviva e Toshio Mukai.

o Código não dá um salvo-conduto para o *puffing*. Uma vez que a afirmação do anunciante, por mais exagerada que seja, preste-se para induzir o consumidor em erro, configura-se a publicidade enganosa. Só a vagueza absoluta e inofensiva do anúncio permite a isenção de responsabilidade do fornecedor. O exagero não é empregado “gratuitamente”. O certo é que sempre há um fundamento mercadológico para as técnicas publicitárias. O anunciante só usa o exagero porque o vê como benéfico aos seus negócios, e tal só pode ser pela sua convicção de que alguns consumidores acreditarão na mensagem exagerada. O CDC só libera o exagero dos efeitos do princípio da vinculação (art. 30) quando lhe faltar a “precisão suficiente”. Exceção como essa não se encontra em referência aos princípios da veracidade e da não-abusividade (art. 37). (BENJAMIN, 1998, p. 206)

Assim é que, quando o exagero se mostra capaz de induzir o consumidor em erro ou quando abusa dos valores sociais, pode prestar-se à caracterização de ilicitude publicitária mesmo que seja hiperbólico e que lhe falte, por isso, “precisão suficiente”.

1.3.5.2 Publicidade Abusiva

A publicidade abusiva é aquela que contém mensagens ofensivas aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. É, no dizer de Cláudia Lima Marques (1999, p. 680), “a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.

O Código de Defesa do Consumidor não a define. E esta opção, consoante o ensinamento de Vidal e Yolanda Serrano (2003, p. 120), “prende-se ao fato de que qualquer definição poderia ficar aquém das expectativas do legislador. Deste modo, optou a Lei por uma enumeração (art. 37, § 2º)⁴³ que, *além de arrolar hipóteses, serve de parâmetro para a identificação de outras mensagens publicitárias de caráter abusivo*”.

Pode-se considerar abusiva a publicidade quando ela instiga ou estimula, de modo eficaz, uma das ações indicadas no § 2º do art. 37 do CDC, quando desrespeita valores ambientais, ou quando é capaz de causar riscos coletivos aos consumidores. O anunciante que não obedece ao disposto neste § 2º está violando também, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal.

Consoante a lição de Vidal e Yolanda Serrano, a caracterização da abusividade de uma publicidade ilícita dá-se sob o critério residual:

⁴³ Art. 37, § 2º, CDC - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

As hipóteses enunciadas, partindo do pressuposto de que a publicidade – veiculada, em regra, por meios de comunicação de massa – produz um forte impacto cultural, descrevem condutas violadoras de normas éticas, extraídas não só do contexto das relações de consumo, mas das relações sociais como um todo. Obedecendo a esta diretriz, conclui-se que a publicidade abusiva pode ser genericamente concebida, com base nas indigitadas hipóteses, como a publicidade antiética. [...]

Em suma, o conceito serve de apanágio para um critério residual, ou seja, não sendo a publicidade enganosa, nem tão pouco ofendendo a nenhuma das hipóteses enumeradas no art. 37, § 2º, ainda assim pode vir vestida de abusividade pela ofensa a padrões éticos do mercado ou mesmo da sociedade, genericamente considerada. (NUNES JUNIOR; SERRANO, 2003, p. 120)

A garantia da segurança, da saúde, da paz social e do ambiente é o objeto com o qual se preocupa o CDC ao proibir a publicidade abusiva. Segundo Walter Ceneviva (1991, p. 128), “a abusividade é tomada na lei com tal amplitude que é contrária ao uso normal e, mesmo, aos usos e costumes. Todavia, delimita o âmbito do prejuízo admitido, pois refere a saúde, a segurança, a paz social ou o ambiente. O interesse juridicamente proibido é o social, não compatível com a consideração individual do consumidor”.

Tendo em vista que, ao exemplificar a propaganda abusiva, o legislador utilizou a expressão *entre outras*, o elenco das cláusulas abusivas não é taxativo. Sendo assim, o juiz poderá identificar outras hipóteses de publicidade abusiva, dependendo dos casos concretos. De acordo com a preleção de Roberta Densa,

O legislador, sabedor de que a publicidade é meio de influenciar pensamentos, valores, comportamentos, e modificar condutas na sociedade de consumo, entendeu por bem intervir e controlar toda vez que aquela se demonstrar abusiva, para que não haja ameaça à sociedade e aos valores morais, que são o alicerce dela, os quais os anunciantes devem respeitar, em nome da própria estabilidade jurídico-social vigente. (DENSA, 2007, p. 102)

Conforme já foi aqui demonstrado, a força de persuasão da mensagem publicitária é capaz de convencer o consumidor a conduzir-se ou comportar-se de forma diferente da habitual. Se essa condução ou comportamento implicar em “excessos” que tragam riscos à sua saúde ou segurança, a influência da mensagem restará pernicioso, configurando o abuso da publicidade.

O abuso de direito, consoante Valéria Chaise (2001, p. 39), “pressupõe a existência de direito exercido de forma excessiva, irregular, que causa dano a outrem”. Nas palavras de Walter Ceneviva (1991, p. 27), “é abusivo o exercício de direito que esteja em contraste com o objetivo legal visado pelo mesmo direito”. A própria definição do que se considera como

publicidade abusiva constitui espécie de conceito jurídico indeterminado⁴⁴. Nesse sentido, Bruno Miragem ensina:

Sua determinação e precisão vão se dar, portanto, no momento da aplicação da norma ao caso concreto. Para tanto, há de se considerar a intensidade da ofensa que aquela determinada publicidade pode causar diretamente ao público, ou mesmo aos valores éticos da sociedade, bem como os direitos fundamentais e demais normas asseguradas na Constituição e no restante do ordenamento.

O CDC, ao definir a publicidade abusiva, o faz por intermédio de enumeração exemplificativa (*numerus apertus*), podendo o juiz e demais autoridades ocupados da defesa dos consumidores, identificar situações específicas em que o anúncio publicitário termine se revestindo de abusividade. A regra é de que a publicidade não seja ofensiva. (MIRAGEM, 2008, p. 172)

O fato de a publicidade abusiva ferir valores sociais faz com que a defesa do consumidor contra este tipo de ilicitude possa ser, também, coletiva. Não são apenas os consumidores diretamente ofendidos ou afetados pela informação publicitária que têm legitimidade para demandar por eventuais prejuízos. Assim, os Ministérios Públicos Estadual e Federal e as Associações de Defesa dos Consumidores fazem uso constante de ações civis públicas para atacar publicidades abusivas no mercado brasileiro⁴⁵. Isso porque os efeitos de uma peça publicitária abusiva, por sua própria natureza, alcançam toda a comunidade:

O caráter difuso inerente à ofensa decorrente desta espécie de publicidade induz ao recurso da tutela coletiva, sem prejuízo da legitimidade individual para reclamar danos pessoalmente sofridos.

Da mesma forma, considerando os efeitos deletérios que muitos anúncios contendo publicidade abusiva podem causar à comunidade, à estrutura social, ao comportamento de crianças, ou ao sentimento de pessoas ou grupos, a sanção de contrapropaganda prevista nos arts. 56, XII, e 60 do CDC revela-se altamente eficaz. (MIRAGEM, 2008, p. 173)

Por fim, mencione-se que, além da sanção normalmente cominada ao ato ilícito e a imposição da abstenção do ato danoso, o art. 37 continha, em seu § 4º, vetado pelo Presidente da República, uma importante inovação: a possibilidade do Poder Judiciário condenar o fornecedor a fazer veicular *contrapropaganda*, a suas expensas. Com o veto, a contrapropaganda permaneceu prevista como sanção administrativa, no inciso XII do art. 56 do CDC. Porém, consoante Cláudia Lima Marques (1999, p. 683), “a questão não está

⁴⁴ O próprio artigo 37 do CDC faz referência a comportamentos que se caracterizam como ofensivos à coletividade, tais como os que incitem a violência, a discriminação, que explorem o medo, que violem valores ambientais ou que se aproveitem da hipervulnerabilidade de grupos específicos, como crianças e idosos.

⁴⁵ Mencione-se a atuação dos PROCONS; por exemplo, a ação do PROCON – PGE/SP contra a publicidade do “Tênis da Xuxa”, que incentivava a destruição de sapatos velhos pelas crianças em liquidificadores com a finalidade de receber novos tênis. (MARQUES, 1999, p. 680)

resolvida totalmente, pois parte da doutrina defende a possibilidade do judiciário, em interpretação sistemática do CDC, impor a sanção de contrapropaganda”.

1.3.6 Formas de Controle da Publicidade

A publicidade é um fenômeno de massa, dirigido a toda coletividade de pessoas. Quando causa danos, geralmente, o faz, segundo Antônio Herman Benjamin (1998), de forma difusa e coletiva, ainda que gere repercussão na esfera privada de cada consumidor individualmente considerado. Consoante Isabella Machado Henriques:

A questão que se coloca é o problema da sociedade moderna de administrar o tempo, cada vez mais escasso na vida das pessoas. Por conta disso, o consumidor no momento de sua escolha, ou, muitas vezes, também por falta de escolhas – é verdade – acaba confiando, cada vez mais, na publicidade como única forma de superar a deficiência da informação que possui acerca dos produtos e serviços existentes no mercado. [...]

Além do mais, sabe-se que a dependência econômica dos meios de comunicação de massa em relação à publicidade é muito grande, tendo em vista que as verbas publicitárias são praticamente as únicas fontes de renda desses veículos. Chega-se a dizer que os meios de comunicação social de massa, que tanto lutaram para salvaguardar sua independência em relação aos governos, têm hoje seus conteúdos condicionados ao mercado publicitário. (HENRIQUES, 2006, p. 97)

O controle da publicidade é, pois, imprescindível tanto para a proteção do consumidor quanto para instrumentalizar o controle social, na medida em que pode limitar o potencial da publicidade de modificação dos padrões culturais, assim como os abusos no exercício do poder de persuasão (HENRIQUES, 2006).

O sistema repressivo do CDC coloca à disposição dos consumidores três mecanismos de proteção no que diz respeito à publicidade: a) possibilidade do consumidor receber a indenização patrimonial e moral pelos danos que tiver sofrido; b) aplicação de penalidades administrativas; c) aplicação de sanções penais.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo discorre a respeito da liberdade de expressão e manifestação do pensamento em nossa Carta Magna, à qual os fornecedores comumente recorrem com o intuito de justificar a impossibilidade de controle das peças publicitárias:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sofrerão tão somente as sanções impostas pela Constituição Federal. Isso significa dizer que a vedação da censura de natureza política, ideológica e artística, poderá ocorrer em face de uma interpretação sistemática dos dispositivos da Lei Maior, tomando-se como paradigma seu art. 1º. (FIORILLO, 2000, p. 66)

No entanto, o princípio da liberdade de expressão e de informação, apesar de ser fundamental, também pode sofrer restrições – se cotejado com outro princípio fundamental –, caso sobrevenha algum grau de enganiosidade ou abusividade na peça publicitária que consubstanciar a expressão em tela. Ou seja, em nome do princípio - igualmente fundamental - da dignidade da pessoa humana, é possível sopesar a liberdade de criação e expressão publicitária. Conforme Antônio Herman Benjamin:

A grande discussão em torno da matéria nada tem a ver com a ideia de controle em si da publicidade. Ninguém põe em dúvida a necessidade de sua disciplina. A contenda resume-se à escolha do sujeito a quem caberá exercer a tarefa disciplinar. O controle é mais da publicidade do que propriamente do anúncio. O objetivo maior é o regramento da atividade e não do ato. Este só é atingido na medida em que integra aquela. E, acrescente-se, o controle não é exercido de maneira isolada sobre a atividade publicitária: insere-se em um contexto mais amplo de disciplina da atividade produtiva e comercial. (BENJAMIN, 1998, p. 193)

O entendimento de que a publicidade era uma simples forma de promoção de vendas que não pressupunha qualquer compromisso ou responsabilidade por parte de quem a promovia, está completamente superado em todas as ordens jurídicas que primam pelos interesses dos consumidores. Conforme ensina Valéria Chaise:

Várias práticas e mecanismos do mercado, até as primeiras décadas do século XX eram ignoradas, como as condições gerais de contrato, contrato celebrado mediante formulários e cláusulas predispostas, aliadas à influência que exerce a publicidade para impor uma marca, para orientar o público a utilizar determinado produto, inclusive para despertar a vontade de adquirir bens e serviços que, de outro modo, teria ignorado. Tudo isso confirma a necessidade, dentro da política de proteção ao consumidor de haver certo controle sobre a publicidade. (CHAISE, 2001, p. 24)

Nesse contexto, existem três sistemas de controle da publicidade atualmente em prática em nossa sociedade: o sistema autorregulamentar (privado), o sistema legal (estatal) e o sistema misto.

1.3.6.1 Sistema Autorregulamentar

O Sistema Autorregulamentar consiste no controle interno da publicidade realizado por órgão privado e ligado ao próprio setor publicitário. Nesse sistema, códigos de ética ou de conduta promovem a autorregulamentação ou a autodisciplina da atividade. Valéria Chaise destaca que:

A autorregulamentação foi decorrência da necessidade de manter a confiança dos consumidores nas mensagens veiculadas. Os profissionais da publicidade se aperceberam de que, no momento em que a publicidade deixasse de convencer os consumidores, não mais cumpriria sua função primordial. Um dos objetivos da autorregulamentação, portanto, é melhorar a imagem social da publicidade. (CHAISE, 2001, p. 25)

Uma vantagem do sistema autorregulamentar é a possibilidade que ele traz para o consumidor da solução do conflito mediante a arbitragem e a composição, evitando as custas e a morosidade do procedimento judicial, tal qual o efeito oferecido por um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC - ao evitar uma ação civil pública. De outra banda, existe a desvantagem, nesse sistema, da falta de coerção ou de obrigatoriedade de vinculação das empresas e dos profissionais às sanções impostas pelo Código de Autorregulamentação. Aliás, o poder para assegurar a efetividade da sanção constitui-se em requisito essencial para a eficiência deste sistema:

São características fundamentais da autorregulamentação: a) a presença de uma associação de empresários estabelecida segundo o direito privado e de livre adesão; b) a existência de regras éticas para garantir a correção das mensagens e evitar a arbitrariedade dos órgãos de controle; c) a criação de órgão ou órgãos de controle competentes para vigiar o respeito às regras estabelecidas; d) a capacidade para impor sanções aos infratores; e) a existência de poder de pressão para o cumprimento da sanção. (CHAISE, 2001, p. 26)

No Brasil, a autorregulamentação publicitária cabe ao CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação publicitária -, uma ONG, com sede em São Paulo/SP, criada em 1980, que tem, como objetivo, fiscalizar o cumprimento, no território nacional, de seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que consiste em um conjunto de normas de caráter privado, disciplinadoras da conduta ética voltada à atividade publicitária, aprovadas por entidades representativas do mercado publicitário. O CONAR é uma associação civil formada por agentes do mercado publicitário, como anunciantes, agências, veículos, que, espontaneamente, aderem ao quadro social. Conforme a já referida desvantagem do sistema autorregulamentar, os atos do CONAR não têm força cogente, constituindo-se apenas de recomendações, opiniões, conselhos ou pareceres.

O artigo 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária prevê certas penalidades aos possíveis infratores, quais sejam: a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos no sentido de que suspendam a divulgação do anúncio; d) divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, a

agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

Porém, a imposição de qualquer dessas sanções tem caráter somente moral, já que o CONAR não tem o poder de determinar que uma determinada publicidade ilícita deixe de ser veiculada. Não há qualquer poder de punição que gere o dever legal dos veículos, anunciantes ou agências de acatar suas decisões (HENRIQUES, 2006). De acordo com Isabella Machado Henriques (2006, p. 113), “seu alardeado sucesso deve-se ao cumprimento de suas recomendações pelos veículos de comunicação e também pelas agências e anunciantes. É, de fato, um órgão que se valida pela obrigação ética e moral existente entre seus participantes”.

1.3.6.2. Sistema Legal

O sistema legal é aquele pelo qual a regulamentação da publicidade cabe exclusivamente ao Estado. Por esse sistema, o controle das práticas ilícitas é viabilizado através de leis esparsas ou codificadas.

A grande vantagem do sistema legal é o poder coercitivo emanado do Estado.

Consoante o ensinamento de Valéria Chaise (2001, p. 28), é tão óbvia a necessidade da existência do sistema legal para o controle das práticas publicitárias, que a “Diretiva da Comunidade Econômica Européia n.º 84/450 repudia o modelo exclusivamente autorregulamentar e sugere que os Estados-Membros estipulem meios adequados e eficazes para o controle da publicidade enganosa, os quais seriam, em síntese, o controle judicial e o controle administrativo”. A Diretiva esclarece, também, que o controle administrativo e judicial não exclui o controle voluntário.

Pelo sistema legal tem lugar o controle judicial e o administrativo.

O controle judicial pode ser efetuado no âmbito cível ou penal. Nas palavras de Fábio Henrique Podestá,

Cabe ao Poder Judiciário exercer sua tarefa, que essencialmente direciona-se ao controle da legalidade da informação e afastar os excessos veiculados pela mídia, o que se distancia e muito da afirmação de censura (cf. art. 5º, XXXV, c/c o art. 220, § 3º, II – este último garantindo “à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221”). (PODESTÁ, 2002, p. 19)

O controle administrativo da publicidade é realizado pelo Poder Público em seus diversos níveis de atividades, no que diz respeito à saúde, à segurança, ao urbanismo, aos

costumes, ao meio ambiente etc. (HENRIQUES, 2006). Cabe, portanto, à Administração, no dizer de Isabella Machado Henriques (2006, p. 108), “controlar os deveres impostos pelo microsistema, aos entes fornecedores das mensagens publicitárias, também para que sejam reprimidas e punidas as publicidades enganosas ou abusivas”.

1.3.6.3. Sistema Misto

Nesse sistema, somam-se o controle voluntário da publicidade (autorregulamentar) com o controle estatal (legal).

Segundo Valéria Chaise (2001, p. 28), “o CDC adotou o sistema misto, ressaltando-se que o controle estatal, que tem lugar no sistema misto brasileiro, só diz respeito às publicidades abusivas e enganosas”. Nas palavras de Antônio Herman Benjamin,

Despiciendo dizer que esse é o modelo ideal. 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. (BENJAMIN, 1998, p. 194)

Mário Frota (1992), ao discorrer sobre as vantagens e desvantagens da autorregulamentação, aponta ser de valia a sua convivência com outros mecanismos de controle da publicidade.

Em sentido contrário, Adalberto Pasqualotto (1997) não concorda com a visão de que o Brasil adotou a regulamentação mista. Segundo ele, a regulamentação estatal teria ocupado o espaço antes deixado livre para a autonomia privada, sem margem alguma para esta, e as normas do CONAR, de caráter privado, não seriam aptas para produção de efeito jurídico perante terceiros.

No Brasil, a parte do controle estatal do sistema misto conta com a ação civil pública como um instrumento fundamental para o controle da publicidade ilícita, para qual têm legitimidade o Ministério Público e as associações de proteção aos consumidores. Conforme Valéria Chaise:

Por essa via, é possível buscar a cessação de veiculação de campanha publicitária considerada ilegal, com pedido de concessão de liminar de plano ou após justificação prévia, devendo, nessa última hipótese, ser citado o réu, conforme o § 3º do art. 84 do CDC. É possível, também, a imposição de contrapublicidade ou

contrapropaganda e a reparação de danos morais e patrimoniais causados, conforme o art. 6º, inciso VI do CDC. (CHAISE, 2001, p. 31)

No âmbito penal, no Brasil, o CDC prevê o controle da publicidade nas seguintes hipóteses: a) crime de publicidade enganosa (art. 67); b) crime de publicidade abusiva (art. 67); c) crime de publicidade capaz de provocar ou encorajar comportamento prejudicial à saúde ou segurança do consumidor (art. 68); d) crime de não-organização dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade (art. 69).

1.3.6.4 Sancionamentos

No regime defensivo do consumidor diante da publicidade ilícita, são possíveis as seguintes formas de reação: a contrapropaganda⁴⁶, a ser realizada às custas do infrator; a reparação de danos morais e patrimoniais sofridos pelos lesados; e a repressão penal quanto a delitos expressamente capitulados no CDC.

Na área administrativa, a consequência própria da realização de peças publicitárias ilícitas, além da evidente vedação da sua veiculação - no caso de já ter havido a divulgação -, é a imposição da contrapropaganda prevista no inciso XII do artigo 56 do CDC. Judicialmente, a ilicitude publicitária está sujeita a eventuais sanções penais, na esteira do estabelecido pelo artigo 67 do mesmo diploma, assim como poderá ser objeto de indenizações cíveis, para as quais se admitem ações individuais ou coletivas. Como explica Bruno Miragem (2008, p. 169), “sendo comprovados danos materiais ou morais, a título individual ou coletivo [...] serão abrangidos por pretensão indenizatória das vítimas, ou dos legitimados para tutela coletiva, quando for o caso.

E, nesses casos, os danos morais reclamam indenizações de valores que devem, nas palavras de Carlos Alberto Bittar (1992, p. 130), “ascender a quantias expressivas, como o entendem doutrina e jurisprudência prevalecentes, diante do respeito devido aos direitos da personalidade humana”. As indenizações civis devem ter porte suficiente para desestimular a reincidência, bem como novas práticas por parte de outros fornecedores. Carlos Alberto Bittar

⁴⁶ Contrapropaganda é uma penalidade que objetiva reduzir os efeitos causados pela publicidade enganosa ou abusiva, obrigando o fornecedor a efetuar uma publicação retificadora da divulgação anterior. Segundo o art. 60 do CDC, a contrapropaganda será sempre feita às custas do infrator, devendo sua divulgação ocorrer na mesma forma, frequência, dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário. A doutrina não é pacífica quanto à possibilidade de imposição de contrapropaganda, tendo em vista o veto ao § 4º do art. 37 do CDC. O Poder Judiciário, no entanto, sensível à necessidade de prevenir a publicidade enganosa e abusiva, vem condenando o fornecedor a fazer veicular a contrapropaganda, com base nos arts. 6º, inciso VI, e 56, inciso XII, do CDC (CHAISE, 2001, p. 31-32).

refere a Ação Civil Pública que virou *leading case* no Direito brasileiro, movida pela pioneira Associação de Proteção ao Consumidor de Porto Alegre – ACP contra a publicidade veiculada pela televisão por incitar crianças à invasão de supermercados:

A experiência prática já mostrou a eficiência do sistema, eis que, imediatamente após a vigência do Código, foi retirada do ar, no Rio Grande do Sul, publicidade considerada abusiva, por meio de ação cautelar promovida por associação de defesa de consumidores local. Na mensagem, efetivada para comunicação de produtos de empresa da área de alimentação, condenou-se o incitamento à violência e à prática de ilícitos, em cenário que envolvia crianças. (BITTAR, 1992, p. 130)

O procedimento administrativo federal relativo à aplicação de sanções previstas no CDC tem previsão no Regulamento do Código de Defesa do Consumidor – RSDC – Decreto n.º 2.181/97, no qual fica determinado que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC – é formado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE –, por meio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC – e pelos demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e pelas entidades civis de defesa do consumidor (HENRIQUES, 2006).

Quanto à tutela judicial cível e penal dos consumidores no que se refere ao controle da publicidade ilícita, as demandas ajuizadas têm fundamento no Código de Defesa do Consumidor, que, como apontado acima, embasa tanto a reparação civil (de danos morais e patrimoniais) quanto a repressão penal. Impende salientar, nesse ponto, que o escopo do presente estudo limita-se à esfera cível.

No julgamento das demandas cíveis, a boa-fé objetiva é um instituto jurídico fundamental, que pode assistir o Judiciário na solução dos conflitos. Pela abrangência e pelas peculiaridades deste instituto, conforme o seu desenvolvimento e o conteúdo dogmático que foi angariando ao longo da história, adquiriu substancial relevância no Direito privado, notadamente nas relações de consumo.

2 A RELEVÂNCIA ADQUIRIDA PELO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA A PARTIR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Na interação comunicativa pré-contratual que consubstancia a informação publicitária de consumo, as funções da boa-fé objetiva assumem papel essencial no mote da regulação desta espécie de comunicação. Da mesma forma que se presta a orientar as condutas das partes envolvidas, enquanto anunciantes e consumidores, também se mostra como instituto jurídico hábil a instrumentalizar o Judiciário no propósito de equalizar as relações

consumeristas, naturalmente desequilibradas em sua origem, pela vulnerabilidade presumida de uma das partes (consumidor).

Ao instituir o dever de conduta honesta, proba e leal das partes envolvidas em um vínculo obrigacional, constitui-se, sem dúvida, em um elemento primordial para a conformação das relações de consumo, para que as obrigações delas decorrentes logrem suas finalidades precípuas, convergindo para o desenvolvimento social responsável. Sua trajetória, no entanto, ao longo da história, foi tortuosa, de modo que nem sempre este instituto teve o mesmo conteúdo e nem a mesma densidade ou relevância.

Expor-se-á a seguir, mesmo que sumariamente, o seu desenvolvimento histórico, até ser, em uma perspectiva objetiva, preenchido do conteúdo que apresenta atualmente, enquanto marco jurídico capaz de revelar as noções de lealdade, garantia, ética, boa índole, equidade e justiça (MARTINS-COSTA, 1999), e sua inserção no Direito brasileiro e no Direito do consumidor, bem como suas funções e seus deveres anexos, de maneira a apresentar e analisar a relevância que adquiriu a partir das características de desequilíbrio das relações de consumo - ínsitas à produção da informação publicitária de consumo -, na sua equalização e, assim, na regulação da publicidade, com a observância do princípio da transparência e do dever de informação

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DA BOA-FÉ

A relação de confiança foi indispensável ao desenvolvimento da civilização, enquanto base para a construção das ideias de auxílio mútuo e de lealdade, que subsidiaram a evolução do homem como ser social. A ideia de confiança entre os indivíduos sempre esteve intrínseca em suas relações, estando atrelada às ideias de justiça, ao longo da história, com as quais se procurou resolver os eventuais conflitos naturalmente originados dessas relações. Os primeiros a abordar a ideia de confiança para solução dos conflitos foram os romanos, ao tratar da *fides*, conceito que constituiu a base linguística e teórica da boa-fé no Direito civil.

Da origem romanística da boa-fé, como *fides* arcaica, verificam-se três prismas semânticos, conforme a lição de António Menezes Cordeiro (2013): *fides-sacra*, *fides-fato* e *fides-ética*. A *fides-sacra* relacionava-se ao campo religioso, expressa já na Lei das XII Tábuas⁴⁷ – *pratonus si clienti fraudem facerit esto* –, ao cominar sanção religiosa face ao

⁴⁷ Os historiadores indicam, entretanto, a maior anciandade ainda da norma *pratonus si clienti fraudem facerit esto*, uma vez que ela estaria ligada, “segundo a tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria

padrão que viesse a defraudar a *fides* do cliente; no culto da Deusa *fides*, cuja mão direita simbolizava dedicação e lealdade; e na análise dos poderes atribuídos ao *pater*. Já a *fides-fato*, como puro fato despido de conotações religiosas ou morais, consistia na noção de “garantia”. A *fides-ética*, por sua vez, possuía cunho moral, na medida em que a “garantia” expressa pela *fides* passara a residir na “qualidade” de um indivíduo, como uma virtude.

A *fides* tinha uma conotação mística que, conforme Menezes Cordeiro (2013, p. 69), ao ser utilizada, implicando “referência a algo de transcendente, com especial nível axiológico”, era suscetível de provocar, entre os *cives* romanos, uma reação afetiva, servindo, inclusive, de base para a imposição do Direito civil, fundado na igualdade e na liberdade dos sujeitos.

A evolução da *fides* interna⁴⁸ romana, que se concentrou nos polos da *fides*-poder (virtude do mais forte) e da *fides*-promessa⁴⁹ (ato de garantia adstrito à palavra dada), foi pautada pela desigualdade de situações jurídicas, sempre associada a uma estruturação social delineada por representações mágico-sacras com desdobramentos para a moral, com a respectiva tradução para o binômio *garantia-serviço*. Desgastou-se e perdeu força significativa, entretanto, na sua evolução, em razão de sua própria utilização comum e exagerada e da falta de precisão nos empregos jurídicos (MENEZES CORDEIRO, 2013).

Nessa linha, Franz Wieacker (1982), percebendo na *fides* níveis de representação mágico-sacrais e morais, identificou, na sua base, uma adstrição de comportamento, inicialmente não jurídica, que se tornou primeiro mágica, depois religiosa, e finalmente moral. Ainda no Direito Romano, a ideia de *fides* expandiu-se, assumindo amplo espectro de significados, que foram se alternando consoante as influências filosóficas dos seus aplicadores e conforme a área jurídica na qual instalada, dirigindo-se, assim, a três setores, na visão de Judith Martins-Costa:

o das relações de clientela, o dos negócios contratuais e o da proteção possessória: o primeiro, porque lhe marca a mais remota origem, conotando o significado de proteção aos interesses de quem depende da ação do titular da *fides*; o segundo, porque incide no Direito Obrigacional, de modo especial nos contratos bilaterais e nos negócios “internacionais”, isto é, aqueles pactuados entre romanos e

fundação de Roma, o que equivale a dizer que é tão antiga quanto a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico – *fraus*, e não *fides*”. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 111)

⁴⁸ Por outro lado, a *fides* característica das relações *externas* (que alicerçou o grande Império Romano) traduzia, sem peias jurídicas, o poder discricionário do Estado imperial (MENEZES CORDEIRO, 2013).

⁴⁹ A função da *fides* de autolimitação (*fides*-promessa) e intento protetivo correspondia às relações intrasubjetivas. Já “nas relações intersubjetivas, a função é a da *garantia* do respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*)”, nesse sentido, “constitui a virtude cívica por excelência, qualidade geradora do respeito social e da boa reputação. O que se visa tutelar é o ‘estado de confiança’ de quem justamente confiou [...]” (MARTINS-COSTA, 2015, p. 54).

estrangeiros; e o terceiro, porque atua nos direitos reais, assinalando-se, outrossim, o seu valor como procedimento hermenêutico, sob a denominação de *bonae fidei interpretatio*. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 51)

Com o tempo, nos textos jurídicos, o adjetivo *bona* foi agregado ao termo *fides* (RIBAR, 2003). Surgiu, então, a *fides bona*⁵⁰, expressão criada pelos pretores, e a *bona fides*.

No momento histórico em que a *fides*, por si só já estava desgastada, ela transitou, por meio de uma manobra artificial dos romanos, ou seja, de uma obra humana voluntária, para uma expressão técnica capaz de agregar legitimidade ao mesmo antigo sentido da *fides*. Vale dizer, por meio de uma hábil abstração, empoderou-se a acepção de *fides*. Segundo Menezes Cordeiro,

Escolheu-se um termo que, sem prejuízo das potencialidades técnicas, assacadas por convenção, com um máximo de utilidade para o jurista, mesmo pouco preparado, sensibilizava imediatamente o leigo: *fides* – isto é, algo ligado a “*poder*”, “*confiança*”, “*garantia*”, “*respeito*” e com uma áurea mística – e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo, a seguir. O Direito romano é pragmático e, na forma, tradicionalista: não se vislumbra a ocorrência de reformas terminológicas ou singulares. O recurso a expedientes linguísticos inventivos só pode ter advindo duma necessidade: a de nominar realidades novas, criadas de modo especial. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 101)

Nesse sentido, Judith Martins-Costa, recorrendo a Paolo Frezza, complementa que a combinação de *bona* e *fides* indica que

se trata uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; *não tendo em vista o texto da fórmula* promissória, mas ao *próprio organismo contratual posto em si mesmo*: não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas *fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer*. (FREZZA apud MARTINS-COSTA, 2015, p. 56)

A *fides bona* teria, assim, “*revestido-se, no período clássico, da natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico*” (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 105). Nesse mesmo período, em razão das funções pretorianas, transmutou-se a *fides bona*, nas relações negociais privadas romanas, para uma “*ferramenta*” técnica da jurisdição, por meio de um expediente constituído por um

⁵⁰ A combinação *fides bona* era remetida ao juiz junto do *oportet* de uma fórmula, contendo uma mensagem com conteúdo que, segundo Menezes Cordeiro (2013, p. 100), poderia ser traduzido como: “*decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual, antes tendo em conta a ausência de dolo das partes, o que elas efetivamente combinaram, o que já tenha sido decidido sobre o mesmo assunto, observando ainda se quem pede não deve, se não houve despesas específicas advenientes da duração da causa*”.

tipo muito específico de procedimento, que ficou conhecido como *bonae fidei iudicia* (MARTINS-COSTA, 2015). Nas palavras de Judith Martins-Costa, os *bonae fidei iudicium*

consistiam em um procedimento perante o juiz no qual o demandante apresentava uma fórmula especial (embora postulando *actiones in ius conceptae*) na qual, não podendo demonstrar uma *intentio* baseada na *lex*, a fundava na *fides*, ordenando então o pretor que o juiz sentenciasse conforme os ditados da boa-fé. Esta fórmula especial, denominada *oportet ex fides bona*, era alegada pelos *bonae fidei iudicia*, isto é, aqueles que, postulando *actiones in ius conceptae*, não tinham uma *intentio* baseada em texto expreso de lei, mas apenas na alegação da *fides bona*. Uma vez surgido o conflito derivado de uma *conventio*, e residindo a sua causa na falta de lealdade à palavra dada, o *oportere* processual que refletia a controvérsia teria de reconhecer e fazer valer o incumprimento da *fides*. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 64-65)

Ubirajara Mach de Oliveira (1997, p. 56) explica que “a *bona fides* manifestava-se nos *bonae fidei iudicia*⁵¹, dada a sistemática jurídica assentada não no reconhecimento abstrato de posições subjetivas, mas na atribuição concreta de ações”. De acordo com António Menezes Cordeiro,

[o sentido geral dos *bonae fidei iudicia*] tratava-se de instâncias em que o *iudex*, em vez de se dever ater a formalismos estritos tinha por função o procurar, através de certos expedientes, descer até à substância das questões. Não bastava, pois, uma composição puramente formal dos litígios: procurava-se uma solução material. [...] Os *bonae fidei iudicia* limitaram-se a introduzir, paulatinamente, um certo número de expedientes muito simples e concretos – e como tais acessíveis ao próprio *iudex* – que, à distância, revelam um gigantesco esforço romano para aperfeiçoamento do direito das obrigações. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 89)

É que as mutações econômico-sociais decorrentes da expansão territorial romana reclamaram reformas jurídicas que acabaram sendo promovidas pela instância pretoriana, apelidadas, pela mesma, de *bonae fidei* (MENEZES CORDEIRO, 2013).

A noção de *bona fides* passou, então, a constituir verdadeira cláusula geral no sistema romano. Menezes Cordeiro (2013) identifica um duplo sentido para o funcionamento da *fides bona* (*fides* objetiva) como norma jurídica: o primeiro corresponderia ao dever de cumprimento da obrigação, seja no que se refere ao estrito respeito ao que for estipulado, seja quanto à interpretação do conteúdo da obrigação, seja, por fim, no que concerne ao acréscimo, ao dever principal, de outras convenções laterais, ou o mesmo, à integração de eventuais

⁵¹ Os *bonae fidei iudicia* impuseram-se como criação do pretor, no chamado *primeiro tempo* da marcha do processo romano – no qual se apurava o litígio e se determinava a fórmula, que continha a *intentio*, como base jurídica da solução do caso, e a *condemnatio*, como comando de condenação ou absolvição dado ao juiz, que atuaria no *segundo tempo* –, atuando na base de sua própria competência para *ius dicere*, e não a mandato de eventuais normas oriundas da *fides*. A *intentio* dos *bonae fidei iudicia* era assente na *fides*, acompanhada, então, do adjetivo *bona*. (MENEZES CORDEIRO, 2013)

lacunas no negócio; o segundo diria respeito à constituição da própria fonte de exigibilidade judicial das figuras *ex fide bona*, enquanto desprovidas de base legal. Ratificando o duplo sentido identificado por Menezes Cordeiro, Marjan Horvat (*apud* OLIVEIRA, 1997, p. 56) assevera que a “*bonafides* contém o sentido de dever de adimplemento e servia de argumento técnico aos pretores romanos, para embasar soluções quanto a negócios que não tinham fundamento na lei romana”.

Já, na compilação justiniana⁵², o conceito de boa-fé acabou sendo diluído⁵³ tanto horizontal quanto verticalmente⁵⁴.

A difusão horizontal da boa-fé dentro da ordem jurídica verificou-se no seu emprego em institutos díspares, com a sua transposição para o direito possessório (enquanto elemento fundamental para a posse e requisito para a usucapião), em um processo de vulgarização do instituto. Após a trajetória histórica da *fides*, que culminou, logrando cientificismo, com a sua aplicação técnica nos *bonae fidei iudicia*, a sua utilização nos *bonae fidei possessio*, embora fosse material e formalmente diferente, ainda assim, refletiu uma simplificação acrítica que, privando-a de um conteúdo mais significativo, vulgarizava-a, conduzindo, poder-se-ia afirmar, a um movimento de retrocesso do instituto (MENEZES CORDEIRO, 2013). Este processo de vulgarização, promovido pela difusão horizontal, cobrou o preço de uma confusão estilística entre os conceitos e conteúdos envolvidos na *fides* e na *bona fides*, que provocaria, de acordo com António Menezes Cordeiro (2013), dificuldades doutrinárias consideráveis nos dois milênios subsequentes. Nas palavras do autor,

O recurso à expressão *bona fides* para traduzir um estado psicológico de ignorância do possuidor, numa altura em que o termo, através dos *bonae fidei iudicia*, tinha um sentido técnico consagrado, é sinal de confusão: implica, em pleno período clássico, um estilo simplista que, com base em conexões pouco mais do que psicológicas, permite um emprego acrítico da terminologia científica, ou seja, a sua vulgarização. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 133)

No período pós-clássico, os textos dos *Digesta* demonstram que, em um outro movimento de difusão da boa-fé – agora vertical – os institutos da *aequitas*⁵⁵ e da *bona fides*

⁵² A boa-fé, em *iustinianos*, encontrava-se numa demonstração de ciclo histórico curioso, em situação similar à que sete séculos mais cedo, antes da reforma pretoriana que criara os *bonae fidei iudicia*, informara a *fides*. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 128)

⁵³ Conceito diluído é aquele que, no mesmo período histórico e ordem jurídica, é repetidamente utilizado para traduzir situações jurídicas diferentes e, ainda, para expressar princípios gerais, sem uma distinção precisa de outros princípios, de modo a, estando em toda parte, pouco dizer quando isolado. (MENEZES CORDEIRO, 2013)

⁵⁴ Na difusão horizontal, uma expressão qualificativa de um instituto jurídico concreto passa a designar, ao mesmo tempo, um instituto diverso. Por outro lado, na difusão vertical, tal expressão comunica-se com um princípio de direito, passando também a traduzi-lo. (MENEZES CORDEIRO, 2013)

aproximaram-se, de forma que a noção de um passou a incorporar o sentido do outro, traduzindo situações jurídicas em diversos pontos (ARAÚJO, 1996). Este fenômeno de difusão vertical, além de comunicar a ideia da *bona fides* com a da *aequitas* e da *bonum et aequum*, erigindo-a, desta forma, a um patamar mais elevado do que a conotação técnico-jurídica conquistada no período clássico, levou-a a expressar, também, as ideias de “justiça”, “honestidade” e “equidade” (MENEZES CORDEIRO, 2013). Esta resignificação, fruto da mescla com princípios de grande extensão, conferiu novel sentido à expressão técnica da *bona fides*.

Ocorre, no entanto, que a diluição da boa-fé no ordenamento jurídico da tradição romanística, em um processo de vulgarização, representou um arrefecimento da escalada do instituto no propósito inicial, que a ele se cominava, de desprestigiar o formalismo em prol da construção de um marco jurídico capaz de resumir e, assim, expressar as noções de lealdade, garantia, ética, boa índole, equidade e justiça (MARTINS-COSTA, 1999). A partir da adição do qualificativo *bona* à *fides*, criou-se, por meio de uma iniciativa prática dos pretores, um expediente técnico que autorizava o juiz a decidir determinadas causas para além da ocorrência de um fato essencial – claramente identificável como a causa do pedido que lhe fora feito -, considerando as circunstâncias ligadas àquele fato e as implicações delas decorrentes, bem como outros fatos conexos ao litígio.

Tratava-se, em verdade, da intenção de alcançar ao Direito jurisprudencial a real possibilidade de preencher lacunas eximindo-se da subsunção a conceitos cristalinos que impusessem uma interpretação-aplicação, de forma a permitir ao aplicador do Direito uma certa liberdade em relação ao silogismo judiciário arraigado à figuração dogmática realizada pela previsão normativa.

Porém, para a consecução desse objetivo, o instituto não poderia prescindir de um conteúdo crítico mínimo de cientificidade que lhe viabilizasse a possibilidade efetiva de resolver questões concretas e que lhe autorizasse, ao mesmo tempo, a tentativa de salvaguardar a liberdade e a igualdade entre as partes, em cada caso concreto, consoante a estruturação social da época, associada a representações mágico-sacras que evoluíram para a moral (MENEZES CORDEIRO, 2013). Não obstante, na diluição do instituto, a sua confusão com outras referências – visualizadas mais concretamente no direito possessório – reduziu o seu conteúdo e a sua objetividade, vulgarizando-a, em um processo que, ao permitir que ele

⁵⁵ De origem grega, a *aequitas* tratava-se da adequação do direito positivo romano aos hábitos, costumes, sentimentos e padrões morais da população. Funcionava de dois modos: como fórmula de decisão que escapava ao Direito e que se prendia apenas ao sentimento do juiz; e como fórmula de interpretação ou princípio de justiça.

abrangesse todas as áreas e figuras jurídicas, acabou esvaziando-o e diminuindo-lhe a capacidade de garantir soluções satisfatórias. Conforme ensina Menezes Cordeiro, a respeito desse processo de diluição da boa-fé na tradição romanística, que acarretou a sua redução material,

utilizada para combater o formalismo sob o influxo de renovação material encabeçada pelo pretor, com os frutos mais significativos nos *bonae fidei iudicia*, a *bona fides* vê-se reduzida a um tópico formal, miscigenado com outras referências similares e, igualmente, privadas de conteúdo. Suspensa entre as duas culturas que viriam a fundir no Ocidente, a *bona fides* flutua quer ao sabor da predominância de uma ou de outra, quer de acordo com as oscilações dos elementos internos que a apoiam. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 146)

Verifica-se, pelo exposto, que a boa-fé, quer como elemento linguístico (*fides*), quer como representação jurídica (*bona fides*), foi obra romana. Na sequência histórica, no Direito canônico – intensamente ligado ao Direito romano –, a boa-fé também não recebeu uma definição geral; mas angariou um conteúdo axiológico – de equidade –, pelo qual passaria a corresponder à ausência de pecado, podendo também confundir-se com o sentido de *aequitas*, que, na lei da Igreja, recebe outro sentido, servindo para temperar o rigorismo das regras (ARAÚJO, 1996).

Enquanto a tradição romana implicava a cientificação do Direito, a busca racional de soluções para os litígios e a capacidade de desenvolver sua pesquisa, o legado do Direito canônico foi a capacidade de escalar representações jurídicas, numa axiologicização tipicamente ocidental, traduzindo a *bona fides* como a ética de não pecar, a ausência de má-fé ou de espírito lesivo, dentro do pensamento cristão (MENEZES COREIRO, 2013).

As relações obrigacionais no Direito canônico não se erigiam apenas por estarem relacionadas a sanções profanas, mas também por estarem resguardadas por um contexto vinculativo derivado da Lei de Deus. A intervenção do Cristianismo, que se desenvolveu no seio do *ius romanum*, embora tenha agregado a ela dimensão ética, implicou, novamente, na sua simplificação. Tendo sido desmembrada pelo Direito romano consoante sua aplicação às obrigações ou à posse, a boa-fé recebeu tratamento complexo: no que se refere às obrigações, a delimitação do instituto da *bona fides* correspondia às ideias de correção, honestidade, fidelidade e conscienciosidade, em uma contraposição à *fraus* e ao *dolus*; no tocante à posse, a *bona fides* apenas contracenava com a má-fé, sendo sintetizada como uma ignorância justificada (MENEZES CORDEIRO, 2013). Ao passo que, no Direito da Igreja, ao contrário, operando-se uma série de amputações e simplificações, ocorreu uma unificação conceitual da

boa-fé, então eticizada, pela qual a sua caracterização dependia sempre da consideração do pecado.

Do influxo dos conceitos derivados da tradição romanística e do tratamento canônico dado a tais conceitos, fruto de seu filtro axiológico, resultou a construção das acepções que viriam a consolidar a boa-fé como componente integrador das relações obrigacionais, conforme conclui Judith Martins-Costa:

Nesta ambiência, as agora travestidas categorias do Direito romano e as dimensões axiológicas do Direito canônico, amalgamadas pela cultura do humanismo, proporcionaram o rumo da especial significação atribuída à boa-fé como *princípio geral ordenador da matéria obrigacional*, lançando as bases do edifício que, retomado no jusracionalismo, só estará completo nos albores do século XX. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 131)

Por outro lado, o Humanismo, que floresceu no final da Idade Média e na Idade Moderna, apresentou, no Direito, a forte característica de recepção do Direito romano, propondo, em um afastamento do material escolástico, o antropocentrismo e o referencial da antiguidade como modelo (ARAÚJO, 1996). Nesse cenário, o Direito germânico adotou a boa-fé consoante a fórmula *Treu und Glauben*⁵⁶ (lealdade e confiança), resultado, conforme Menezes Cordeiro (2013), da fusão do viés romanístico do instituto com a sua visão medieval. Ensina o autor que o legado do Direito germânico foi a tutela da forma e da publicidade fundada em sinais exteriores, assim como a proteção da confiança. Ocorre que, no germanismo, assistiu-se a afetivização da boa-fé, deixando ela de ser considerada como um bem puramente racional e passando a ser vista como um elemento preenchido por uma carga ética e moral.

A elaboração do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), nos momentos finais do século XIX, inovou o papel da boa-fé no direito privado, em meio a um contexto de empoderamento de regras e valores provenientes da ética ou da moral, em contraposição à rígida subordinação às regras legais, típica do Estado liberal consagrado pelo positivismo exacerbado do século XIX (THEODORO JUNIOR, 2014). Conforme explica Humberto Theodoro Junior,

O Estado, porém, no século XX, tornou-se *social*, passando a comprometer-se, institucionalmente, com princípios e valores éticos ou morais, além dos estritamente

⁵⁶ *Treu* indicava, de maneira geral, lealdade e credibilidade (o vassalo dava a credibilidade de que seria leal ao seu senhor). *Glauben*, por sua vez, denotava crença ou fé (LISBOA, 2012, p. 144).

legais. Isto, no campo dos negócios jurídicos, fez com que se elaborasse a teoria da boa-fé como fator indispensável à legitimação da liberdade de contratar. Não se tratava de recorrer à boa-fé apenas no plano subjetivo, para justificar ou sancionar o erro acerca da realidade fático-jurídica, mas de exigir-se a adoção, pelos contratantes, do padrão de comportamento negocial correspondente a uma conduta objetivamente honesta, segundo o conceito dominante no meio social. Foi assim que, nos albores do Século XX, o Código Civil alemão se afastou da postura exageradamente positivista até então dominante, para introduzir, no sistema das obrigações, o princípio da boa-fé objetiva, do qual se haveriam de deduzir os deveres acessórios dos contratantes de agirem com correção e lealdade, desde os antecedentes do negócio jurídico até sua pactuação e execução. (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 55)

Judith Martins-Costa (1999) anota que essa perspectiva é de fundamental importância para a compreensão do papel da boa-fé objetiva em matéria obrigacional, porque é dela que deriva a ideia de adstrição ao comportamento *de boa-fé* como uma regra de conduta social necessária ao estabelecimento da confiança geral. Segundo ela,

A boa-fé abandona a dualidade que a caracterizara no direito romano entre boa-fé garantia e ignorância excusável, atuando, respectivamente, no direito obrigacional e no direito possessório. A construção da unitariedade e o papel de “princípio geral de direito” que lhe foi atribuído compadeciam-se com as exigências do Estado absoluto, o qual, aspirando soterrar o pluralismo medieval e suprimir a diversidade de costumes e de leis, tende a seguir, sob a égide de um desenho concentrador, um sistema homogêneo, tanto no âmbito público como nas relações entre privados. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 133)

A visão germânica sobre o instituto agregou um valor filosófico à ideia romana, carreando-lhe as noções de lealdade e de crença, como um aprimoramento da *fides*, pelo estabelecimento da fórmula *Treu und Glauben*. Judith Martins-Costa ensina que

a fórmula *Treu und Glauben* demarca o universo da boa-fé *obrigacional* proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações diversas daquelas que a marcaram o Direito Romano, muito embora ali estejam suas mais arcanas origens. Essas conotações diversas prendem-se à circunstância de terem sido enxertadas na ideia de fidelidade ao pactuado (uma das acepções da *fides* romana), as ideias de *lealdade* (*Treu* ou *Treue*) e *crença* (*Glauben* ou *Glaube*), reportadas, contudo, ao *ethos* cavalheiresco, expresso nas tradições dos juramentos de honra medievais, ligando-se, por consequência, ao “ideal de vida sublime” e ao “sonho de heroísmo” que se alojaram como elementos essenciais da cultura cavalheiresca. Traduzem, pois, um significado diverso daquele que infletrá na boa-fé possessória, derivada, no idioma alemão, de outra fórmula linguística – *Gutten glaupe*. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 79-80)

Observe-se, assim, que, ao longo da história, atribuiu-se à boa-fé, características de conteúdos diversos, que apresentavam, conforme Menezes Cordeiro, consequentes potenciais

distintos, em um movimento variado, corroborando o caráter cíclico de seu desenvolvimento histórico:

Perante os operadores racionalistas, a boa-fé surge [...] com uma série de potencialidades, contraditórias até, por vezes: por um lado, um conceito técnico-jurídico de conteúdo psicológico, dobrado, no texto do *Corpus Iuris Civilis*, de uma menção diluída puramente retórica⁵⁷, na gênese da qual, não obstante, era possível detectar o vetor da busca de soluções materiais, tidas por equilibradas, no domínio contratual; por outro, uma representação ética, também subjetivada, a entender dentro da escala axiológica ocidental cristã; por fim, um fator afetivo, dominado por padrões sociais objetivos.

Esta profusão, que resume toda uma cultura, seria a sua fraqueza. E a sua força. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p.202)

Durante o jusracionalismo, o Código Napoleão (primeira codificação) consagrou a boa-fé, porém não logrou dinamizá-la em seu caráter objetivo. Estava inserido em um contexto histórico evolutivo no qual uma nova classe (burguesia) estava sendo alçada ao poder e buscava uma nova ordem conforme seus interesses. Nessa ambiência, o Código de 1804 traduziu uma exigência de simplicidade nas relações jurídicas, e a escola da exegese, em sua excessiva limitação ao texto legal, não trouxe desenvolvimento ao princípio, retirando-lhe dimensão prática, tendo em vista o apego ao individualismo jurídico cumulado com o intenso primado da autonomia da vontade – limitador da atividade criadora do juiz (ARAÚJO, 1996).

Na terceira sistemática⁵⁸, quando construções jurídicas inovadoras foram estabelecidas no Direito alemão, o instituto da boa-fé observou uma progressão periférica⁵⁹, que decorreu de uma série intrincada de contribuições culturais e científicas que confluíram para o seu incremento, o qual foi percebido, mais significativamente, na jurisprudência comercial da Alemanha.

A intensificação do comércio, que ocorreu na aurora do liberalismo provocou a necessidade de uma codificação comercial que amparasse o Direito mercantil, pelo que

⁵⁷ A influência retórica é [...] importante no período clássico, tudo como antítese da decadência; [...] os elementos retóricos introduzidos no Direito constituíram ao longo da História, um fator importante de vitalidade e evolução, não obstante, em certas conjunturas, poderem concitar críticas justas. [...]

A retórica, em *Aristóteles*, não deve ser confundida com a tópica. A tópica pressupõe uma estrutura lógico-silogística de desenvolvimento assente, porém, não em princípios verdadeiros – base do discurso apodítico – mas em proposições opináveis: é o discurso dialético, em sentido aristotélico. A retórica não pressupõe, necessariamente, uma estrutura silogística, visando, apenas, convencer o interlocutor, de forma imediata. Hoje em dia, a confusão entre tópica e retórica é generalizada, o que tem inconvenientes. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p.136 e 138)

⁵⁸ A codificação francesa, vinculada à expansão napoleônica, enquanto reflexo de um ato de poder estatal, e não consequência de um esforço teórico, abalou a unidade científica do Direito privado europeu: na França – e nos países que adotaram o modelo do Código Napoleão – sobreveio um positivismo exegético; ao passo que, na Alemanha, surgiram construções jurídicas inéditas, anunciando o por vir de uma nova codificação, de natureza incomum, que viria a ficar conhecida como a terceira sistemática (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 285).

⁵⁹ Aquela que opera das bordas para o centro.

surgiu, em 1861, o Código Comercial alemão⁶⁰. Porém, no início do século XIX, as necessidades comerciais de importantes cidades germânicas culminaram no estabelecimento de um Tribunal Superior de apelação comercial – *Oberappellationsgericht zu Lübeck*, OAG/*Lübeck* –, cujas decisões revelavam uma mescla de justificações lastreadas no *Corpus Iuris Civilis*, na doutrina, em diplomas estrangeiros e nos usos comerciais, mas também, com efeito, no instituto da boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 2013).

Nesse cenário, iniciado no período pré-liberal e cristalizado durante os primeiros tempos do liberalismo, a boa-fé, a despeito da fragilidade científica que lhe foi reservada pela pandectística⁶¹ oficial da terceira sistemática e confirmada nas operações do próprio *Oberappellationsgericht*, passou a ganhar, mesmo que de forma embrionária, um relevo tal que lhe dava projeção em nível decisório e, nesse sentido, implicava em um reforço das noções que, desde a tradição romanística, eram-lhe imputadas. Com isso, o instituto entrava em novo período de sua evolução – resultante, mais uma vez, da confluência de diversos contributos culturais – que apontava para o que Menezes Cordeiro (2013, p. 319) chamou de vetores futuros do conceito de boa-fé: “o exercício inadmissível de posições jurídicas, a interpretação objetiva e os deveres de comportamento no tráfego”. Segundo ele (2013, p. 319), “a própria boa-fé subjetiva é conectada, se bem se atentar, com fatores objetivados: a situação de confiança criada”.

Pelo mesmo viés, o Tribunal Comercial Superior da União – *Bundesoberhandelsgericht*, BOHG – criado em Lúpsia, na linha da unificação do Direito comercial alemão prosseguiria a tradição da utilização jurisprudencial da boa-fé objetiva como fonte de normas de conduta, delimitação ao exercício de posições jurídicas, elemento de reforço da relação obrigacional e, inclusive, como bitola para a interpretação dos negócios jurídicos, incorporando as práticas judiciais comerciais relativas à boa-fé no nível geral da ordem privada. António Menezes Cordeiro analisa assim a virtualidade criativa da terceira sistemática que, por meio do incremento da boa-fé objetiva, logrou revigorar as noções relacionadas à *bona fides* e vivificar seus conceitos:

⁶⁰ Em regra, os códigos comerciais precedem os civis (WIEACKER, 1982).

⁶¹ O panorama da literatura pandectística, informada pelos pressupostos da terceira sistemática, teve o mérito de manter a boa-fé como uma referência cultural de aplicação multifacetada. Presente nas obrigações e nos direitos reais, ela incitou uma necessidade permanente de discussão e de aprofundamento. Carecida de conteúdo próprio autônomo, disponibilizava-se para a expressão de realidades novas que uma metodologia especialmente rica não tardaria a criar. Contudo, enquanto recorria às fórmulas institucionalizadas da boa-fé, tal como advinham da tradição romanística, por recusar desenvolvimentos centrais, paradoxalmente, por também evitar conexões superficiais periféricas, abandonou-se à insuficiência dos resultados alcançados (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 305-306 *passim*).

Explica-se também, em termos de continuidade cultural, o incremento denotado pela boa-fé no período posterior à codificação. Malgrado as fraquezas da doutrina, a capacidade do sistema em recuperar, de modo científico, elementos periféricos permite a atuação efetiva de fatores que, de outro modo, pouco mais representariam do que referências diluídas e vazias. A origem jurisprudencial desses elementos assegura-lhes uma ligação estreita às necessidades da vida, para as quais, pelo menos em nível de caso concreto, faculta decisões de adequação especial. [...] Apesar de se tratar de um sistema integrado, apto, à partida, para recepções deste tipo, a natureza particular do fator recebido exige da Ciência do Direito um esforço profundo de renovação. Enquanto esse esforço não for sucedido, a boa-fé desenvolve-se em termos periféricos puros. Resta saber se não é isso que, ainda hoje, se verifica. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 324)

A positivação deste princípio, portanto, iniciou no Direito alemão, através do seu Código Civil de 1900 – BGB -, que encabeçou a segunda codificação. A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) é referida em cinco de suas disposições⁶² - § 157, § 162, § 242, § 320 e § 815 -, todas revelando o caráter de cláusula geral (ARAÚJO, 1996).

Já a boa-fé subjetiva (*guter Glauben*) aparece em outras dezesseis disposições, sobre a aquisição de móveis, prescrições, aquisição de frutos e partes de coisas, aquisição da posse, usufruto, aquisição de penhor e sobre a posse da herança; com diversas referências prefiguradas na pandectística. Ela foi definida pelo BGB - ao contrário da boa-fé objetiva - por meio negativo, no § 932/2, que estipulou que “o adquirente não está de boa-fé quando lhe seja conhecido ou, em consequência de grande negligência, desconhecido que a coisa não pertence ao alienante”. Ao passo que a boa-fé objetiva, não definida especificamente, observou referências genéricas, oriundas da experiência comercial germânica, que foi alcançada pelas sucessivas decisões do OAG/Lübeck e do BOHG, para vir a ser, finalmente, utilizada na codificação alemã, que considerou e reanimou a *bona fides* – conservada em estado latente pela pandectística.

A revalorização da *bona fides* pelo Direito alemão, concretizada no BGB, a despeito da sua diluição material, que fora mantida na primeira codificação, e da latência impingida pela pandectística na terceira sistemática, demonstrou, nas palavras de Menezes Cordeiro

⁶² No primeiro projeto do BGB, essas disposições incluíam-se num § 359, concebido deste modo: “O contrato obriga os contraentes ao que, pelas determinações e natureza do contrato, segundo a lei e os costumes do tráfico, assim como com consideração pela boa-fé, resulte como conteúdo da sua vinculação”. Esta disposição era justificada deste modo, demonstrando que a consideração da boa-fé deveria ser privilegiada pela sua importância no tráfico negocial, para além da criação de vínculos contratuais: “Através dele [o § 359 do 1º Projeto] não são apenas dados certos pontos de referência para a averiguação das vinculações que nasçam dos contratos concretos; exprime-se antes, sobretudo, o princípio prático e importante de que o tráfico negocial de hoje é dominado pela consideração da boa-fé e, de que, quando esteja em causa a determinação do conteúdo de um contrato ou das vinculações dele resultantes para as partes, deve tornar-se essa consideração, em primeira linha, como fio condutor. Este preceito foi desdobrado, no segundo projeto, nos §§ 127 e 206, semelhantes aos §§ 157 e 242 definitivos (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 328).

(2013, p. 328) que “as projeções culturais mantêm uma eficácia que transcende a sobrevivência da própria materialidade de base”.

A intenção codificadora que viria a se concretizar por meio do BGB estava direcionada ao escopo de projetar saídas satisfatórias para os mais variados tipos de problemas jurídicos que pudessem vir a suscitar conflitos, a partir de um determinado pré-entendimento genérico das matérias a serem tratadas. Esse pré-entendimento⁶³ dependia, naturalmente, da cultura do local e da época em questão. Ou seja, precedia aos pressupostos da codificação – o estudo científico e a formalização das matérias – um conjunto de entendimentos amalgamados culturalmente a respeito dos problemas que deveriam ser considerados, dos conflitos que poderiam vir a ocorrer e das soluções que, consoante a cultura da época e do local, seriam desejadas. Assim, a correção das inclinações assumidas pelo pré-entendimento das problemáticas a serem solucionadas torna-se condição essencial para o sucesso de qualquer codificação que pretenda oferecer soluções para os problemas postos.

Ocorre, entretanto, que, como refere Menezes Cordeiro (2013, p. 329), a cultura dominante durante a construção do BGB era a pandectística – assente no Direito romano de modo periférico –, da qual “advinha apenas a referência aos *bonae fidei iudicia* que, desinseridos do seu contexto significativo verdadeiro, pouco mais traduziam do que um alargamento do *officium iudicis*”.

Assim que, em termos de metodologia jurídica, restavam, para a concretização do BGB, significativos obstáculos para a consecução do aproveitamento de todo o material acumulado pela jurisprudência comercial do século XIX, porque esse arcabouço, na verdade, estava carecido de bases teóricas sólidas (MENEZES CORDEIRO, 2013). Muito embora a experiência comercial alcançada pelo trabalho do OAG/Lübeck e do BOHG tivesse deixado, como legado, uma jurisprudência rica aos elaboradores do BGB, a qual ia desde a *culpa in contrahendo* e os deveres acessórios até a integração e interpretação contratuais, à *suppressio* – *verwirkung* – e à inexigibilidade, ainda assim, a fragilidade de suas bases teóricas, derivada dos estudos pandectísticos disponíveis, determinou a limitação⁶⁴ que o BGB veio a imprimir no âmbito e no alcance da boa-fé. Da mesma forma, outros institutos, que seriam, mais tarde, reconduzidos à boa-fé, foram aparentemente rejeitados pelo BGB, como ocorreu com a *exceptio doli* e com a eficácia jurídica da alteração das circunstâncias. Ensina Menezes Cordeiro (2013, p. 329) que essas rejeições não impediram, entretanto, o florescimento de tais

⁶³ Os pré-entendimentos jurídicos, porque jurídicos, têm natureza cultural.

⁶⁴ Segundo Menezes Cordeiro (2013), a limitação imposta à boa-fé pelo BGB decorria não de uma discordância substancial das saídas por ela concitadas, mas, sim, pela incapacidade científica de determinação de uma fórmula capaz.

institutos e que a sua causa não se devia a razões de fundo efetivas, mas “à impossibilidade científica de, no momento oportuno, os reduzir dogmáticamente, encontrando, para eles, uma fórmula adequada”.

Destarte, a intenção de codificar a boa-fé foi obstaculizada pela dificuldade em ultrapassar os horizontes anunciados pelo pré-entendimento do problema, traçados pela conjuntura cultural da época. Contudo, o desenvolvimento extra-científico da boa-fé comercial, na jurisprudência germânica, não foi em vão, graças à essência da terceira sistemática, que, consoante Menezes Cordeiro (2013), apresentava uma sensibilidade especial a questões periféricas indedutíveis do sistema. Conforme o autor:

A ideia da incapacidade do sistema para prever todas as necessidades, presentes e futuras, e a possibilidade de encontrar as soluções novas adequadas com recurso à boa-fé, filtrou-se, ainda que de modo subconsciente, no produto do trabalho dos codificadores. Estes acabaram, assim, por adotar um sistema aberto, capaz de, por desenvolvimentos internos ou externos, responder a problemas impensáveis quando da codificação.

A capacidade reprodutora do sistema devia ser assegurada por um instituto suficientemente amplo para não entrar os desenvolvimentos necessários e imprevisíveis e, em simultâneo, dotado de um peso juscultural capaz de dar credibilidade às soluções encontradas. A boa-fé tinha esse perfil. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 331)

E decorreu, justamente, da percepção dessa necessidade – de dotar a codificação de um meio capaz de suprir a dificuldade de previsão de todas as demandas, atuais e futuras – a opção dos elaboradores do BGB por um sistema aberto, que incluísse conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, das quais a boa-fé objetiva é um exemplo. As cláusulas gerais constituem instrumentos que legitimam o juiz a produzir normas que possam valer para além do caso concreto no qual seja proferida a decisão, em um modelo metodológico do direito caracterizado pela flexibilidade dogmática típica de um “sistema aberto” (MARTINS-COSTA, 1999). A respeito do dinamismo proporcionado pelo sistema aberto, Humberto Theodoro Junior preleciona que:

Toma-se como ponto de partida a ideia de que o Direito privado deva ser visto como um “sistema em construção”, onde as cláusulas gerais constituem disposições que utilizam, intencionalmente, uma linguagem de tessitura “aberta”, “fluída” ou “vaga”, com o propósito de conferir ao juiz um mandato para que, à vista dos casos concretos, possa criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. É um estímulo constante à convivência com os princípios e regras constitucionais, que durante a maior parte do século XX permaneceram à margem das indagações dos civilistas e operadores do Direito civil. (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 137)

De acordo com Judith Martins-Costa (1999, p. 342), “no âmbito do direito obrigacional, o mais paradigmático exemplo desta mobilidade sistemática proporcionada pela técnica da cláusula geral é oferecido pela cláusula geral da boa-fé”. Como toda cláusula geral, a boa-fé objetiva, consoante Silvio Venosa (2002, p. 4), remete o intérprete para “um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço”.

Portanto, verifica-se que, na evolução cíclica da boa-fé, desde a tradição romanística, a sua compreensão conceitual flutuou, em um movimento de concentração e diluição, até se cristalizar, no direito germânico, distanciando-se do significado superficial de ausência de má-fé - com um conteúdo mais profundo, inclusive, do que a própria ideia romana original de *fides* -, como um cânone da ética e da moral a viabilizar a confiança entre os homens; assumindo, assim, o fito do *age quod agis*, isto é, “informa o teu comportamento àquele desenho de ação ao qual tu e a tua contraparte consentiram” (FREZZA *apud* MARTINS-COSTA, 1999, p. 115).

A inserção no Código alemão conferiu à boa-fé uma clara e útil positividade jurídica que, alçando-a a uma posição de autonomia, serviu de base para uma nova fase de sua evolução, na qual, a partir das disposições do BGB, iniciou-se um desenvolvimento axiomático, dividido em três fases por Jürgen Schmidt:

Até a primeira guerra mundial, ter-se-ia desenvolvido a fase concepcional; de então até o final dos anos trinta ter-se-ia desenrolado o preenchimento quantitativo do conceito antes firmado e iniciado as primeiras tentativas na busca de um sistema interno do § 242; numa terceira fase, ainda em curso, ter-se-ia prosseguido nessa sistematização, com ordenação de âmbitos de regulação do § 242 e com novas codificações do seu conteúdo. (SCHMIDT *apud* MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 332)

Na fase concepcional, a valoração objetiva da boa-fé determinou que o seu âmbito de incidência se estendesse a toda a regulação jurídica; para que ela pudesse fundamentar o controle nos mais variados casos, ou seja, o objetivo não seria o de lançar mão da boa-fé apenas como integradora em casos de lacunas, mas, também, como ferramenta de controle apta a aplacar eventuais injustiças apresentadas pelas regulações já existentes. Esta ampliação do espectro de incidência atribuiria aos preceitos sobre a boa-fé no BGB uma aplicação unitária, que diria respeito tanto às relações obrigacionais legais, quanto às relações negociais (MENEZES CORDEIRO, 2013).

Na Alemanha, o aprofundamento no tema, promovido pela atividade laboriosa da doutrina⁶⁵, possibilitou a sistematização de um substancial material gerado na atuação judicial fundada na cláusula geral do § 242⁶⁶ do BGB. Embora fugisse aos redatores do Código a intenção de atribuir ao juiz alemão a função de criador do direito, alicerçada no princípio da boa-fé (COUTO E SILVA, 1980), a doutrina e a jurisprudência passaram a percebê-la como elemento mitigador de rigorismos, passando a utilizá-la como *topos* fundamentador de opiniões e decisões, conforme expõe Jorge Cesa da Silva:

A jurisprudência passou, topicamente, a cobrar dos envolvidos em relações negociais a conduta conforme a boa-fé e, com isso, a declarar a existência de uma série de deveres a serem seguidos. Ante a reiteração dos julgados, coube à doutrina ressystematizar o material produzido, aclarando o conteúdo positivo da noção de boa-fé e integrando esse material entre as normas (já postas) do sistema. À boa-fé foi então conduzida e reconduzida uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na ideia de *confiança*, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais. (SILVA, 2002, p. 48)

Com a depuração do conteúdo jurídico do instituto, viabilizou-se um núcleo de significação positiva à expressão “boa-fé” - *Treu und Glauben* -, que, aplicada às relações obrigacionais, acabou por instituir a “confiança” como um de seus mais importantes elementos (SILVA, 2002). Como resultado desse esforço, a boa-fé passou a incidir em todas as etapas do vínculo obrigacional, incluindo nele a fase pré-contratual e o período pós-extinção dos deveres de prestação, bem como se observou, consoante Jorge Cesa da Silva (2002, p. 35), “a constatação da ‘confiança’ como um dos valores agregados ao conceito e a visualização da relação obrigacional como relação jurídica complexa”.

Na segunda fase, ao mesmo tempo em que o instituto observava um maior alargamento ainda desse espectro, promovido pela jurisprudência, a doutrina, em um movimento contrário, procurava conter essa ampliação, com o recurso a antigos institutos – *exceptio doli generalis, clausula rebus sic standbus* – e, depois, com uma nova dogmatização.

⁶⁵ A Alemanha foi, indubitavelmente, a grande precursora dos mais profundos estudos acerca da boa-fé como verdadeira norma jurídica. Seguiram-na as doutrinas italiana e portuguesa, especialmente em decorrência da conformação do direito das obrigações, orientada pelos novos códigos civis daqueles países, respectivamente de 1942 e 1966. Na França, o grau de refinamento doutrinário não chegou a atingir níveis de distinção dos vários focos de incidência do princípio, sendo a boa-fé apresentada de forma mais vaga, em sede de explicitação dos valores integrantes do sistema. Não obstante, o conteúdo normativo da boa-fé, referido pelas doutrinas alemã, italiana ou portuguesa, pode ser perfeitamente encontrado nos estudos de direito francês, porém, de forma dispersa (SILVA, 2002, p. 46).

⁶⁶ § 242, BGB – *Treu um Glauben als Gestaltungskriterium des Schuldverhältnisses* [boa-fé como critério de realização da relação obrigacional] – *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben MIT Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern* [O devedor está obrigado a realizar a prestação como exige a boa-fé aliada à atenção aos usos do tráfico].

Nasce desse movimento evolutivo contrário, o paradoxo duplo da proliferação de uma jurisprudência sem correspondência na doutrina, e do desenvolvimento de uma metodologia estranha a ambas, que determinou uma discrepância entre os níveis jurisprudencial, doutrinário e metodológico que atingiu, também, a evolução dos diversos institutos⁶⁷ oriundos da boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 2013). E essa sistemática interna do instituto, que, segundo Menezes Cordeiro (2013), é até hoje aplicada, acabou acarretando o fato da boa-fé objetiva produzir efeitos nas relações obrigacionais⁶⁸ e no exercício inadmissível de posições jurídicas⁶⁹.

Hoje em dia se afirma que o § 242 veio a constituir o elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional, alterando o conceito de sistema e a teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres, em função de ter limitado significativamente a importância da autonomia da vontade (COUTO E SILVA, 2013). De acordo com Judith Martins-Costa (1999), a projeção dessas linhas de influência no ambiente liberal no final do século XIX delineou a boa-fé como fator de fortalecimento e de materialização do contrato. Contudo, segundo a autora,

Esse papel, até certo ponto limitado da boa-fé no Direito Obrigacional, foi [...] ultrapassado e alargado pela cláusula geral do § 242 em razão de dois fatores convergentes: a extraordinária capacidade dos juizes alemães para ousarem em seu *officium* e a técnica na qual redigida, no mencionado texto do Código Civil, a disposição relativa à boa-fé. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 123-124)

Já ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o Direito civil começou a deixar de ser o *locus* privilegiado da autonomia da vontade. Nas palavras de Luis Roberto Barroso,

Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas de destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado. (BARROSO, 2008, p. 257)

⁶⁷ Conforme Menezes Cordeiro, os diversos institutos derivados da boa-fé sempre estiveram em desarmonia uns perante os outros. Por exemplo, quando imperavam construções negociais no tema da alteração das circunstâncias, dominava, no exercício inadmissível de posições subjetivas, credos metajurídicos (MENEZES CORDEIRO, 2013).

⁶⁸ Na formação, no cumprimento e, depois da extinção das obrigações, de deveres acessórios e limites dos direitos do credor e da vinculação do devedor; cláusula *rebus sic standibus* e base do negócio.

⁶⁹ Abuso de direito, *venire contra factum proprium*, recurso doloso ao próprio ilícito contratual, falta da base do negócio, e na legibilidade de nulidades formais, *dolo facti qui petit quod redditurus est e supressio*.

Assim é que, conforme Geórgia Ribar, a boa-fé objetiva, não obstante a sua indeterminação conceitual, tornou-se um dos princípios gerais do Direito, passível de aplicação universal:

Pode-se dizer que o conceito de boa-fé não é preciso, podendo ser abordado em diferentes aspectos da vida social, como por exemplo, sob o aspecto psicológico, quando a boa-fé seria o estado de espírito da pessoa que acredita estar agindo de acordo com as normas de boa conduta; já sobre o ponto de vista ético, a boa-fé significa franqueza, lealdade, honestidade, havendo conformidade entre o que se pensa ou o que se diz e o que se faz; e, finalmente sobre o aspecto econômico, estaria a boa-fé ligada à funcionalidade econômica do contrato. (RIBAR, 2003, p. 74-75)

E o desenvolvimento posterior desta cláusula geral, até os dias atuais, consolidou-a definitivamente, segundo assevera Bruno Miragem (2008, p. 72), como fonte de deveres jurídicos não expressos, ou seja, “deveres que não estão estabelecidos na lei ou no contrato, mas que decorrem da incidência do princípio sobre uma determinada relação jurídica, implicando no reconhecimento de deveres jurídicos de conduta”.

Conquanto já tenham sido alinhavados os traços essenciais à distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, cabe, aqui, aprofundá-los, mesmo porque, na jurisprudência pátria, haviam muitos casos nos quais a sua conotação subjetiva era utilizada, restringindo, assim, a boa-fé, conforme Judith Martins-Costa (1999, p. 411), “à noção de vinculação à palavra dada pelo *alter* na relação contratual, consoante a raiz canonística que é utilizada comumente também na jurisprudência francesa”. No entanto, não deve haver confusão entre ambas manifestações do instituto. Na sua mais recente obra sobre o assunto, a autora salienta que, mesmo que, presentemente, a boa-fé já seja “mais acuradamente qualificada como modelo ou instituto jurídico” (MARTINS-COSTA, 2015, p. 260), ainda se mostra importante a cuidadosa distinção entre essas suas duas noções.

2.2 BOA-FÉ SUBJETIVA

Também denominada de boa-fé crença, a boa-fé subjetiva corresponde a um estado psicológico. É uma qualidade reportada ao sujeito - opondo-se, deste modo, à boa-fé objetiva, que traduz uma regra de comportamento – que imbrica a boa-fé com a não-consciência do injusto (MENEZES CORDEIRO, 2013). É o estado de consciência individual de adequação ao ordenamento jurídico: a pessoa possui crença de ser titular de um direito e age como tal. Conforme Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 393), “na boa-fé subjetiva, o manifestante de

vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado”. De acordo com Judith Martins-Costa,

A expressão *boa-fé subjetiva* indica um estado de fato, traduzindo a ideia de naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé, razão pela qual essa acepção comumente é expressada como “agir de boa-fé”, o contrário a “agir de má-fé”. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, isto é: estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, [...]. Nesses casos, protege-se a crença legítima na juridicidade de certos estados, fatos, atos ou comportamentos [...].

Assim, sinteticamente, é lícita a fórmula: pela expressão *boa-fé subjetiva* trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato. [...]

Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 261-262)

Verifica-se, assim, a importância da ética na boa-fé subjetiva, no sentido da desculpabilidade do erro em que ela assenta. Na gênese do instituto, a eticidade sempre foi defendida, segundo Menezes Cordeiro (2013, p. 421), “com base na necessidade de não premiar o negligente e no cotejo com os requisitos do erro relevante na formação dos negócios jurídicos”.

Tratando da questão em um âmbito puramente subjetivo, Comte-Sponville (2014) sustenta que a boa-fé seria um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral, e que, enquanto fato, consistiria na conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma, ao passo que, enquanto virtude, estaria relacionada com o amor ou o respeito à verdade.

Sponville (2014) enxergou, na boa-fé, o atributo de designar, entre todas as virtudes, nossas relações com a verdade, inferindo que ela consistiria em um fato (psicológico), enquanto conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, e em uma virtude (moral), enquanto relacionada com o amor ou com o respeito à verdade⁷⁰. Para ele, a boa-fé exclui a mentira, mas não o erro: o homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz (COMTE-SPONVILLE, 2014). Nas palavras de Ustárroz,

⁷⁰ Segundo Comte-Sponville, a boa-fé é uma fé no duplo sentido do termo: uma crença e uma fidelidade. É uma crença fiel, ao mesmo tempo que é uma fidelidade no que se crê; pelo menos enquanto se crê que seja verdade (COMTE-SPONVILLE, 2014).

aquele que age de acordo com a boa-fé subjetiva não tem consciência e não deseja que, de seu agir, decorra prejuízo a outrem. A ação, ainda que seja contrária ao direito, é tida pelo agente como lícita, e esse sentimento o anima para determinar sua conduta. (USTÁRROZ, 2007, p. 71)

Tem como antítese a má-fé, enquanto violação consciente de uma norma jurídica com o objetivo de obtenção de algum tipo de vantagem. Assim é que, secundariamente, pode-se, também, conceber, na boa-fé subjetiva, uma estreita relação com os vínculos obrigacionais, consoante a lição de Judith Martins-Costa:

Pode denotar, ainda, secundariamente, a ideia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição 'egoística' à literalidade do pactuado. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 412)

Sua incidência mais frequente é no campo dos direitos reais, disciplinando as consequências relacionadas quanto à posse *ad interdicta*, à posse para fins de usucapião, e à disciplina das plantações e construções em terreno alheio, aplicando-se igualmente no que concerne ao matrimônio putativo, ao credor e ao herdeiro aparente (NOBRE JÚNIOR, 2013, p. 166).

Na sua evolução histórica, “as manifestações dispersas da boa-fé subjetiva representam adaptações mais ou menos extensas do núcleo conceitual da boa-fé possessória” (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 414). Lastreada na ignorância do indivíduo sobre a antijuridicidade dos seus atos, consiste em um elemento de suporte de fatos jurídicos que, embora auxilie na compreensão de determinadas situações, não gera uma regra jurídica e não dá esteio a uma norma de conduta, servindo apenas de parâmetro de aferição, sempre de foro íntimo, do comportamento ético do agente (MIRANDA, 2010).

2.3 BOA-FÉ OBJETIVA

Ao contrário da noção de individualidade da boa-fé subjetiva, implícita na sua característica de qualidade reportada ao sujeito, a boa-fé objetiva transpassa a esfera individual, estendendo-se à coletividade. Enquanto objetiva, deixa de dizer respeito às “intenções” do indivíduo para se imbricar com as suas “ações” e com os efeitos que elas

causam, desenhando um modelo ético de conduta, definidor de um conjunto de deveres que deve direcioná-las nos vínculos obrigacionais.

Enquanto, na boa-fé subjetiva, o indivíduo, ao manifestar sua vontade, crê que a sua conduta é correta, na objetiva, de acordo com Silvio de Salvo Venosa,

O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. (VENOSA, 2004, p. 393)

Tratando da boa-fé objetiva na contemporaneidade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 72) percebem-na como “uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente”. Pelo que, no contexto dos vínculos obrigacionais, ela corresponde a um modelo ético de comportamento que se exige de todos os integrantes da relação, dizendo respeito, em sua dimensão normativa, à confiança e à legítima expectativa de tais integrantes; no que se apresenta como “boa-fé lealdade” (EHRHARDT JR., 2013).

Ao mesmo tempo, apresenta-se como “boa-fé conduta”, no que concerne aos princípios de comportamento, consistindo na conduta leal e honesta que se espera do homem médio em determinadas circunstâncias. O mandamento de conduta, segundo Clóvis do Couto e Silva (2013, p. 33), “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam”. Dessa forma, reunindo os conteúdos veiculados na “boa-fé conduta” e na “boa-fé lealdade”, a boa-fé objetiva implica regras do dever de conduta leal das partes envolvidas em um vínculo obrigacional. Assim é que o instituto incide, hoje, diretamente na construção e na conclusão da norma contratual, ao enriquecer o vínculo obrigacional, que passa a respeitar, por obrigação subsidiária, aos ditames da lealdade, da probidade e da confiança.

Em uma perspectiva objetiva do instituto, então, o dever geral de boa-fé só é cumprido quando as partes envolvidas agem de maneira honesta, leal, e correta, evitando causar danos à outra (dever de proteção) e garantindo o conhecimento de todas as circunstâncias da negociação (dever de informação)⁷¹. Por conseguinte, a boa-fé exige a adoção de uma postura proativa, a qual se traduz em uma atitude de esmero, dedicação e cooperação na relação

⁷¹ Os deveres de proteção e de informação, enquanto deveres laterais, são analisados adiante, no item 2.3.4.3.

obrigacional, ao encontro do que se espera de uma convivência fraterna e solidária (EHRHARDT JR., 2013). Agindo desta forma, os contratantes emulsionam a confiança mútua. Essa confiança é gerada, por meio do que Joaquim de Sousa Ribeiro (2007) chama de uma “interação comunicativa”.

Ao passo que a boa-fé subjetiva denota o momento essencial da confiança, a objetiva – enquanto princípio tradicionalmente não legislado – confere-lhe o embasamento juspositivo necessário quando falte uma disposição legal específica. Na lição de Menezes Cordeiro, a confiança exprime a situação em que uma pessoa, por meio de sua crença ou, mesmo, de suas atitudes, filia-se a determinadas representações, entendendo-as por efetivas, sejam elas passadas, presentes ou futuras (MENEZES CORDEIRO, 2013). Aliás, de acordo com o autor (2013), a confiança constitui uma ponte entre as boas-fés objetiva e subjetiva, fazendo-se presente em ambas.

Na medida em que uma pessoa balize sua atuação, em um negócio jurídico, calcada na confiança gerada pela outra parte, carece, em contrapartida, de uma proteção capaz de prevenir algum tipo de prejuízo que possa vir a ser causado por uma situação que, de outra forma (sem a confiança), poderia ser evitada. Conforme Wellspacher (*apud* MENEZES CORDEIRO, 2013), quem atua negocialmente com confiança num fato externo que constitua a forma de manifestação de certo direito (por força de lei ou de concepção no tráfico), deve ser protegido nesta sua confiança, quando tal fato provenha daquele a quem a proteção da confiança prejudique.

Desta forma, ensina Ubirajara Mach de Oliveira (1997) que “a confiança é protegida não só pelas normas atinentes, mas também quando haja atentado ao dever de atuar de boa fé ou se concretize o exercício inadmissível de posições jurídicas”.

A relevância da confiança, nas relações negociais, perfaz-se, assim, pela importância que ela adquire no vínculo obrigacional, de forma que a aproximação entre a confiança e a boa-fé consiste, no dizer de Menezes Cordeiro (2013), em um importante passo da ciência jurídica. Adverte o autor, no entanto, que esse movimento torna-se produtivo apenas quando se empresta à confiança um alcance material que possa vir a ser por ela comunicado à boa-fé. E tal comunicação se verifica, justamente, no regramento dos negócios jurídicos, quando o aporte material à boa-fé, promovido pela confiança, torna-se fonte de vários deveres, como ensina Vera Fradera (1990), entre os quais o que têm as partes de agir com lealdade. Segundo ela, o princípio da boa-fé reflete a moral social, cabendo sua aplicação quando as pessoas, em

sociedade, participam do tráfego jurídico, da mesma forma como ocorre com a autonomia da vontade⁷².

Aliás, em sua função de ferramenta de auxílio ao regramento dos negócios jurídicos, a boa-fé interage com a autonomia da vontade em uma relação antitética, como mecanismo restritivo, fonte autônoma de direitos e obrigações estreitamente ligada à moral e à ética, da qual deriva a ideia do que Vera Fradera (1990) chama de “responsabilidade pessoal”⁷³. A vontade negocial passa a ser, assim, suscetível a restrições, conforme aponta Clóvis do Couto e Silva (2013, p. 26), “quer no momento em que o negócio jurídico se conclui, quer no regramento das cláusulas contratuais. Tais restrições podem ocorrer pela incidência de lei, ou de ato administrativo, ou ainda, por motivo de desproporção entre o poder social e o individual.

Analisando a relação existente entre estes dois princípios – da autonomia privada e da boa-fé -, Ubirajara Mach de Oliveira (1997) aponta que eles informam o Direito Privado em uma atuação bipolar. Segundo o autor,

São princípios que acompanham o incessante evoluir do mundo jurídico. Dependendo da orientação filosófica e ideológica, pode ocorrer que um deles esteja em posicionamento retraído. Foi o que ocorreu com a boa-fé objetiva, enquanto predominava de forma quase absoluta a autonomia de vontade no período do liberalismo clássico.

Outro fator que contribuiu para a pouca expressividade da visão objetiva da boa-fé foi a exaltação do princípio da separação dos poderes e do método exegético, que por muito tempo freou as possibilidades maiores de criação judicial [...] próprio de um sistema fechado. (OLIVEIRA, 1997, p. 44)

A posterior conformação de sistemas abertos, no entanto, foi viabilizada - superando-se este paradigma característico dos sistemas fechados - pela cláusula geral do § 242 do BGB,

⁷² Consoante a lição de Clóvis Couto e Silva, “entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não limitada, que possuem os particulares, para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se e vinculam-se juridicamente, através da sua vontade. [...] no Estado Liberal, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada. Pela teoria do direito, a vontade passou, então, a ser considerada elemento natural para a explicação das figuras jurídicas, extensiva até àquelas que não a pressupunham. [...] É evidente, em nossos dias, que por autonomia da vontade não se designa o poder de criar efeitos jurídicos, baseado somente na vontade de uma ou mais partes, fora de toda a habilitação legislativa (COUTO E SILVA, 2013, p. 24-25).

⁷³ A construção sistemática do direito, tal como a empreenderam os pandectistas, procurou estender uma rede de princípios rígidos, os quais, praticamente, não comportavam exceções. Princípio dominante era o da autonomia da vontade e, conceito central do sistema, o de negócio jurídico. A prodigiosa sistematização então elaborada supunha, ainda, um mundo jurídico sem lacunas e uma firme teoria das fontes das obrigações. O século XX trouxe, entretanto, outros problemas, os quais, por um lado, limitaram a autonomia da vontade, enquanto outros vieram a se refletir na teoria das fontes das obrigações, enriquecendo-a. (COUTO E SILVA, 2013, p. 31)

que permitiu notável aperfeiçoamento da jurisprudência germânica e que, mais tarde, como já referido, viria a influenciar outros ordenamentos jurídicos ocidentais.

Assim é que, na seara obrigacional, o princípio da boa-fé objetiva pode ser aplicado, em cada caso, especificamente, proporcionando soluções mais justas consoante as respectivas circunstâncias, na esteira dos deveres de lealdade e confiança. Nas palavras de Ubirajara de Oliveira (1997, p. 44), “a evidência dos deveres de lealdade e confiança, cooperação e equiponderância das prestações, e o atendimento dos mesmos em decisões que aliam o raciocínio sistemático ao problemático indicam um caminho luminoso no sentido do Direito Justo”.

Nos negócios jurídicos, o comportamento das partes deve, por esse viés, observar a boa-fé, o que acaba impondo limites objetivos ao tráfego jurídico, desde a fase pré-contratual (*in contrahendo*) até o período posterior ao encerramento do negócio (deveres *post factum finitum*), de forma a ensejar “uma verdadeira transeficácia da relação contratual, cuja intensidade é inversamente proporcional ao espaço de autonomia privada reservado aos contratantes⁷⁴” (EHRHARDT JR., 2013, p. 560).

Na Idade Moderna, quando ocorreu o desenvolvimento do comércio, o consensualismo esteve em evidência, tendo sido adotado como base da teoria clássica dos contratos com suporte no princípio da autonomia da vontade em detrimento da boa-fé.

Positivada apenas no século XIX, por meio do Código Napoleônico, como referido, a boa-fé objetiva não logrou significativo desenvolvimento sob a égide da Escola Exegética. Apenas no século XX, com o BGB, é que o instituto se desenvolveu, de forma a poder influenciar outras codificações modernas, como os Códigos Civis italiano, português e espanhol, que adotaram expressamente a boa-fé objetiva, utilizando-a como um princípio apto a produzir um novel delineamento do conteúdo dos negócios jurídicos, potencialmente relativizador da autonomia da vontade (MENEZES CORDEIRO, 2013).

Tratando do efeito restritivo da boa-fé sobre a autonomia da vontade, Clóvis do Couto e Silva (2013) assevera que o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade, é o seu principal aspecto, a permitir a criação judicial; o que permite que este instituto imbrique no regramento do negócio jurídico, com a admissão de um mecanismo que pode, inclusive, escapar eventualmente ao controle das partes envolvidas. Ou seja, para além da clássica noção de que o contrato faz lei entre as partes e que, assim, tudo que for pactuado

⁷⁴ Na aplicação do princípio da boa-fé, devem ser considerados o momento e o lugar em que se realiza a transação, para se quantificar o nível de liberdade dos contratantes quando da realização do negócio (EHRHARDT JUNIOR, 2013, p. 560).

deve ser, necessariamente, cumprido de forma estrita (*pacta sunt servanda*), a consideração objetiva da boa-fé implica na relativização da arbitrariedade dos contratantes consoante os costumes, o momento e o lugar em que se realiza a transação - dado que o conteúdo da boa-fé é mutável conforme a época e o contexto cultural de cada sociedade.

Deste modo, o nível de liberdade das partes em um negócio jurídico, garantida pelo princípio da autonomia privada, pode ser modulado a partir da consideração do conteúdo imanente da boa-fé, que, em um movimento de direção contrária à daquele princípio, instrumentaliza o juiz – munindo-o do poder de criação jurídica – no intento de regradar o negócio jurídico.

E, no decorrer da história, a partir da revolução industrial e do conseqüente desenvolvimento do capitalismo, o crescimento geométrico, em quantidade e complexidade, das relações sociais e econômicas contingenciou a legitimação do efeito restritivo à autonomia da vontade, alcançado pela boa-fé.

A teoria tradicional das obrigações, no regime ocidental capitalista tinha seu substrato nas ideias da propriedade privada dos bens de produção e na liberdade de contratar, seu corolário mais importante⁷⁵ (GRAU, 1996). Essa teoria, contudo, foi alterada e reformulada pelo dirigismo contratual (JOSSERAND *apud* AGUIAR JR, 2000). Conforme explica Ruy Rosado de Aguiar Jr.,

O contrato passou a ser visto não apenas como instrumento de regulação da vontade, meio de administrar interesses privados, exercício da autonomia privada, poder de dispor de seus interesses, mas também como instrumento de ordenação da economia, um meio de realizar os fins do Estado. Menos serve para construir e realizar a vontade do indivíduo, mais para construir e contribuir a que a sociedade possa atingir os seus fins econômicos, que são importantes, mas também para alcançar os fins éticos e sociais buscados pelo Estado, conforme o que está ordenado na Constituição. (AGUIAR JR., 2000, p. 12-13)

Desta forma, o ex-Ministro do STJ entende que, para além de um conceito ético, a boa-fé consubstancia também um conceito econômico, adstrito à funcionalidade econômica do contrato e à serviço da sua finalidade econômico-social (AGUIAR JR., 1995).

Cada vez mais a relativização do princípio da *pacta sunt servanda* ganhou espaço, de modo a permitir a estima da boa-fé não só na realização dos contratos, mas também nos períodos anterior e posterior à sua execução, de modo que advém a necessidade de se

⁷⁵ Pois é através do contrato que se dá a produção, a circulação e o consumo dos bens (GRAU, 1993).

observar a sua função social⁷⁶ antes mesmo de sua perfectibilização, motivo pelo qual se pode estabelecer o vínculo obrigacional já a partir de uma mera tratativa, de uma proposta ou de uma oferta. Conforme Aldemiro Rezende Dantas Junior,

À medida que as relações sociais e econômicas vão se mostrando cada vez mais complexas, os deveres relativos ao adimplemento dos vínculos obrigacionais delas decorrentes se ampliam, desdobrando-se em diversos matizes e podendo surgir antes mesmo de vir a se concretizar a obrigação, ou mesmo em hipóteses nas quais a obrigação nem virá a se concretizar. (DANTAS JR., 2008, p. 1663)

Pelo que se verifica que, dado o alcance material da boa-fé objetiva ao direito privado, os deveres de lealdade e de confiança, dela iminentes, passaram a permear os vínculos obrigacionais em toda a sua extensão, carreando segurança aos negócios jurídicos desde antes mesmo de sua efetivação até o período posterior à sua execução e implicando, inclusive, em restrições ao princípio da autonomia privada.

Assim é que, a partir do século XX, observou-se a revisão da teoria contratual clássica e do entendimento positivista da lei – típicos do Estado Liberal –, com a utilização da boa-fé objetiva como ferramenta de transposição dos limites da compreensão da relação jurídica obrigacional. Conforme ensina Clóvis do Couto e Silva (2013, p. 23) “em nossos dias, cresceu extraordinariamente em importância o princípio da boa fé, em virtude da revisão por que passou a teoria geral das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias, motivadas, em grande parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico”. Ao passo que os paradigmas do estado social emergiram no Ocidente, a boa-fé objetiva ganhou espaço e relevância na mesma medida em que a autonomia privada perdeu.

No decurso, pois, do século XX, consoante aponta Franz Wieacker (1982), o movimento de recuo ao formalismo oitocentista adequou a moral econômica liberal às ideias de estado social, conformando a abertura à boa-fé. A intervenção do Estado na esfera privada, intensificada com a eclosão do Estado social, associada à adoção de sistemas abertos, viabilizou a assunção pelos juízes de uma função criadora, pautada na boa-fé objetiva, que empresta dinamicidade às relações jurídicas obrigacionais (WIEACKER, 1982). Para se furta, entretanto, a aplicação do princípio da boa-fé, do perigo de subversão da dogmática,

⁷⁶ A função social é um mandado de otimização que determina que algo deve se realizar da melhor forma possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. No caso dos contratos, a função social determina, em primeiro lugar, a observação do princípio do equilíbrio contratual; e, em segundo, o atendimento ao bem comum e aos interesses sociais (SANTOS, 2000).

deve-se lhe dar, necessariamente, justa medida de incidência (COUTO E SILVA, 2013). De acordo com Clóvis Couto e Silva,

a boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas sim como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico-matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com uma regra ética. (COUTO E SILVA, 2013, p. 42)

Ou seja, embora a intangibilidade contratual não mereça resguardo, também não se pode promover um caminho aberto ao arbítrio judicial; eis que tal arbítrio, na aplicação do princípio da boa-fé, não pode ser subjetivo (LARENZ *apud* COUTO E SILVA, 2013), devendo ser limitado pelos demais princípios jurídicos, merecedores de igual consideração, de sorte a sopesar a aplicação do primeiro.

2.3.1 A Cláusula Geral da Boa-Fé

A boa-fé objetiva é uma cláusula aberta, cujo conteúdo indeterminado é passível de ser estabelecido pelo juiz consoante as peculiaridades de cada caso concreto, por meio de um esforço criativo. Judith Martins-Costa (1998) ensina que, por serem dotadas de abertura semântica, não consubstanciando uma regulamentação completa e exaustiva de algo, objetivam direcionar o juiz para critérios de aplicação, os quais podem ser encontrados em outros espaços do sistema ou nas variadas tipologias sociais dos usos e costumes. Denomina-se, assim, como “cláusula geral”.

As cláusulas gerais consistem em técnica legislativa típica da segunda metade do século XX, quando o modo de legislar casuisticamente – na busca da letra da lei clara e precisa, do movimento codificatório – sofreu transformação, de forma a imprimir à lei características de concreção e individualidade até então peculiares apenas aos negócios privados (MARTINS-COSTA, 1998). Tal técnica legislativa confere maior flexibilidade ao intérprete, dado que, dentro das peculiaridades de cada caso concreto, alcança a possibilidade de que o juiz faça prevalecer os valores do ordenamento mesmo quando frente a uma nova situação não prevista pelo legislador (TEPEDINO, 2006, p. 207).

“A forma pela qual a cláusula geral se estrutura” (AGUIAR JR., 2000, p. 15), “é que permite a atuação inovadora do juiz”. Essa flexibilidade acaba por se estender ao próprio ordenamento jurídico, em razão de que, como esclarece Arnold Wald (2005), permite a participação da jurisprudência no preenchimento do conteúdo dos conceitos contidos nas normas, mediante as particularidades de cada caso concreto, e também no estabelecimento das consequências possíveis nas hipóteses de violação. Isso faz com que a cláusula geral implique na flexibilização do Direito Privado, afastando a rigidez do conteúdo fechado das normas, a qual dificulta a sua adaptação às necessidades das situações concretas, tendo em vista o dinamismo das mudanças sociais (WALD, 2005).

No tipo de sociedade atual, capitalista, de massa e tecnológica, essas novas situações surgem e se reproduzem como realidade mutante (TEPEDINO, 2006, p. 207), motivo pelo qual o estudo da construção de sistemas abertos e da adoção de cláusulas gerais é tão pertinente ao tratamento dos problemas da idade contemporânea. Por essa razão, nossa época assistiu irromperem, na linguagem legislativa, indicações de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, denominadas de diretivas ou normas-objetivo (MARTINS-COSTA, 1998).

Nesse contexto, “a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas consequências jurídicas que não estão predeterminadas” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 330), diferentemente das outras normas – constituídas pela técnica da casuística⁷⁷, na qual se percebe nitidamente o critério de valoração. Ademais, de qualquer forma, o sentido verdadeiro de um Código não está, como assevera Plauto Faraco de Azevedo (1989), nos dispositivos de lei descritivos e casuísticos, mas sim naqueles que fazem com que o juiz desça à singularidade do caso concreto, o que se viabiliza por meio das cláusulas gerais.

Por outro lado, tais cláusulas, com efeito, podem também gerar insegurança jurídica, na medida em que a sua vagueza implica numa generalidade que carece de delimitações de comportamento tais que não permitem que os contratantes saibam o que o juiz entenderá como sendo o “comportamento devido”. A própria Judith Martins-Costa (1998, p. 8) reconhece que, não obstante a cláusula geral tenha o mérito de gerar aberturas no sistema que atendam à dinamicidade da vida contemporânea, ela apresenta “a desvantagem de provocar –

⁷⁷A casuística, também dita técnica da regulamentação por *fattispecie*, é a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixa, da maneira mais completa possível, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7).

até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos”. E que “o problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites”.

É dessa desvantagem que sobressai, conforme preleciona Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2000) a responsabilidade que têm os juízes de agir com extremo cuidado no momento de definir o “comportamento esperado” das partes envolvidas na lide e de estabelecer qual a “norma de dever” a ser utilizada como parâmetro para a solução de cada caso concreto. Tais definições devem ser feitas sob o prisma dos costumes da época e do local em questão, dos valores da comunidade, mediante as condutas que seriam normalmente adotadas e, por isso, esperadas no lugar e nas circunstâncias em pauta, em consonância com o pensamento tópico aristotélico⁷⁸ (a busca do que é “justo”, “no aqui e no agora”).

Essa responsabilidade é inerente ao trabalho de criação do juiz. A definição da norma de conduta está vinculada ao seu poder discricionário naquele determinado caso concreto. Ou seja, ao passo que a cláusula geral abre o sistema, gerando a possibilidade do intérprete (juiz) decidir a respeito da conduta esperada diante das peculiaridades de cada caso, paralelamente, as suas decisões, na medida em que vão influir diretamente na solução dada à lide, devem ser suficientemente fundamentadas⁷⁹ para mitigar eventual sentimento de insegurança jurídica. Nesse trabalho criador, Ruy Rosado de Aguiar Jr. preleciona que

o juiz deve, mais do que em outras ocasiões, fundamentar as suas decisões, porque ele deve explicar às partes e à comunidade jurídica como e por que tais condutas foram consideradas as devidas na situação do processo, pois foi nessa norma de dever (criada por ele para o caso) que alicerçou a solução da causa.

É um trabalho bem mais complexo do que o da simples subsunção. Nesta, o juiz já tem a norma; definido o fato e escolhida uma das normas positivas aplicáveis, basta explicar as razões dessas duas proposições para que se entenda a conclusão. No caso da cláusula geral, contudo, primeiro se exige a definição da própria norma de conduta, cujo conteúdo tem de ser encontrado para o caso, e somente depois disso será feita a subsunção da conduta efetivada em relação a tal preceito. (AGUIAR JR, 2000, p. 17)

A boa-fé, como cláusula geral, não é um termo vazio; ao contrário, contém um conceito valorativo. No entanto, de acordo com a lição de Karl Larenz (*apud* FABIAN, 2002,

⁷⁸ A tópica aristotélica possui um caráter instrumental, construindo o raciocínio estabelecendo pontos de partida para a elaboração de argumentos diante de problema específico. Nesse contexto, os “tópicos” podem ser utilizados em diversas dimensões. Cada caso pode ser analisado considerando-se uma pluralidade de tópicos, e cada tópico geral pode incidir sobre uma pluralidade de problemas, justificando-se pela sua propriedade de atuar na argumentação dialética ou retórica. Por essa razão, o raciocínio tópico está sempre atrelado ao discurso a respeito de problemas concretos (MARTINS-COSTA, 1999, p. 80).

⁷⁹ A fundamentação do magistrado deve ser exposta às partes e ao sistema judiciário no qual tramita o processo, estando sujeita ao controle jurídico por meio de juízos de revisão e de eventuais sucessivos recursos.

p.60), “este conceito valorativo não é uma questão de avaliação subjetiva pela pessoa que decide, mas esta pessoa deve ser o representante e intérprete de todos aqueles que ‘pensam de forma justa’, isto significa que ele deve orientar o seu juízo nas *exigências geralmente existentes da justiça*, que são concretizadas nos princípios gerais da ordem jurídica, no sentimento jurídico e nas opiniões sobre a lealdade do povo ou dos grupos interessados⁸⁰, concretizadas na jurisprudência contínua”.

É, pois de suma importância a responsabilidade, de natureza social, do juiz, que não pode empregar mal os poderes que lhe são alcançados pelas cláusulas gerais porque os limites do seu exercício criativo não estão pré-estabelecidos no sistema legislado; uma vez que ele é “aberto” pela cláusula geral, o seu operador, nas palavras de Ruy Rosado (1999, p. 15) “poderá ter de recorrer a dados e elementos metajurídicos”. O ex-Ministro do STJ salienta, entretanto, que, embora não se encontre a limitação do poder discricionário do juiz no sistema legislado, ela acaba sendo estabelecida por outra via, pela opinião da academia, das universidades, das entidades que se organizam em defesa dos interesses setoriais e, sobretudo, pelos enunciados orientadores de direitos e de valores vinculados aos princípios constitucionais a que cada cláusula geral remete.

Portanto, não há espaço para a arbitrariedade na tarefa criativa do juiz em um sistema que compreenda cláusulas abertas porque, nele, o seu ofício consiste na busca pela materialização dos valores já existentes, dispersos no ordenamento jurídico que acolhe a cláusula geral, como, por exemplo, na sua Constituição e nos princípios nela ínsitos, de maneira implícita ou explícita – o que Judith Martins-Costa (1998, p. 7) denomina de “atividade de concreção desses princípios”. E tal limitação se presta a impedir a repetição de decisões arbitrárias, que não se coadunem com a realidade social (AGUIAR JR., 2000). Esse engendramento político-jurídico identificado pelo ex-Ministro é, com efeito, fator mitigador da desconfiança sobre a possibilidade de que haja elevada discricionariedade dos juízes na técnica legislativa das cláusulas gerais.

A partir de sua conexão com os princípios constitucionais, viabiliza-se uma leitura atualizada de sua mecânica interpretativo-integrativa que, segundo Gustavo Tepedino (2006), embora seja semelhante, não é a mesma historicamente empregada. O autor argumenta que “a Constituição é a referência de conexão axiológica entre o Código Civil e suas cláusulas gerais, em vista da concretização normativa” (TEPEDINO, 2006, p. 260). Segundo ele, o legislador

⁸⁰ Quando Larenz se refere aos sentimentos e opiniões do povo ou dos grupos interessados, aos conceitos dominantes na sociedade e à boa-fé, reflete as ideias valorativas socioéticas vigentes em determinada sociedade (FABIAN, 2002).

atual, ao elaborar suas cláusulas gerais, procura associar a elas prescrições de conteúdo diverso daquele tradicionalmente encontrado, ao longo da história, no que se refere às normas jurídicas, porque, nele, não se encontra a descrição de uma certa conduta, mas tão somente a definição de valores e parâmetros hermenêuticos, servindo assim como “ponto de referência interpretativo e oferecendo ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas” (TEPEDINO, 2013, p. 12). Nessa esteira, Ruy Rosado de Aguiar Jr. (1999, p. 13) define que “cláusula geral é a norma que deixa em aberto a descrição da conduta devida”. De modo que, ao atuar como uma “bússola hermenêutica”, agracia a atividade do intérprete com critérios axiológicos e limites para a aplicação dos outros dispositivos legais (TEPEDINO, 2006). E consoante Humberto Theodoro Jr. (2014, p. 132), “um enunciado de cunho axiológico não pode [...] ser lido e aplicado como norma preceptiva”.

A principal função de uma cláusula geral é, consoante o ensinamento de António Menezes Cordeiro (2013), a de salvaguardar uma margem mínima para integrar no sistema ocorrências decorrentes do dinamismo social, cuja prefiguração no meio legislativo é quase impossível, em função de sua natureza inusitável, tendo em vista que a ordem jurídica deve reagir às modificações sociais mesmo quando a lei não reaja.

De acordo com Judith Martins-Costa (1999), as cláusulas gerais são os instrumentos legislativos adequados para dar suporte a esta reação, porque legitimam o juiz a criar normas aplicáveis a outros casos, além daquele para o qual é proferida concretamente a decisão. Desta forma, segundo ela, as cláusulas gerais têm o atributo de viabilizar a abertura e a mobilidade⁸¹ do sistema jurídico. São, portanto, “ferramentas” de abertura, que exigem do juiz uma atuação especial, dado que a ele cabe sua utilização no objetivo de atribuir uma mobilidade ao sistema⁸² (AGUIAR JR., 2000).

Judith Martins-Costa explica que os termos intencionalmente imprecisos da *fatisppecie* contida nas cláusulas gerais afastam o risco do imobilismo, na medida em que o

⁸¹ Segundo Judith Martins-Costa (1999, p. 341), “esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema”.

⁸² Consoante a lição de Ruy Rosado de Aguiar Jr., a mobilidade do sistema pode ser externa ou interna: externa, quando o sistema se utiliza de conceitos fora de seus limites; interna, quando desloca regramentos criados especificamente para um caso, transportando-os para outras situações. O ex-Ministro do STJ exemplifica a mobilidade externa com o caso dos Tribunais que reconheceram a obrigação alimentar do concubino em favor da companheira dez anos antes da lei que reconheceu a existência dessa relação. Como exemplo de mobilidade interna, cita o caso do deslocamento da regra do art. 924 do Código Civil, criada para reduzir a cláusula penal convencional para, com a mesma norma, limitar quantitativos de multas previstas em lei (AGUIAR JR., 1999, p. 12).

princípio da tipicidade é minimizado, acarretando, assim, o que ela chama de “vantagem da mobilidade”. Nas suas palavras,

um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais. As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, **constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis**. Isso porque **conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta** não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 6-7) (grifou-se)

Com essas características, a técnica legislativa da cláusula geral possibilita que uma mesma hipótese alcance inúmeros casos, de peculiaridades distintas, porém, com características específicas aglutinadas pela via jurisprudencial, em vez da legal; pelo que Judith Martins-Costa (1998, p. 8), ao conceituar a cláusula geral do ponto de vista da técnica legislativa, preleciona que ela “constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”.

As cláusulas gerais são, assim, “normas jurídicas vazadas em um ou mais conceitos vagos destinados a deixar em aberto a questão dos exatos contornos do seu âmbito de incidência” (COELHO, 2005, p. 30), sem, por isso, deixar de fundamentar as soluções dos casos. Retomando a lição de Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2000, p. 15), pode-se inferir que tais soluções podem ser viabilizadas pela aplicação da “tópica, que é ‘técnica de pensamento orientado por problemas’, e serve para resolver a seguinte questão: o que, aqui e agora, é o justo”.

Os enunciados apostos nas cláusulas abertas, pela sua vagueza semântica constroem uma “moldura” que promove “a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de *concreção* desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7). E a mecânica dessa formulação se perfaz por meio de um processo de retroalimentação entre a cláusula geral e a jurisprudência, que consubstancia a regulação geral dos casos, assim explicado por Judith Martins-Costa:

Pouco a pouco a jurisprudência formará espécies de ‘catálogos de casos’ em que foi similar a *ratio decidendi*, podendo estes se expressarem inclusive através de súmulas. Estes casos serão reconduzidos à cláusula geral [...], adquirindo, assim, as normas decorrentes da dicção judicial o caráter de norma aplicável a outros casos em que se verificam circunstâncias idênticas ou similares (‘norma geral’). Ter-se-á, pois, progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao do particular) dos casos, sem que seja necessário traçar, na lei, todas as hipóteses e suas consequências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação de novos casos. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 331-332)

Consoante essa mecânica, as cláusulas gerais contribuem para, conforme Fátima Nancy Andrighi (2008, p. 290), “manter o diploma legal a seu tempo, coevo”. De acordo com Ubirajara Mach de Oliveira (1997, p. 45), “as cláusulas gerais, introduzidas adequadamente num Código central, caracterizam um elemento ao mesmo tempo unificador e vivificador dos ordenamentos, integrando os microssistemas constantes de leis extravagantes”.

De forma que, em nosso país, o legislador, em conformidade com a orientação e as experiências de outros países, principalmente os europeus, defrontado à questão da insuficiência das leis tipificadas para oferecer soluções aos problemas atuais – chamados de *hard cases* pelos americanos –, adota a cláusula geral como método legislativo, provocando a vagueza de conteúdo, cujo preenchimento fica a cargo do intérprete, enquanto juiz de cada caso concreto (ANDRIGHI, 2008). De acordo com Fátima Nancy Andrighi,

Os juízes brasileiros estão encerrando uma época e um modo de julgar, cuja atribuição era de apenas enquadrar o fato à norma, reconhecendo seus efeitos, para ingressar em uma nova época, cuja função jurisdicional exige a criação da norma para o fato concreto, sempre respeitando os princípios constitucionais aos quais a nenhum intérprete do Direito é permitido olvidar. Desse rico cenário jurídico, surge o poder criador do juiz, cuja chave-mestra é a alvissareira cláusula geral. (ANDRIGHI, 2008, p. 291)

Esclarece Judith Martins-Costa (1999), entretanto, que nem sempre a legislação brasileira privilegiou, explicitamente, a cláusula geral. Ensina, a título de exemplo, que, na tradição do direito brasileiro, foi conotada à expressão “boa-fé” a sua acepção subjetiva, como constava nas regras dos artigos 221 e 490, ambos *caput* e parágrafo único (MARTINS-COSTA, 1998). Segundo a autora, até a vigência do Código Civil de 2002, a função similar à cláusula geral era desempenhada, no direito das obrigações, pelo *princípio da boa-fé*, como princípio inexpresso legislativamente – não inserido, porém, em cláusula geral. Explica ela que, mesmo assim, o princípio da boa-fé objetiva vinha sendo utilizado pela jurisprudência, principalmente nos anos que antecederam a promulgação do Código de 2002, como se fosse

uma cláusula geral, mediante “um engenhoso artifício, qual seja o de dar caráter e, principalmente, função de cláusula geral ao princípio inexpresso que resultaria do conjunto das disposições do Código Civil [de 1916] em matéria obrigacional” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 382). No mesmo sentido, Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2000, p. 18) esclarece que “antes de termos a cláusula geral expressa na legislação civil, tínhamos o princípio não expresso da boa-fé, implicitamente admitido e decorrente do sistema”.

Contudo, não se sentiu o legislador do Código Civil de 2002, como aponta Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 132), “capacitado a normatizar detalhadamente e com plena eficácia os direitos conquistados pela sociedade contemporânea”, de forma que se viu obrigado a lançar mão da técnica legislativa da cláusula geral, que prestigia os critérios hermenêuticos. Segundo ele, “com esse propósito incrementaram-se as normas *descritivas* ou *narrativas*, cuja tônica não é preceptiva, mas axiológica”. Assim, o atual Código Civil vale-se de expedientes destinados, não só à criação de preceitos, mas também à fixação de valores a serem respeitados no cumprimento desses preceitos, no comprometimento com a eticidade, com a função social do contrato e com a boa-fé (THEODORO JR., 2014).

A progressiva perda de centralidade interpretativa do Código de 1916, com o azo dado a uma pluralidade de fontes normativas, deu lugar a uma reunificação do direito privado, alicerçada pela principiologia constitucional (TEPEDINO, 2006). Destarte, a difícil trajetória percorrida pela boa-fé objetiva, até o declínio das convicções liberais, foi finalmente concluída com a sua consagração nos artigos 112, 113, 421 e 422 do atual Código Civil, pelos quais o modelo objetivo de conduta prescrito pela boa-fé foi positivado, em definitivo, como uma cláusula geral. E, como tal, a boa-fé objetiva passou a integrar o nosso ordenamento jurídico explicitamente, com a roupagem de sua versão original germânica, que “assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato” (TEPEDINO, 2006, p. 142).

Uma vez inserida no sistema de cláusulas gerais, a boa-fé faz com que tanto as partes quanto os operadores do direito se adequem a uma hermenêutica teleológica do negócio jurídico, como esclarece Agathe Schmidt da Silva:

Sistemas de cláusulas abertas exigem uma nova forma de interpretação dos negócios, das lides, da solução de conflitos. A aplicação da cláusula geral de boa-fé exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido de substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase na finalidade que os postulados normativos procuram atingir. (SILVA, 1996, p. 156)

E essa hermenêutica teleológica pressupõe a compreensão da relação obrigacional não na sua concepção estática (aspecto externo), que a enxerga basicamente como *vínculo*, mas como um *processo*⁸³ (COUTO E SILVA, 2013), com uma estrutura de múltiplos deveres, estados, situações e poderes que possam decorrer do vínculo (aspecto interno):

A boa-fé objetiva aí desempenha um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os chamados operadores do direito passam a ser vistos como os verdadeiros autores, e não meramente como seus aplicadores, recipiendários ou destinatários. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 382)

Deve-se, portanto, entender a relação obrigacional como uma *totalidade concreta*⁸⁴, que se desenvolve, nas palavras de Judith Martins-Costa (1999, p. 382), através de um “processo dinâmico polarizado por uma finalidade”.

2.3.2 Boa-Fé Objetiva no Direito Brasileiro

No Direito brasileiro, o primeiro registro de inserção da boa-fé pode ser observado nas Ordenações Filipinas⁸⁵, de 1603. Mais de dois séculos depois, ela foi positivada no Código Comercial de 1850, em seu art. 131⁸⁶, não tendo recebido, no entanto, tratamento adequado pela doutrina e pela jurisprudência, conforme aponta Teresa Negreiros (1998), dado que ficou restrita apenas à função de interpretação integrativa dos contratos – contrapondo-se à interpretação literal das cláusulas –, carecendo de reconhecimento de seu papel de criação de

⁸³ A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva* (MARTINS-COSTA, 1999, p. 394).

⁸⁴ Maria Cláudia Cachapuz ensina que Karl Larenz “visualiza a relação de obrigação como uma relação jurídica concreta, para a qual concorrem pessoas determinadas, circunstâncias de espaço e tempo (pressuposto de historicidade) e todo um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas. Não há [...] posições estanques entre devedor e credor, mas uma dinâmica exigida pela própria aplicação da ideia de obrigação ao caso concreto.

Percebe-se, ainda, em Larenz, um abandono completo da ideia de mitologização do todo (abandono da teoria organicista) [de Heinrich Siber], bem como do pensamento de que a totalidade da relação jurídica nasce da soma dos elementos ou partes que a compõem. Ao contrário, reporta-se a uma visão de conjunto (*gefuge*), em que há uma necessária conexão entre todos os elementos para a construção da relação jurídica obrigacional (CACHAPUZ, 1997, p. 134).

⁸⁵ Livro I, Título LXII, § 53.

⁸⁶ Art. 131, C. Com. 1850 – “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

deveres. Essa função interpretativa também pode ser constatada no Projeto de Código Comercial⁸⁷ de 1911, organizado por Herculano Marcos Inglez de Souza (SLAWINSKI, 2015). A limitação à função interpretativa da boa-fé nos Códigos Comerciais na visão de Gustavo Tepedino (2006) deve-se à compreensível desconfiança que gerava por força da elevada carga discricionária que, de outra forma, poderia ser disponibilizada ao juiz.

Reapareceu no ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil de 1916, elaborado sob o influxo das ideias pandectistas da segunda metade do século passado. Naquele Código, não havia regra genérica que se referisse expressamente à boa-fé na formação ou execução dos contratos como as dos artigos ou parágrafos 1.134 do Código Civil francês, 242 do BGB, 1.337 do Código Civil italiano e 227 do Código Civil português (AZEVEDO, 1996). Ficou, assim, restrita às hipóteses de ignorância excusável, nas questões possessórias⁸⁸ e de direito de família⁸⁹. Apesar dos antecedentes históricos nacionais e embora Clóvis Beviláqua tenha feito constar inúmeras remissões à boa-fé objetiva, foram feitas apenas referências esparsas ao instituto, nos artigos 1.443 e 1.444 daquele Código, o que não bastou para alçá-lo ao *status* adquirido no direito germânico após o BGB. Judith Martins-Costa explica que

a pretensão da plenitude, a preocupação com a segurança, certeza e clareza (no sentido de precisão semântica) que marcam a obra de Beviláqua não permitiram espaço para a inserção de cláusulas gerais e, por isso, a boa-fé ficou restrita às hipóteses de *ignorância excusável*, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória. A incipiente classe dos comerciantes, o tolhimento da atividade comercial típica do liberalismo pela forte intervenção estatal na atividade econômica privada [...] não ensejou, por sua vez, o desenvolvimento mais ou menos livre do direito dos comerciantes, como ocorrera na Alemanha, com tantos frutos para a inserção da boa-fé objetiva no ambiente juscultural vigente. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 267)

Essa omissão do Código Civil de 1916 reflete, de acordo com Antonio Junqueira Azevedo (1992), a mentalidade capitalista do final do século XIX, focada na segurança da

⁸⁷ Art. 714, Projeto C. Com. – As palavras do contrato devem entender-se segundo o uso do lugar em que foi celebrado o mesmo contrato e no sentido em que as costumam empregar as pessoas da profissão ou indústria a que disser respeito o ato, posto que, entendidas as palavras doutro modo, possam significar coisa diversa.

Art. 715, Projeto C. Com. – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além da regra do artigo antecedente, será regulada da maneira seguinte:

I – a inteligência, simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e o verdadeiro espírito e a natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

⁸⁸ Art. 490, CC/1916 - É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção da boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

⁸⁹ Art. 221, CC/1916 - Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória. Parágrafo único. Se um dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão.

circulação das mercadorias e no desenvolvimento das relações jurídicas, em detrimento da justiça material dos casos concretos. Para suprir, entretanto, essa ausência, a doutrina e a jurisprudência da época apoiaram-se no art. 85 daquele diploma, bem como no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (VARELA, 1978). De modo que, ainda assim, o conteúdo da *boa-fé conduta* se pronunciava no direito das obrigações da época, a despeito de estar, o Código Civil vigente, alijado de artigo similar ao § 242 do BGB, conforme ensina Clóvis do Couto e Silva (2013, p. 33-34), quando assevera que tal inexistência não impedia que o princípio tivesse vigência em nosso direito das obrigações, por se tratar de “proposição jurídica, com significado de regra de conduta”, contribuindo “[...] para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixava, também, os limites da prestação”.

No Anteprojeto do atual Código Civil de 2002⁹⁰, subscrito em 1972 por Miguel Reale *et al*, foram dedicadas novamente duas disposições à boa-fé⁹¹. Foi, no entanto, apenas na redação final da Câmara dos Deputados, em 1984, que o referido projeto de Código Civil avançou para além da sua função interpretativa (art. 112), apresentando dois dispositivos, que, além de explicitarem os valores primordiais da boa-fé e da probidade, limitaram o exercício da liberdade de contratar às fronteiras da finalidade social dos contratos⁹² (art. 420 e 421). E, na Constituição Federal de 1988, a ideia de *função social do contrato* ficou claramente evidenciada⁹³, desafiando a concepção clássica de que os contratantes têm plena liberdade em razão de estarem no exercício da autonomia da vontade, impondo, ao operador do direito, a proibição de se enxergar o contrato como um átomo, ou seja, como algo que, dizendo respeito somente às partes, não seja, na verdade, do interesse de toda a sociedade (AZEVEDO, 1993).

O *status* constitucional da função social do contrato, de acordo com Antonio Junqueira de Azevedo (1993), reforçou o que já estava consagrado, na legislação ordinária, como comportamento que deveria ser perseguido por terceiros perante a vigência de contrato entre as partes; o que significa, na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2004), o reconhecimento

⁹⁰ Com o Projeto de Código Civil em referência, no qual foi imposto às partes guardar, na conclusão e na execução do contrato, os princípios da boa-fé e da probidade, passa o princípio da boa-fé nos contratos a determinar a conduta das partes segundo os padrões de lealdade, no Direito Brasileiro (SLAWINSKI, 2015).

⁹¹ Art. 111, Anteprojeto do CC/2002 – Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 112, Anteprojeto do CC/2002 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁹² Art. 420, Título V, Anteprojeto do CC/2002 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 421, Título V, Anteprojeto do CC/2002 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

⁹³ O inciso IV do art. 1º, da CF/1988 fixa o valor social da livre iniciativa como um dos fundamentos da República.

da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, e, assim, a possibilidade de um maior controle da atividade das partes. Pelo que Gustavo Tepedino (2006, p. 251) ensina que, em última análise, a função social importa na “imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente”. Como, entretanto, a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente, a tarefa operacional, dentro do ordenamento jurídico, de emprestar-lhe alcance material fica a cargo da doutrina e da jurisprudência, as quais, para tanto, devem recorrer, entre outros, ao princípio da boa-fé. Nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2014, p. 108), “cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”.

Essa tarefa tem como suporte, na verdade, a *interpretação* sistemática do ordenamento jurídico, a dar azo à conformação dos limites dos espaços de liberdade dele emanados, inclusive, no que tange à autonomia privada. Nesse sentido, Menezes Cordeiro (2013, p. 1231) ensina, a *contrario sensu* de significativa parte da doutrina, que não há que se falar em “função social e econômica” dos direitos ou de outras posições jurídicas, mas que se deve verificar, em cada caso concreto, “até onde vai o espaço de liberdade concedido pela ordem jurídica, utilizando, para tanto, todas as dimensões da interpretação”. De acordo com o autor,

Quando, em Direito Civil, se fala na função social e econômica dos direitos, tem-se, pois, outra realidade em vista. Quando o Direito atribua ou reconheça, às pessoas, espaços de liberdade, genéricos ou específicos, pressupõe, à partida, campos de livre arbítrio; a referência a uma função social e econômica exprime a ideia de que a discricionariedade aí implícita não seria total: os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social e econômico que presidiu à sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – quer social – função social, a que se pode acrescentar o complemento de econômica. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 1231)

Do que se depreende que, com efeito, o espaço de liberdade defendido pelas convicções liberais estava adstrito, na verdade, a objetivos coletivos que, em última análise, são os seus garantes. Assim, a liberdade reconhecida pelo Direito pressupõe que a arbitrariedade dela decorrente seja cercaniada pela exigência da adequação social dos comportamentos, de modo que eles não possam oferecer potencial lesivo à sociedade.

Finalmente, com a sua promulgação em 2002, o atual Código Civil brasileiro terminou por consagrar a boa-fé objetiva, em matéria obrigacional, nos arts. 112, 113, 421 e 422. Todavia, cerca de uma década antes, a função social do contrato já fora apontada de forma

alva pela Constituição Federal de 1988, que a fixou como um dos fundamentos da República. De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo,

No direito brasileiro, o status constitucional da função social do contrato veio tornar mais claro, reforçar, o que, em nível da legislação ordinária, já estava consagrado como comportamento a seguir, pelos terceiros, diante do contrato vigente entre as partes. Esse dever de respeito já existia por força do art. 159 do Código Civil, preceito que constitui verdadeira "cláusula geral" no nosso sistema – e que é tanto mais forte, na exigência de um comportamento socialmente adequado, quanto mais longa e conhecida e pública a duração do contrato, porque tudo isto agrava a culpa pelo desrespeito, como nos casos dos contratos de fornecimento. (AZEVEDO, 1993, p. 116)

Além disso, em 1990 - dois anos após a promulgação da Constituição Federal-, o Código de Defesa do Consumidor positivou a boa-fé objetiva em dois dos seus artigos, tendo referido-a também, de modo implícito, em vários outros.

2.3.3 Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor

O desenvolvimento acelerado do capitalismo pós-revolução industrial e o advento do fenômeno da sociedade de massas fizeram eclodir abusos praticados por agentes econômicos em face de contratantes mais vulneráveis; e a necessidade de protegê-los, coibindo tais abusos em relações contratuais de massa, deu azo a várias medidas protetivas em prol dos consumidores, entre as quais a mais marcante é a Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor – CDC (TEPEDINO, 2003).

E foi justamente nesse microsistema de tutela dos consumidores que surgiu, nas palavras de Gustavo Tepedino (2003, p. 140) “a primeira previsão moderna da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo” - PNRC. As *normas objetivo*⁹⁴ do artigo 4º do Código apontam, como objetivos da PNRC, a transparência e a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo, para que se dê azo aos princípios nos quais se funda a ordem econômica, de forma a se respeitar a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (MARTINS-COSTA, 2015). No inciso III de seu art. 4º, o CDC, lastreado no princípio da harmonização de interesses conflitantes, compatibiliza a necessidade de proteção dos vulneráveis com a do desenvolvimento econômico e tecnológico (AGUIAR JR., 1995). E a compatibilização desses interesses, consoante a lição de Ruy Rosado de Aguiar Jr. (1995), é viabilizada pelo princípio

⁹⁴ Normas objetivo são aquelas que implementam quaisquer finalidades de políticas públicas (MARTINS-COSTA, 2015).

da boa-fé, que, mencionado expressamente no texto do referido inciso III, atua como critério auxiliar para a consecução das prescrições constitucionais sobre a ordem econômica, dispostas no art. 170 da Constituição Federal. Segundo ele,

Isso traz à tona aspecto nem sempre considerado na boa-fé, consistente na sua vinculação com os princípios socioeconômicos que presidem o ordenamento jurídico nacional, atuando operativamente no âmbito da economia do contrato. Isso quer dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim o determinar. (AGUIAR JR., 1995, p. 23)

O que vem ao encontro do já propugnado a respeito da função social do contrato; ou seja, o mesmo prisma que serve de referência para o entendimento de que a autonomia privada pode ser relativizada, também dá suporte para a compreensão de que o princípio da boa-fé não se presta apenas para escudar a parte mais fraca, mas também o interesse social imbricado na ordem econômica. Eros Roberto Grau (1993, p. 183) aponta, nesse sentido, que a boa-fé “expressa fundamental exigência que está à base da sociedade organizada, desempenhando função de sistematização das demais normas positivadas e direcionando sua aplicação”.

Ruy Rosado (1995) identifica que o art. 4º do CDC dirige-se ao aspecto externo⁹⁵ dos contratos (função social), estipulando que a intervenção na economia contratual deva ocorrer com base na boa-fé, “com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica, através de comportamento fundado na lealdade e na confiança”. O autor explica que “a boa-fé serve para realçar que esta [função social do contrato] não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue” (AGUIAR JR., 1995, p. 24).

Salienta o ex-Ministro, entretanto, que, no inciso III do art. 4º do CDC, a boa-fé aparece como um princípio orientador da interpretação, e não como cláusula geral para a definição de regras de conduta. Nas suas palavras, ela “é um marco referencial para a interpretação e aplicação do Código, o que seria até de certo modo dispensável, pois não se

⁹⁵ Ruy Rosado ensina que são dois os lados do contrato iluminados pela boa-fé: externamente, ele assume uma função social, configurando-se como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica; internamente, “aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio” (AGUIAR JR., 1995, p. 24).

concebe sociedade organizada com base na má-fé, não fosse a constante conveniência de acentuar a sua importância” (AGUIAR JR., 1995, p. 23).

Em sentido contrário, contudo, é o entendimento de Gustavo Tepedino (2003), que assevera que a concepção de boa-fé adotada pelo CDC compreende uma proposição jurídica com significado de regra de conduta (boa-fé conduta), entendimento avalizado por Clóvis do Couto e Silva (2013, p. 33). E, na visão de Agathe Schmidt da Silva (1996), no Direito do Consumidor, a boa-fé também tem uma função sócio-econômica, porque, quando os interesses dos consumidores e fornecedores estão em contraposição, a boa-fé é uma pauta de orientação para conseguir uma harmonia ou um equilíbrio entre ambos, garantindo o comportamento dos contratantes pelo qual cada um deles possa realizar seus fins ou expectativas do negócio.

No que diz respeito ao inciso I do art. 4º do CDC, Judith Martins-Costa (2015) chama a atenção para a importância do postulado normativo da vulnerabilidade do consumidor, fundamentado no reconhecimento legal da assimetria estrutural entre as partes envolvidas nas relações de consumo. A característica presumida de vulnerabilidade do consumidor mostra-se essencial para o balizamento da Política Nacional das Relações de Consumo. Por esta razão, Judith Martins-Costa afirma que o microssistema consumerista

Abriga normas inderrogáveis destinadas a sancionar situações que, mesmo não derivando de uma “intransparência” ou de uma violação à boa-fé como *standard* de conduta, não são validamente admitidas. Boa-fé, vulnerabilidade e transparência são, portanto, naquele âmbito, *noções interligadas*, tendo a boa-fé, entre suas funções, a de aumentar a carga de deveres informativos do fornecedor em vista de minimizar a vulnerabilidade do consumidor por meio da dação de informação veraz, útil e completa aos fins a que se destina (“transparência”). (MARTINS-COSTA, 2015, p. 302)

A partir do marco de reconhecimento legal da vulnerabilidade do consumidor, instituído pelo CDC, Judith Martins-Costa (2015, p. 303) salienta “o peculiar sentido adquirido pela boa-fé nas relações de consumo”, que “encontra expressão em duas ideias-força: a de ‘equilíbrio’ e a de ‘transparência’”.

Além de instrumentalizar a compensação da vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé no CDC também se presta à proteção da *confiança legítima* (confiança objetivada), por meio do *princípio da confiança*, o qual Judith Martins-Costa (2015) identifica expresso em regras do Código consumerista, como a que permite a possibilidade de arrependimento do consumidor. Segundo ela,

Considera-se que à posição de supremacia (econômica, técnica e informativa) do fornecedor é correlato o “investimento de confiança” por parte do consumidor acerca das qualidades do produto ou do serviço e das informações que lhe estão sendo prestadas. Por outro lado, a posição de supremacia pode levar a abusos. Por esta razão, justifica-se a forte atuação corretora da boa-fé em sua função de limite ao exercício jurídico [...].

Em razão da própria racionalidade do Direito do consumidor, nessa seara, a intensidade jurisprudencial da boa-fé será conformada conjuntamente ao postulado fático-normativo da vulnerabilidade do consumidor, impondo deveres ao consumidor que crescem (ou “otimizam”) os deveres de fonte legal de “equilíbrio” e de “transparência”. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 307)

Ainda consoante a identificação da assimetria da relação de consumo e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o Código consumerista, na esteira de seu art. 4º, implementou vários instrumentos protetivos com o propósito de equilibrar tal relação, dado que potencialmente desnivelada na sua origem. Conforme esclarece Gustavo Tepedino,

No intuito de atender às “necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º), valeu-se o código consumerista de uma série de instrumentos como a responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não-taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor como o **direito à adequada informação** sobre o produto e à inversão do ônus da prova, e assim por diante. (TEPEDINO, 2003, p. 140) (grifou-se)

Outra manifestação explícita ao princípio da boa-fé incorporada no Código consumerista encontra-se no seu art. 51, IV, que proíbe as cláusulas que violem a boa-fé, afirmando serem nulas de pleno direito as cláusulas que importem em obrigações iníquas ou abusivas, que contrariem a boa-fé ou a equidade, com o intuito de assegurar o equilíbrio nas relações de consumo. O objetivo da norma, então, é impedir que fornecedores e consumidores desrespeitem a regra de conduta pautada na boa-fé objetiva, que deve orientar as relações de consumo.

E, além das manifestações explícitas verificadas nos arts. 4º e 51, o CDC contém vários outros dispositivos que contemplam o instituto da boa-fé implicitamente, exigindo-a dos atores das relações de consumo. A atuação dos envolvidos deve, necessariamente, ser pautada pela veracidade e pela transparência; qualquer objetivo de locupletação ou, mesmo, de lucro fácil que possa impor prejuízos a outrem, deve ser coibido. O contrato entre eles tem de ser um objeto de cooperação, que seja passível de angariar vantagens para ambos.

O princípio da transparência encontrou ressonância particular no Direito do Consumidor. Em função disso é que a legislação do consumidor contém diversas presunções legais, absolutas ou relativas, para assegurar o equilíbrio entre as partes e conter as formas

sub-reptícias e insidiosas de abusos e fraudes engendradas pelo poder econômico para burlar o intuito de proteção do legislador (ALMEIDA, 2003).

Pelo que se conclui que a regra de conduta emanada do princípio da boa-fé, nas relações de consumo, não se dirige apenas aos fornecedores, alcançando também os consumidores, exigindo uma relação de confiança mútua. Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva assevera que

Exige o CDC a boa-fé dos contratantes porque pressupõe o contrato não como síntese de interesses contrapostos ou pretensões antagônicas, mas como instrumento de cooperação entre as partes, que devem comportar-se com lealdade e honestidade, de maneira que não frustrem mutuamente as legítimas expectativas criadas ao redor do negócio jurídico. (SILVA, 2003, p. 71)

Portanto, seja de maneira implícita ou explícita, a boa-fé objetiva foi positivada pelo Código consumerista, podendo-se afirmar, inclusive, como o faz Cláudia Lima Marques (2002, p. 671), que ela é “seu princípio máximo orientador”.

2.3.4 Funções da Boa-Fé Objetiva

Existem várias funções que são desempenhadas pela boa-fé objetiva no intento de assegurar a equidade, a solidariedade e a razoabilidade das relações negociais, dentre as quais algumas podem, inclusive, ser identificadas no nosso atual Código Civil. Não há, entretanto, na doutrina, uma unanimidade no que se refere à quantificação e à classificação dessas funções, mormente porque, para a consecução das finalidades do princípio, elas acabam interligando-se, sem delimitações suficientemente precisas, que pudessem justificar uma classificação rígida. Todavia, neste trabalho, filiar-mo-nos-emos ao entendimento de Judith Martins-Costa (1998) que aponta que a boa-fé, na sua acepção objetiva, atua em três direções: na de norma de interpretação e integração do contrato; na de limitação ao exercício de direitos subjetivos e na de fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes.

2.3.4.1 Função de Interpretação e Integração

Consoante a função interpretativa, o operador do direito ampara-se na boa-fé como uma diretriz hermenêutica, com suporte no entendimento de que os contratos devem ser interpretados de acordo com uma expectativa de lealdade e de honestidade das partes. Está positivado no art. 113 do Código Civil, veículo da eticidade.

No que se refere ao Direito do Consumidor, a hermenêutica contratual consentânea à boa-fé objetiva alicerça-se também no art. 47 do CDC, que propugna a interpretação das cláusulas contratuais da forma mais favorável ao consumidor, ao coadunar-se com o art. 113 do CC, que determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

E, na esteira do artigo 112 do mesmo CC, a boa-fé desempenha sua função interpretativa evidenciando o princípio da intencionalidade ao privilegiar a vontade das partes – livre de vícios – em detrimento da literalidade das cláusulas contratuais, de forma que o “sentido” pretendido pelas partes deve servir de filtro interpretativo para o juiz na busca da equidade e da razoabilidade na solução de eventuais conflitos:

Nesse processo hermenêutico, cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado.

Por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração. (COUTO E SILVA, 2013, p. 35-36)

Há que se ter em mente que o foco da atividade interpretativa deve ser a realização dos objetivos do negócio jurídico, ou seja, a viabilização de que ele produza os efeitos que foram almejados pela vontade das partes, afinal, tal é a razão da sua existência. A “utilidade” do negócio jurídico não pode ser outra senão a consecução desses resultados. A função interpretativa da boa-fé vai, então, ao encontro do dever de colaboração entre os contratantes, dado que parte, justamente, do princípio de que não pode haver manifestações contratuais de má-fé por parte de ambos. Pelo que Clóvis do Couto e Silva (2013, p. 36) assevera que “o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, podem manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé”.

A solução de qualquer conflito deve, portanto, ter em mira a finalidade do contrato em questão – interpretação teleológica – e, nessa medida, assumindo-se que as vontades manifestadas se coadunaram com a boa-fé das partes, o princípio da intencionalidade ganha relevância hermenêutica central. Assim, a boa-fé catalisa o dever, que tem o juiz, de concretizar o mandamento de respeito à recíproca confiança, que cabe às partes contratantes, “por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 437).

Quando o juiz é chamado à tarefa de alinhar eventuais desajustes nas relações obrigacionais ou contratuais, muitas vezes decorrentes de situações imprevistas, sobrevivendo lacunas nas disposições pré-estabelecidas, a boa-fé serve como uma via para a adequada realização do plano legal de ordenação do contrato (WIEACKER, 1982), atuando como parâmetro de interpretação integrativa e auxiliando o preenchimento de lacunas criadas pela incidência de eventos fenomênicos e jurídicos na relação contratual, que não tenham sido previstas pelas partes⁹⁶ (MARTINS-COSTA, 1999). Diante disso, Judith Martins-Costa (1999, p. 429) explica que “a boa-fé atua, como cânone hermenêutico integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto”. Pelo que a autora trata a função interpretativa integrativa como uma “diretriz de comportamento” (MARTINS-COSTA, 1998).

Serve tal função, então, como um vetor interpretativo que orienta o juiz a partir da consideração das normas contratuais como um “complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida”, além de desempenhar “exponencial papel nos casos de aplicação da teoria da aparência” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 430 e 435). Desta forma, a boa-fé objetiva utilizada como cânone hermenêutico-integrativo, é ferramenta essencial no campo metodológico, porque permite a sistematização das decisões judiciais, indo além do apelo à ética; “é noção técnico-operativa dotada de um real valor prático” que substitui a necessidade de emprego de outros princípios ou noções demasiadamente genéricos – o princípio da solidariedade social e as noções de vedação ao enriquecimento sem causa, abuso de direito, equidade, ou correção e honestidade (MARTINS-COSTA, 1999, p. 436).

2.3.4.2 Função de Limite ao Exercício de Direitos Subjetivos

Nesta função, a boa-fé atua como baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, quando ela se conecta funcionalmente à confiança, vedando o comportamento contraditório ou desleal. Enquanto a confiança sintetiza a proteção das legítimas expectativas, a boa-fé traduz as exigências de probidade e correção no tráfego

⁹⁶As situações não pensadas nem manifestadas pelas partes no momento do pacto, uma vez que não estão consignadas nas suas declarações de vontade, consoante Judith Martins-Costa (1999, p. 431), só podem ser inferidas do módulo contratual considerado, por Karl Larenz, como “regulação vigente quando do sentido total da regulação”, considerando o *contrato* como “negócio jurídico, fenômeno dotado de sentido que transcorre no tempo”; e *relação contratual* como “regulação posta em vigor mediante o contrato, válida e subsistente no tempo” (LARENZ *apud* MARTINS-COSTA, 1999, p. 430-431).

jurídico (MARTINS-COSTA, 2008). E, nessa conexão, no plano eficaz, são apontadas diversas possibilidades técnicas de coibição do exercício de direitos e poderes formativos quando violadores de uma confiança que tenha sido suscitada de forma legítima. Conforme ensina Judith Martins-Costa

Essa violação importará em ilicitude por exercício inadmissível (abuso) como ocorre, por exemplo, nas situações em que é vedado *venire contra factum proprium*; ou nos casos de paralisação do exercício de direito subjetivo em formas atípicas, aproximativas da preclusão ou decaimento que podem levar à supressão e à ressurreição de direitos (*supressio e surrectio*); e ainda, na coibição dos casos de contrariedade de condutas agrupados sob a rubrica *tu quoque* para além dos casos em que a boa-fé veda a alegação de nulidades formais, quando as nulidades não atingem a substância do ato, sendo conhecidas pela contraparte, que as tolera. (MARTINS-COSTA, 2008, p. 134)

Com o objetivo de limitar o exercício do direito das partes de um negócio jurídico para que elas não incorram em práticas abusivas, esta função está, no direito brasileiro, positivada no art. 187 do Código Civil⁹⁷, que aponta a hipótese de exercício abusivo de um direito que transgrida os limites estabelecidos pela boa-fé ou pelos bons costumes⁹⁸. Ao tratar dos avatares do abuso do direito, Judith Martins-Costa (2008) destaca que, para além de sustentar os casos tradicionais de abuso, como os decorrentes de desequilíbrio de posições jurídicas, a boa-fé do art. 187 enseja um virtuoso leque de possibilidades ao ordenamento jurídico pátrio, por conta de sua vocação sistematizadora⁹⁹.

Cada pessoa, ao exercer os direitos que detém, deve, consoante o princípio da razoabilidade, zelar pela proteção dos direitos alheios, de forma que as manifestações da sua vontade não destoem da boa-fé objetiva. Nas palavras de Christoph Fabian (2002, p. 62) “todo direito é limitado pela boa-fé. Fora ou contra a boa-fé não existe nenhum direito subjetivo. Tais interesses jurídicos não merecem proteção. O exemplo mais significativo para a limitação de direitos pela boa-fé é o artigo 51, IV, do CDC¹⁰⁰”.

⁹⁷ Art. 187, CC - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁹⁸ O art. 187 contém três critérios materiais: os bons costumes (noção fortemente sociológica, de conteúdo variável, remetendo ao sentido ético que impera na comunidade social); o fim econômico e social do direito (aduzindo os elementos substancial e finalístico como constitutivos do direito subjetivo, em sentido amplo) e a boa-fé (MARTINS-COSTA, 2008, p. 132).

⁹⁹ Explica Judith Martins-Costa (2008, p. 134) que “é perfeitamente cabível postular que o art. 187 seja tido como *eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito* (ou, inversamente, de um sistema de coibição do exercício jurídico ilícito) arrumando, em grupos de casos *axiologicamente orientados* aos valores encerrados no sintagma ‘boa-fé’, hipóteses ainda hoje vistas ao modo disperso e desconexo”.

¹⁰⁰ Art. 51, CDC - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Existem situações em que um agente, mesmo exercitando o direito subjetivo de forma lícita, pode agir de forma ilícita, superando os limites éticos, sociais e econômicos, o que afasta a legitimidade de sua atuação, a ser censurada pelo princípio da boa-fé (FARIAS; ROSENVALD, 2008), o qual atua como um parâmetro de ponderação. De acordo com Nelson Rosenvald,

A censura ao abuso de direito denota que hoje não mais se corrobora a máxima “tudo que não é proibido é permitido”, pois existem atuações que não violam formalmente uma norma, mas são revestidas de antijuridicidade, pois ofendem materialmente os objetivos do sistema e o próprio espírito do Direito. A boa-fé será uma espécie de “radar” que estipulará o momento em que o ato lícito do exercício da autonomia privada converte-se no ato ilícito do abuso do direito. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 138)

Consoante o princípio da boa-fé, reputa-se ilícito, então, todo ato que se desvie da finalidade social que a ordem jurídica almeje quando protege os interesses individuais dos membros da sociedade, porque, ao se desviar, deixa de ser digno de proteção.

2.3.4.3 Função de Criação de Deveres Jurídicos

A doutrina moderna considera a situação jurídica obrigacional como uma relação dinâmica, ao contrário da perspectiva estática, própria da doutrina tradicional, baseada na ideia de linearidade do vínculo entre credores e devedores. A visão das obrigações como um processo dinâmico implica na atribuição de um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas para as partes (MARQUES, 2002). Como já exposto, trata-se da visão da obrigação como um processo, que se desenvolve no tempo e que gera efeitos jurídicos antes, durante a sua realização e, mesmo, após (COUTO E SILVA, 2013).

O elemento central da relação obrigacional é a *prestação principal*, constituída por direitos e deveres que formam o seu alicerce. Mas além dela, podem existir *deveres secundários*, gênero que a doutrina divide nas espécies de *deveres acessórios* e *deveres secundários com prestação autônoma*. A primeira espécie (deveres acessórios) destina-se à realização da prestação principal e não possui autonomia em relação a ela; já a segunda (deveres secundários de prestação autônoma) corresponde aos deveres obrigacionais que se perfazem ou como seu sucedâneo, ou de forma coexistente.

Tanto a prestação principal quanto os seus deveres secundários estão inseridos dentro de uma mesma *unidade* da relação obrigacional. No entanto, lateralmente a essa unidade, podem ser identificados outros deveres, como um terceiro elemento, cujo objetivo é a

satisfação dos interesses globais envolvidos na relação (MARTINS-COSTA, 1999). Trata-se dos *deveres laterais*¹⁰¹, impostos aos sujeitos da obrigação como consequência da incidência da boa-fé em cada caso concreto, a qual produz o que Carlos Alberto da Mota Pinto (1982) chama de normas heterônomas. Surgem em função de que o simples cumprimento da prestação principal e dos deveres secundários pode não ser suficiente para satisfazer os interesses globais das partes, num dado caso concreto, fazendo-se, por isso, necessárias determinadas condutas de colaboração entre as partes.

O contratante deve auxiliar a contraparte na realização da prestação. Ele deve, de acordo com Claus-Wilhelm Canaris (*apud* LISBOA, 2012), evitar tudo o que poderia impedir ou dificultar a realização do contrato, preparando e assegurando a realização da prestação e o proveito posterior. Na explicação de António Menezes Cordeiro,

A simples contemplação de uma obrigação dá, pela interpretação de sua fonte, um esquema de prestação a efetivar. Mas isso é possível com danos para o credor ou com sacrifício desmensurado para o devedor. O Direito não admite tais ocorrências; comina deveres [...] destinados a que, na realização da prestação, tudo se passe de modo considerado devido. São os deveres acessórios, baseados na boa-fé. (MENZES CORDEIRO, 2013, p. 586)

A teoria dos deveres acessórios, anexos ou laterais teve sua origem no direito alemão, no instituto da *culpa in contrahendo*, elaborado em 1861 por Von Jhering (FABIAN, 2002). Esses deveres não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários, mas, sim, à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional. Consoante a lição de Judith Martins-Costa,

os deveres laterais referem-se ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes, servindo, ao menos as suas manifestações mais típicas, ao interesse da conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 440)

Portanto, não cabe falar em uma relação obrigacional simples, composta apenas linearmente pelo dever de prestar e o poder de exigir, da mesma forma que não cabe resumi-la

¹⁰¹ A doutrina não apresenta um consenso sobre a denominação dos deveres laterais, sendo possível encontrar referências a expressões como: “deveres anexos”, “deveres instrumentais”, “deveres de conduta”, “deveres de proteção”, “deveres de tutela”, ou “deveres acessórios da conduta” - esses últimos diferenciando-se dos deveres acessórios, enquanto deveres secundários.

somente a deveres principais, quando se percebe, na sua estrutura, vários outros fatores, como expectativas, faculdades, ônus ou sujeições, decorrentes da complexidade intraobrigacional, que, conforme António Menezes Cordeiro (2013, p. 586) “traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”. Esta realidade composta, a qual se refere Menezes Cordeiro, decorre da noção dogmática da obrigação, originada nos estudos germânicos que pressupunham o desmembramento do conteúdo obrigacional entre dívida e responsabilidade. Recorrendo a Karl Larenz, Menezes Cordeiro aponta que o reconhecimento do vínculo obrigacional como um “processo”, composto por uma “estrutura” (*Gefüge, Gestalt*), é basilar para o entendimento de que **a complexidade da relação não resulta apenas da soma dos elementos que a compõem** - como pareceria à vista de uma noção puramente sistemática -, mas é **consubstanciada pelos seus elementos** de forma a construir-se **um sentido global que os transcendem** (LARENZ *apud* MENEZES CORDEIRO, 2013). Por isso, segundo o autor lusitano, não se deve reconstituir o conteúdo unitário da obrigação a partir do alinhamento dos elementos nela identificados, mas, sim, fazer o caminho inverso: “partir do todo para as partes” (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 590).

A “estrutura” a que Larenz se referira implica na compreensão, pois, de que a reunião dos elementos que formam a relação obrigacional cria um sentido peculiar para ela, pelo qual se denota que a sua razão de ser não é outra senão sua “finalidade”. E dessa noção decorre a conclusão de que o vínculo obrigacional, ao perseguir um objetivo específico, abrange uma multiplicidade de pretensões – inclusive futuras – que compõem uma unidade de conteúdo formada por um “laço de racionalidade” (COUTO E SILVA, 2013, p. 10) dirigida à satisfação de um fim. Essa variedade de pretensões que angaria expectativas de direitos, deveres, faculdades, ônus ou direitos potestativos, inerentes ao “conceito globalizante de relação obrigacional” (NORONHA, 2003, p. 586), na medida em que direcionada a um mesmo escopo, constrói o seu sentido, tornando-a uma “totalidade concreta” (COUTO E SILVA, 2013, p. 11).

Consoante Clóvis do Couto e Silva (2013), a incidência do princípio da boa-fé sobre essa totalidade concreta implica o nascimento de deveres anexos ou instrumentais¹⁰², que podem surgir durante o curso e o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, até mesmo posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. É o recurso ao instituto da

¹⁰² *Nebenpflichten*, por Joseph Esser; *Schulzpflichten*, por Heinrich Stoll; e *Weitere Verhaltenspflichten*, por Karl Larenz.

boa-fé que permite ao juiz a identificação, em cada caso concreto, de qual é o comportamento que deve ser esperado das partes, como probo e ético, de forma que o conteúdo desses deveres de conduta passa a ser determinado por tal instituto (GARCIA, 2003).

Ou seja, por intermédio da boa-fé objetiva surgem deveres laterais àqueles expressamente previstos em contrato ou em lei, calcados na expectativa de um comportamento probo e leal que atinge tanto credores quanto devedores. Trata-se, portanto, de deveres de cooperação e proteção dos seus recíprocos interesses que demandam condutas impostas pela boa-fé no intuito de auxiliar a realização dos negócios jurídicos de forma que eles produzam os efeitos que substancialmente deles se espera. Nas palavras de Judith Martins-Costa (1999, p. 440), “ao ensejar a criação dos deveres laterais, a boa-fé determina a otimização da relação obrigacional independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida”. Pelo que impende salientar que uma peculiaridade importante de alguns deveres laterais é a de, conforme Clóvis Couto e Silva “perdurarem, mesmo depois do adimplemento da obrigação principal, de modo que, quando se diz que o adimplemento extingue a relação jurídica, se deve (*sic*) entender que se extingue um crédito determinado” (COUTO E SILVA, 2013, p. 92).

A partir da concepção da *totalidade concreta* da obrigação, Vera Maria Jacob de Fradera (1990, p. 55) assevera que o ponto central para a compreensão dos deveres anexos é “o vínculo jurídico que une os participantes da relação entre si, como ‘ordem de cooperação’, de que resulta uma unidade. Assim visualizada a relação obrigacional, credor e devedor deixam de ser antagonistas para se volverem em colaboradores na consecução do adimplemento, fim que polariza as atividades de ambos os sujeitos da relação”.

Por isso é que se pode afirmar que **a boa-fé funciona, também, como fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, que passam a integrar o processo dinâmico da relação obrigacional** (MARTINS-COSTA, 1998). E a autonomia referida impõe-se, de acordo com Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2000), pelo fato de que tais deveres, relacionados com informação, cuidado, segurança e cooperação, não decorrem exclusivamente da relação obrigacional, a despeito da manifestação de vontade dos contratantes, dependendo, porém, das circunstâncias e/ou fatos referentes ao contrato. Pois eles dizem respeito à prestação principal somente de maneira indireta, não para efeito de viabilizá-la, mas para resguardar os interesses das partes envolvidas na relação obrigacional, buscando garantir a sua satisfação (GARCIA, 2003). Caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção às partes ou aos seus bens ou de outrem contra riscos de danos (PINTO, 1982). E isso em função de que, como acima mencionado, o

conteúdo obrigacional passara a ser visto não só sob o prisma da dívida, mas também sob o da responsabilidade.

Ou seja, os deveres decorrentes do vínculo obrigacional não nascem apenas a partir da vontade das partes, manifesta no pactuado, mas também da *realidade composta* originada pela complexidade intraobrigacional que nasce a partir do “dado fenomenológico”¹⁰³ resultante da junção de todos os fatores que integram o vínculo. Enquanto o conteúdo da prestação principal é determinado pela *dívida*, o dos deveres laterais é determinado pela *responsabilidade* oriunda do *contato social*.

A autonomia dos deveres laterais em relação à vontade das partes se verifica, portanto, em razão de que, como lembra Carlos Alberto da Mota Pinto (1982, p. 339), eles “existem de forma independente de estipulação contratual, uma vez que sua fonte é o contato social entre essas partes”. Da natureza da relação entre as partes e da intensidade do contato social depende a intensidade dos deveres laterais gerados pela incidência da boa-fé. A determinação do conteúdo desses deveres laterais, portanto, dá-se consoante os riscos que aquele determinado contato social gera. Com isso, a ampliação de seu conteúdo ocorre na proporção em que a vontade expressa por uma parte no contrato invade a esfera de interesses da outra, gerando riscos que podem se fazer presentes mesmo antes ou após a realização do negócio jurídico em questão. Por isso é que, a partir da incidência do princípio da boa-fé, o conteúdo dos deveres laterais pode se espriar tanto para as relações pré-contratuais quanto para as relações pós-contratuais.

Quanto à classificação dos deveres laterais, a doutrina também não é unânime. A impossibilidade da sua determinação, *a priori*, faz com que seu elenco não possa ser taxativo. Adotamos, aqui, no entanto, a síntese elaborada por Judith Martins-Costa (1999) que os classifica em: deveres de cuidado, previdência, segurança, proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; deveres de colaboração e cooperação; deveres de lealdade; deveres de segredo e de omissão; deveres de informação, aviso, esclarecimento e de prestar contas.

O dever de proteção impõe às partes a obrigação de zelar pela segurança no desenvolvimento da relação jurídica obrigacional, com cuidado e previdência para que não sejam causados eventuais danos tanto em relação ao objeto da prestação, como às esferas jurídicas das partes e, inclusive, de terceiros (EHRHARDT JR., 2013). As partes têm o dever,

¹⁰³ Para Panagiotis Ioannes Zepos, o vínculo obrigacional complexo não é resultado de uma “soma” dos fatores que o acompanham. A sua reunião transcende-os, gerando um “dado fenomenológico” (ZEPOS *apud* MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 590).

também, de não se prevalecer de um determinado conteúdo contratual, de forma oportunista, caso imprevistas circunstâncias tornem-no excessivamente oneroso para uma delas (RIBEIRO, 2007).

Os deveres de cooperação ou assistência dizem respeito ao empenho que as partes têm de demonstrar na facilitação recíproca do cumprimento obrigacional, devendo empreender mútuo auxílio na superação de eventuais obstáculos surgidos em qualquer fase do desenvolvimento da relação jurídica obrigacional, com base nos critérios e nos limites adstritos à boa-fé (EHRHARDT JR., 2013). Obrigam as partes a prestar assistência mútua durante e após a execução do contrato. Trata-se de deveres que visam tutelar, especialmente, os interesses dos consumidores.

Os deveres de lealdade decorrem da imposição, pela boa-fé objetiva, de condutas que se coadunam com a confiança estabelecida entre as partes, de forma que uma não venha a causar prejuízo à outra. De acordo com António Menezes Cordeiro (2013, p. 606), tais deveres “obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”. São abstenções exigidas para que o equilíbrio contratual e a integridade da esfera de interesses das partes sejam preservados. Imbricam-se com a ideia de superação do individualismo e de que a relação obrigacional deve ser fundada num contexto de “parceria”. Pelos deveres de lealdade, espera-se que as partes apresentem uma conduta que vá ao encontro da vontade manifestada, sem omissões dolosas, em consonância com a verdade e a transparência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Quando prevalece o interesse de proteger determinada informação sobre o interesse de recebê-la, surgem os deveres de segredo, “deveres de silenciar ou de omissão, como os sigilos bancário e médico”. (FABIAN, 2002, p. 55). Estes deveres impõem às partes que mantenham sigilo a respeito de quaisquer dados, documentos ou informações a que tenham tido acesso em razão do negócio jurídico em tela, caso sua divulgação possa vir a frustrar o seu objeto ou impingir danos à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante (GODOY, 2004).

O dever de informação, aviso, esclarecimentos e de prestar contas tem, como base, o princípio da transparência, isto é, a relação jurídica entre as partes deve ser clara, compreensível e leal. Elas não podem se utilizar de informações obscuras para angariar vantagens indevidas. Há uma imposição moral e jurídica de que se comunique a outra parte sobre todas as características e circunstâncias do negócio. Obrigam-se as partes a informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências as quais tenham, com ele, certa relação e, ainda, de todos os efeitos que possam advir da execução contratual

(MENEZES CORDEIRO, 2013). São obrigadas, ainda, a prestar esclarecimentos mútuos sobre todos os aspectos da relação contratual, tanto na fase das negociações preliminares, quanto na celebração do contrato; durante a sua realização e após o seu término. Esses deveres têm grande importância e aplicação nas relações consumeristas e devem ser atendidos durante toda a negociação, em especial na fase pré-contratual, momento em que as informações são fundamentais para subsidiar as decisões do outro contratante. Pela sua essencialidade no presente estudo, dedicar-se-á especial atenção a esta espécie de deveres laterais no próximo item.

2.3.4.3.1 Dever Anexo de Informação

No Estado social democrático de Direito pode-se verificar a influência cada vez mais intensa das liberdades de expressão, informação¹⁰⁴ e comunicação na vontade popular de forma que a manutenção de tais liberdades depende, da mesma forma que o engendramento de um sistema constitucional livre e democrático, da necessária observância de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da incensurabilidade e da pluralidade de expressão.

A concepção do direito à informação remonta a 1927, por ocasião da reunião da Sociedade das Nações, quando foram afirmados os conceitos de liberdade de informar e liberdade de informação. No entanto, foi em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que a liberdade de informação foi expressa de forma solene e peremptória. A Declaração, marcada pelas contingências da 2ª Guerra, derivou da insensatez do homem em tempos de “banalidade do mal” - na expressão de Hannah Arendt (1999) -, e construiu um novo paradigma para a compreensão da relação do cidadão com o Estado, calcado no primado da dignidade da pessoa humana.

Cada pessoa individualmente considerada tem o direito de informação *prima face*, o qual lhe permite fazer ou deixar de fazer alguma coisa. A liberdade de informação trata-se de uma liberdade negativa moldada no Iluminismo, de modo que cabe ao Estado não causar embaraços à pessoa em sua ação ou em sua abstenção. “Como postulado constitucional, para

¹⁰⁴ A concepção da liberdade de informação surge no período de intermédio das grandes guerras mundiais. Enquanto direito de liberdade ou uma liberdade pública, atrela-se a uma concepção de institutos jurídicos que tinham como objeto, exatamente, a limitação da ação estatal. A matriz liberal, calcada na proteção da liberdade enquanto autonomia exteriorizou-se nos textos constitucionais, indicando que o Estado deve ao indivíduo um dever de abstenção em sua esfera de desenvolvimento pessoal. Esta maximização da liberdade, assim como a busca da diminuição das tarefas (deveres) do Estado, representa a essência do liberalismo, no estágio inicial da ideia de liberdade de informação, de conteúdo negativo, tipicamente individual.

além de sua importante existência e validade no sistema das liberdades, ela vai adiante da proteção da esfera individual, concretizando, também, a tutela da esfera social” (TESTA JR., 2011, p. 76), eis que tal liberdade constitui objetivo pragmático que vai ao encontro dos ideais desejáveis por toda a sociedade, no que diz respeito à consecução de um desenvolvimento justo e fraterno. Como preleciona Jorge Miranda (2008, p. 458), “a liberdade de informação realça as estruturas institucionais e organizatórias e a comunicação como um todo se torna objeto de constituição material, desenvolvendo mecanismos de auto e hetero-regulação”.

A liberdade de informação, em sentido amplo, confunde-se, em certa medida, com outras liberdades e direitos, como ocorre com as liberdades de pensamento, de expressão ou de manifestação, de comunicação social, de imprensa, dos jornalistas e a do próprio indivíduo (TESTA JR., 2011, p. 75). Na lição de Álvaro Rodrigues Jr.,

Ao especificar em que consiste o direito à liberdade de opinião e de expressão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem assinala que aquele implica:

- a) o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões;
- b) o direito de investigar;
- c) o direito de receber informações e opiniões; e
- d) o direito de difundir, sem consideração de fronteiras, tais informações e opiniões (ou ideias). (RODRIGUES JR., 2009, p. 54)

Extraí-se dessa definição que, na Declaração Universal, o direito à liberdade de opinião e expressão acabou englobando o direito à informação. E a nossa Constituição Federal assegurou-lhe caráter de fundamentalidade, requerendo, assim, a proteção que merece dada a sua importância vital no trânsito de informações, processo tão caro a um Estado democrático de Direito. Conforme ensina o professor Álvaro Rodrigues Jr., tal direito pode ser desmembrado em uma tríade:

[...] tanto a comunicação de informações quanto a de opinião são amplamente asseguradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos ordenamentos políticos português e brasileiro, podendo-se até dizer que há uma tríade de direitos compreendidos à liberdade de informação, quais sejam:

- a) Direito de informar: consiste na faculdade de comunicar informações a outrem, sem impedimentos;
- b) Direito de se informar: na faculdade de obter informações sem impedimentos;
- c) Direito de ser informado: na liberdade de receber informações íntegras, verdadeiras e contínuas, sem impedimentos. (RODRIGUES JR., 2009. p. 61)

Conforme o autor, embora o direito à informação possa ser dividido nessa tríade, atribui-se, sem dúvida, uma importância mais significativa ao direito de ser informado (RODRIGUES JR., 2009), já que se trata de um “direito-pressuposto para o correto

encadeamento de ideias, fase do processo de formação de opinião” (JABOR *apud* RODRIGUES JR., 2009, p. 62).

O caráter fundamental do direito à informação se intensifica e ganha maior importância ainda na sociedade contemporânea, denominada *sociedade da informação*, gerada, nas palavras de Judith Martins-Costa (2014, p. 41) “por todo o complexo tecnológico que propicia concomitantemente o espetáculo e a invisibilidade”. Com a revolução tecnológica¹⁰⁵, cada vez mais a informação galgou importância, transformando-se, assim, em um bem jurídico digno de proteção constitucional internacional. Nas palavras de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

O progresso tecnológico transformou a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade do saber, como de influir decisivamente no seu uso. Mas não de um saber científico, compartimentalizado ou especializado, mas um saber genérico, simples conhecimento do que está acontecendo ao redor do homem para que ele possa tomar as decisões que lhe competem como integrante obrigatório de uma sociedade. Aí reside o interesse jurídico da informação: saber para melhor decidir, para melhor escolher os rumos a dar à sua vida, à vida de sua família, ao seu país, à sua empresa, à sua função, à sua sociedade, ao seu partido político, à sua religião etc..

A opulência da informação, o grande poder de persuasão que a reiteração da informação exerce sobre o homem, é o que o torna objeto de proteção, para que o homem não seja levado a assumir comportamentos que não correspondam a uma perfeita compreensão da realidade, nem a ter sentimentos que também não se apoiem na situação fática real.

A informação não teria qualquer valor jurídico se não estivesse visceralmente vinculada à capacidade de discernimento e de comportamento do homem. É justamente para proteger a sua capacidade de reflexão que se propõe o Direito de Informação. (CARVALHO, 2002, p. 255).

E, nessa toada, a *ratio legis* do CDC foi a de valorizar o momento pré-contratual, no sentido de assegurar ao consumidor direitos atrelados à formação das relações contratuais de consumo (art. 6º, II, III e IV), para que a ele seja dada a opção de se comprometer apenas com comportamentos cujas responsabilidades correspondam exatamente à situação fática real; entre eles, o direito de livre escolha e o seu instrumental direito de informação, consoante expõe Cláudia Lima Marques:

¹⁰⁵ Enquanto a informação circulava lentamente, enquanto não ocupava tanto os afazeres do homem, enquanto quase nada alterava o curso normal da vida em sociedade, enquanto era recebida por pequena parcela da população, enfim, enquanto a informação não era determinante para traçar o rumo da vida em sociedade, era natural que a doutrina não se preocupasse mesmo com o seu aspecto jurídico. Na medida em que o avanço tecnológico permite uma inacreditável rapidez na sua circulação, ao mesmo tempo em que massifica a sua divulgação, a informação passa a ter uma relevância jurídica antes não reconhecida (CARVALHO, 2002, p. 255).

A tendência atual é de examinar a “qualidade” da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que a sua simples manifestação: somente a vontade racional, a vontade realmente livre (autônoma) e informada, legítima, tem o poder de ditar a formação e, por consequência, os efeitos dos contratos entre consumidor e fornecedor. A tendência atual é de examinar também a conduta negocial do fornecedor, valorando-a e controlando-a, dependente da conduta (abusiva ou não) a formação do vínculo (informações prévias, acesso ao contrato, envio de mercadorias não requeridas etc.) e a interpretação de quais as obrigações, as quais o consumidor está vinculado (cláusulas, promessas dos vendedores, prospectos, publicidades, *sites* etc.). (MARQUES, 1998, p. 398)

A fase pré-contratual começa com o surgimento da relação de confiança (oriunda de um contato social) e termina com a conclusão do contrato. Esta relação de confiança estabelecida pelo contato social exige o respeito, entre as partes, de seus respectivos valores, como a saúde, a propriedade ou o patrimônio. Os contratos decorrentes dos contatos sociais têm a finalidade de melhorar a situação (patrimonial ou não) de todas as partes envolvidas e, nesse passo, consoante o princípio da boa-fé objetiva, não se pode admitir que determinadas informações (que podem ter relevância para a consecução do objetivo contratual) sejam omitidas das contrapartes. Hans Brox (*apud* FABIAN, 2002, p. 64) aponta que o dever de informar nasce “quando uma parte não conhece fatos que são de importância essencial para a conclusão do contrato, e quando a outra parte poderia perceber essa circunstância”.

Ensina Judith Martins-Costa (2015, p. 306) que “a boa-fé, como norma de direcionamento de condutas, aponta também ao caráter substancialista da informação devida a fim de lograr-se a transparência”.

Nesse sentido é que a “transparência” positivada no art. 4º do CDC, como um objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo, exige um “modo” de informar: de forma clara e precisa (conforme foi abordado nos itens 1.2 e 2.3.3). Tal exigência, enquanto fruto da boa-fé como um princípio de materialização da vontade contratual balizada pelas exigências de consideração das expectativas legítimas do outro (CANARIS *apud* LISBOA, 2012), decorre do objetivo do CDC de reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e dando maior transparência¹⁰⁶ às relações contratuais no mercado brasileiro (MARQUES, 1998). Salienta Cláudia Lima Marques (1998, p. 286) que “a ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor”. Conforme já referido no item 2.3.3, sobre a boa-fé no Código de Defesa do Consumidor, se, na relação de consumo, há a presunção de vulnerabilidade de uma parte (consumidor) e

¹⁰⁶ Conforme Christoph Fabian (2002, p. 68), “a transparência rege em primeiro lugar as relações contratuais, mas a relação de consumo abrange também a relação não-contratual entre o fabricante e o consumidor (arts. 8-10 do CDC)”.

consequente desequilíbrio contratual, a transparência tem o propósito de amenizar tal desequilíbrio. Conforme esclarece Christoph Fabian,

Quando as partes entram em negociações, elas podem esperar da outra parte um comportamento leal. A lealdade tem as suas raízes na boa-fé. A suposição geral da lealdade em cada pessoa é fundamental para o funcionamento do nosso sistema jurídico; como existe o princípio da boa-fé no direito civil, uma parte pode principalmente confiar na lealdade da outra. As partes devem respeitar com certa diligência os interesses da outra parte. Do dever de lealdade e respeito decorre uma *relação de confiança* e desta decorrem certos deveres de comportamento. A relação de confiança não se baseia na vontade das partes, mas apenas em uma situação fática, isto é, o *contato social* entre as partes. (FABIAN, 2002, p. 66)

Portanto, a postulação do dever anexo de informação aos fornecedores intenta alçar o consumidor a uma posição que viabilize maior equilíbrio na relação obrigacional, como fruto da confiança despertada, por meio da qual ele possa se defender ativamente contra eventuais danos (FABIAN, 2002); ou seja, uma posição fática mais forte, a viabilizar a justiça pré e pós-contratual.

2.3.5 A Aplicação da Boa-fé Objetiva à Informação Publicitária

Na difícil trajetória histórica percorrida pela boa-fé objetiva, desde sua origem, na *fides* arcaica romana, até o declínio das convicções liberais, este instituto sempre serviu de base para a persecução, no Direito civil, da igualdade e da liberdade dos indivíduos. Após todo o seu cíclico processo histórico de arrefecimento, causado por sua diluição e vulgarização, alternado por fases de fortalecimento e reconstrução de conteúdo crítico, dotado de cientificidade, logrou fixar-se como um marco jurídico capaz de resumir e expressar as noções de lealdade, garantia, ética, boa índole, equidade e justiça (MARTINS-COSTA, 1999).

O modelo germânico de boa-fé adotado no final do século XIX a partir da recepção do direito romano em fusão com o antropocentrismo medieval inovou o seu papel no direito privado, carregando-lhe uma carga ética e moral, dirigida à proteção da confiança (MENEZES CORDEIRO, 2013), principalmente quando incidente no direito obrigacional. Assim é que a boa-fé objetiva ganhou relevo como fonte de normas de conduta, delimitação ao exercício de posições jurídicas, modelo para a interpretação dos negócios jurídicos e como elemento de reforço da relação obrigacional, já no Direito comercial alemão. Nas relações comerciais, o conteúdo da boa-fé tinha, desde então, suma importância, porque elas eram construídas sob a expectativa (crença) de que uma parte corresponderia fielmente à confiança depositada pela

outra, sob pena de que tais relações gerassem prejuízos, derrocando assim o seu propósito. Não se podia, então, prescindir da lealdade entre as partes.

Positivada, posteriormente, no BGB sobre os alicerces da lealdade e da confiança, a boa-fé objetiva incorporou na ordem privada a experiência comercial alcançada nas práticas judiciais do *Oberappellationsgericht zu Lübeck* e do *Bundesoberhandelsgericht*. E sua inserção no Código alemão atribuiu-lhe uma posição de autonomia a partir de uma positividade jurídica que lhe serviu de fundamento para uma nova evolução axiomática (MENEZES CORDEIRO, 2013), a qual, aplicada às relações obrigacionais, terminou por interagir com a autonomia da vontade em uma relação antitética - como mecanismo restritivo - e por consolidar a “confiança” como um de seus mais importantes elementos (SILVA, 2002) e como um fundamental valor agregado ao conceito de relação obrigacional como uma totalidade concreta (relação jurídica complexa) (COUTO E SILVA, 2013).

No contexto dos vínculos obrigacionais de consumo, nos quais se estabelece uma desigualdade entre as partes, decorrente da vulnerabilidade presumida do consumidor, a necessidade de se perceber o conteúdo obrigacional, consoante a sua complexidade, para além da simples consideração da dívida, atentando-se também para a responsabilidade oriunda do contato social estabelecido entre as partes de uma relação consumerista, vem ao encontro do conteúdo da boa-fé na sua perspectiva objetiva, que demanda que as partes envolvidas em um vínculo obrigacional ajam de maneira honesta, leal e correta, evitando causar danos à outra e garantindo-lhe o conhecimento de todas as circunstâncias da negociação, na esteira dos deveres laterais deste instituto (EHRHARDT JR, 2013).

A boa-fé objetiva pode contribuir, nesse sentido, para a equalização dos vínculos obrigacionais de consumo. Se a consideração desse princípio faz-se necessária em qualquer relação obrigacional, maior é a sua essencialidade quando se trata de uma relação na qual uma das partes é presumivelmente vulnerável.

Na sociedade de consumo, a informação publicitária implica em artifícios de persuasão que objetivam a sedução dos consumidores e, por vezes até, a criação de necessidades, pelo que, muitas vezes, o dever de informar adequadamente é negligenciado pelos anunciantes. Em meio a essa mecânica de interação comunicativa entre fornecedores e consumidores, o modelo de conduta contido no instituto jurídico da boa-fé adquire fundamental relevância enquanto instrumento apto a conferir um padrão ético à conduta contratual consumerista.

Por meio de suas funções de interpretação, integração, limitação de direitos subjetivos e de criação de deveres jurídicos, este instituto mostra-se capaz de imprimir transparência nas

relações de consumo, colmatando-as com uma ordem de cooperação entre as partes no escopo da satisfação de seus interesses globais e, assim, da consecução do desenvolvimento social fraterno e solidário. E, na medida em que, não obstante, produzam-se, eventualmente, peças publicitárias enganosas ou abusivas, a boa-fé objetiva pode e deve instrumentalizar o Poder Judiciário na tutela dos direitos dos consumidores.

A seguir, analisar-se-á como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, instância máxima ordinária do Poder Judiciário, vem aplicando este instituto com relação à informação publicitária de consumo.

II O STJ E A INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA

3 OS JULGADOS SOBRE PUBLICIDADE E BOA-FÉ NO STJ

Analisados o papel e as características da publicidade na sociedade de consumo, seus princípios norteadores e suas formas de controle, bem como seus artifícios de persuasão e as implicações que a informação publicitária tem nas relações obrigacionais entre fornecedores e consumidores; e identificada a relevância adquirida pelo princípio da boa-fé objetiva a partir das relações de consumo, passa-se a analisar a sua aplicação em relação à informação publicitária no Superior Tribunal de Justiça.

A partir da previsão expressa do princípio no Código de Defesa do Consumidor e de sua positivação, como cláusula geral, no Código Civil de 2002, a instrumentalizar os intérpretes nas matérias cíveis, potencializou-se a disseminação de sua utilização na jurisprudência nacional (MARTINS-COSTA, 2015), de maneira que se mostra ainda mais relevante identificar de que forma os julgados do STJ, enquanto instância superior do Poder Judiciário de nosso país, aplicam-na nas questões de informação publicitária e em que medida se reportam ao seu conteúdo ético, pois, como bem observa Judith Martins-Costa em sua mais recente obra sobre os critérios de aplicação da boa-fé objetiva no direito privado,

a explosão do emprego do instituto jurídico designado como *boa-fé objetiva* tem um lado virtuoso e outro perverso. Virtuoso porque assenta no Direito brasileiro inafastável padrão ético à conduta contratual. Perverso quando o uso excessivo, desmesurado, imperito, deslocado dos *critérios dogmáticos* a que deve estar vinculado serve para desqualificá-lo, esvaziá-lo de um conteúdo próprio, diluindo-o em outros institutos e minorando sua densidade específica. [...]

O panorama da aplicação da boa-fé é, portanto, paradoxal: de um lado, encontra-se o seu desenvolvimento por obra de uma jurisprudência responsável, pois ciente da conexão entre o fato e a configuração que terá, no caso, o princípio da boa-fé, bem

como atenta ao mandamento constitucional de fundamentação da sentença; de outro, encontra-se o seu emprego traduzido no subjetivismo hermenêutico, vindo então a ser invocada a boa-fé objetiva ora como mero argumento de autoridade distanciado dos fatos cuja ordenação é a sua razão de ser; ora como escusa ao personalismo de um julgador por tudo infenso à controlabilidade democrática. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 11)

E essa disseminação do emprego da boa-fé na jurisprudência nacional implica na possibilidade de que se venha a extrapolar a sua justa medida de incidência, prolatada por Clóvis do Couto e Silva (2013), acarretando o risco do que Judith Martins-Costa (2015, p. 11) chama de uma utilização “excessiva e desmesurada” do instituto, que pode vir a gerar uma aplicação rasa e acrítica, ocasionando o “esvaziamento de seu conteúdo próprio”. Desta forma, segundo a autora (2015, p. 11) a boa-fé objetiva pode vir a ser aplicada pela jurisprudência como uma espécie de “fórmula mágica”, empregada indistintamente, a alicerçar soluções semelhantes para toda uma gama de situações desiguais, perdendo, assim, densidade e cientificidade.

Retorna-se, assim, ao questionamento inicial que motivou este trabalho. Na sociedade contemporânea, em meio ao processo de espetacularização do consumo, como o STJ vem respondendo, sob a luz do princípio da boa-fé objetiva, às demandas dos consumidores que reclamam ter seus direitos lesados por peças publicitárias alegadamente ilícitas, obliquadas por enganosidade ou por abusividade? Em que medida este princípio vem sendo aplicado na prática jurisdicional daquele Tribunal, nesse tipo de demanda? Que conteúdo as Turmas do STJ auferem à boa-fé objetiva quando de sua aplicação nos julgados que tratam da publicidade de produtos e serviços de consumo? Trata-se de um conteúdo raso e diluído, destituído de cientificidade ou de um conteúdo vinculado a critérios dogmáticos conformados por padrões éticos capazes de imbricar objetivamente as relações obrigacionais com honestidade e lealdade?

Com o intuito de investigar estas questões, realizou-se uma pesquisa empírica, com levantamento quantitativo e qualitativo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de tentar identificar como vêm sendo respondidas as demandas que se referem a possíveis ilicitudes publicitárias e de verificar a medida de aplicação do princípio da boa-fé objetiva no sistema legal de controle da publicidade, no que diz respeito à prática jurisdicional daquele Tribunal superior.

Como resultado da pesquisa quantitativa, foram identificados 11 Acórdãos que tratam de publicidade comercial, indexados pelo sítio do STJ às palavras-chave “publicidade” e

“boa-fé”, tendo, por limitação temporal, o período compreendido entre janeiro de 2002 - quando entrou em vigor o atual Código Civil - e setembro de 2015.

O levantamento inicial apontou um total de 69 julgados. No entanto, de acordo com o plano metodológico, foram desprezadas 58 decisões, por não dizerem respeito à publicidade comercial. Desses 58 Acórdãos, 27 referem-se à publicidade administrativa (princípio da publicidade do Direito Administrativo), 13 referem-se à publicidade notarial (envolvendo negócios jurídicos relativos a imóveis), 16 tratam da publicidade dos demais negócios jurídicos e 2 são de matéria penal. Portanto, restaram 11 julgados que têm por objeto alegações de ilicitudes publicitárias.

Dos 11 Acórdãos encontrados, 5 são oriundos de ações judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; 2 são oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; 2 oriundos do Tribunal do Estado de Minas Gerais; 1 oriundo do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro; e 1 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Quanto ao objeto, 4 referem-se à publicidade de veículos (TJSP/TJRS/TJPR); 2 tratam de produtos alimentares (TJMG/TJSP); 2 referem-se à publicidade de bebidas (cerveja – TJSP; refrigerante - TJMG); 1 refere-se à publicidade do tabagismo (TJRS); 1 diz respeito à publicidade de hotelaria (TJRJ); e 1 à publicidade de empresa prestadora de serviços de saúde (TJSP).

Em todos os 11 Acórdãos a boa-fé objetiva é trazida a lume como elemento a ser sopesado para justificar as decisões. Desses, 9 Acórdãos enfrentam a aplicação do princípio da boa-fé em matéria publicitária na discussão do mérito da causa; e 2 na delimitação da legitimidade passiva das partes envolvidas.

Desses 11 julgados, verifica-se que, em 9 deles houve decisão favorável aos consumidores, com fundamentação baseada no princípio da boa-fé objetiva. E, em todos esses 9, foram identificados defeitos de informação relacionados ao *marketing* dos respectivos produtos ou serviços¹⁰⁷. Ou seja, em todas as decisões que reconheceram a responsabilidade civil dos fornecedores, foram identificadas falhas no seu dever de informar adequadamente na fase pré-contratual (*in contrahendo*), dado que as informações levadas ao crivo do judiciário diziam respeito à oferta dos produtos/serviços.

Nos 2 outros Acórdãos – nos quais se verificou decisão contrária aos pleitos consumeristas de origem -, as discussões centrais também trataram de supostas falhas no dever de informar, e o princípio da boa-fé objetiva foi também abordado para fundamentar as

¹⁰⁷ A análise quantitativa da pesquisa apontou um único Acórdão relativo a serviços (Plano de Saúde UNIMED – Belém / UNIMED Paulistana).

respectivas decisões; no entanto, como conclusão, a aplicação do instituto, nestes 2 casos, foi afastada por razões muito peculiares a cada um deles, como será visto adiante.

3.1 DOS VÍCIOS/DEFEITOS DOS PRODUTOS

Todavia, desses nove julgados nos quais foram identificados defeitos de informação, nem todos se referem a produtos que, paralelamente às referidas falhas, apresentaram efetivamente vícios ou defeitos¹⁰⁸.

Independentemente, portanto, dos produtos anunciados apresentarem vícios ou defeitos, o direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas a respeito deles, enquanto dever anexo da boa-fé objetiva, a fim de alicerçar a sua liberdade de escolha, foi o fundamento central que justificou as decisões de responsabilização dos fornecedores.

Um julgado do STJ, por exemplo, no qual a empresa fornecedora foi responsabilizada por falha na informação publicitária sem que, em decorrência de tal falha, tenha sido verificado vício concreto no produto anunciado e, muito menos, defeito, é o caso que tratou dos anúncios do modelo 2007 do automóvel *Palio Fire*.

O REsp nº 1.342.899-RS¹⁰⁹ diz respeito à Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em face da empresa FIAT Automóveis S/A, em razão de suposta ocorrência de publicidade enganosa, visto que foi anunciada em maio de 2006 a venda de veículos *Palio Fire* modelo 2007, tendo ocorrido, posteriormente, em julho de 2006, o lançamento do mesmo automóvel com inúmeras modificações estruturais e tecnológicas, com a mesma denominação de “ano 2006/modelo 2007”.

Nesse caso, o entendimento do STJ, considerando o dever de informação como um dever inerente ao negócio jurídico, que deve estar presente não apenas na formação do contrato (momento contratual), mas também na divulgação do produto (momento pré-

¹⁰⁸ REsp nº 768.503-PR. Recorrente: Ubirajara Scheiber e Outro. Recorrido: Renault do Brasil S/A. 3ª Turma. Relator Min. Rucardo Villas Bôas Cueva. DJ em 19/12/2014. / REsp nº 1.188.442-RJ. Recorrente: Antônio Rogério Saldanha Maia e Outros. Recorridos: Meliá Brasil Administração Hoteleira e Comercial Ltda. e Outros. 4ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ 05/02/2013. / REsp n. 1.365.609-SP. Recorrente: General Motors do Brasil Ltda.. Recorrido: Milton Ferreira Barros. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ em 25/05/2015. / REsp nº 1.364.915-MG. Recorrente: Refrigerantes Minas Gerais Ltda.. Recorrido: Estado de Minas Gerais. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. DJ 24/05/2013. / REsp nº 1.329.556-SP. Recorrente: Benedito Domingues. Recorrido: Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comércio, Importação e Exportação Ltda. 3ª Turma. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ em 09/12/2014.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.342.899-RS (2011/0155718-5). Recorrente: FIAT Automóveis S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 09 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101557185&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

contratual), foi ao encontro da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação promovida pelo Ministério Público¹¹⁰ do mesmo Estado, tendo sido manifestado que este dever não se exaure em si mesmo, visto que tem por finalidade assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas.

E a consecução dessas expectativas foi, justamente, o objetivo que levou o Tribunal gaúcho a considerar abusiva a prática comercial perpetrada pela FIAT, quando, no Acórdão da 9ª Câmara Cível, definiu que a conduta da empresa, inegavelmente, feriu fundada expectativa de consumo gerada nos adquirentes dos veículos, criada pela informação veiculada por meio de publicidade que violou os princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da vulnerabilidade, devendo por isso indenizar os consumidores lesados.

No julgamento do Recurso Especial, a Terceira Turma do STJ negou-lhe provimento, aplicando, como fundamento, o princípio da boa-fé objetiva – a exemplo do entendimento também demonstrado pelo TJRS -, apontando que se pode enquadrar a conduta da FIAT como abusiva e violadora dos seus deveres anexos; e que, embora constitua uma prática notória do mercado de veículos que as montadoras antecipem o lançamento de novos modelos meses antes da virada de cada ano, a comunicação publicitária veiculada na campanha da FIAT lesou severamente os consumidores, que, confiando em publicidade falsa e no renome da empresa, possuíam a expectativa de que estariam adquirindo veículos *Palio Fire* (2006/2007) mais valorizados; o que, na verdade, não ocorreu, já que tais veículos nunca foram produzidos em 2007 e que, meses depois, passou a ser produzido um novo veículo *Palio Fire* (2006/2007) de *design* e tecnologia diversos. Segundo o Acórdão,

As regras do mercado [...] não podem se sobrepor aos princípios da boa-fé e da eticidade, aniquilando expectativas legítimas dos consumidores [...]. [...] a demandada utilizou-se de uma técnica de estímulo ao consumo e, pouquíssimo tempo depois, feriu expectativas legítimas dos consumidores, lançando carro totalmente diverso, esse verdadeiramente “modelo 2007”, violando frontalmente o princípio da boa-fé objetiva, da confiança, da vulnerabilidade e na própria compreensão do que seja a defesa do consumidor enquanto direito fundamental. (STJ. REsp. nº 1.342.899-RS. 3ª Turma. Relator Min. Sidnei Beneti. DJ de 09/09/2009)¹¹¹

¹¹⁰ O pedido do MP/RS fora julgado improcedente na primeira instância.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.342.899-RS (2011/0155718-5). Recorrente: FIAT Automóveis S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 09 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101557185&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

Verifica-se, assim, o entendimento do STJ neste caso, em consonância com o do TJRS, de que a lesão do consumidor, causada pela informação de consumo prestada pela FIAT de forma inverídica, foi constatada por força do princípio da boa-fé objetiva, na esteira da *confiança* gerada pela marca *FIAT* e pela publicidade por ela veiculada, de que os compradores adquiriam um modelo do ano seguinte, que em verdade não o foi, porque substituído (sem que se chegasse a produzir sequer um veículo daqueles no ano de 2007) por outro melhor, que contava com a mesma indicação de ano/modelo, aumentando, com isso, a sua depreciação.

No plano de significação interna da mensagem veiculada ficara implícito que o fato do veículo anunciado receber a chancela da FIAT, de “modelo 2007”, implicava em um valor agregado que poderia beneficiar seu adquirente no caso de uma eventual futura alienação. Quando se tratou dos artifícios de persuasão utilizados pela publicidade (no item 1.3.3), viu-se que no plano de significação interna de seu discurso, a publicidade mira as representações dos destinatários de suas mensagens, estabelecendo uma relação interativa entre o anunciante e o público alvo (PALACIOS, 2011). É praxe conhecida, entre os consumidores de automóveis novos, a compra de veículos cujos modelos sejam atribuídos ao ano seguinte ao de sua aquisição/fabricação, dado que, por ocasião de sua venda ou troca, seu valor de mercado é estabelecido pelo ano do modelo, e não da fabricação. Esta praxe corresponde às representações desses consumidores, e aqueles que foram expostos à referida mensagem da FIAT foram alvo do processo de indução de ideias encetado pela peça publicitária que a veiculou.

Portanto, neste caso da campanha publicitária dos veículos *Palio Fire* da FIAT, a decisão do STJ foi lastreada especificamente no seu defeito de informação, o qual bastou para gerar a responsabilização da fornecedora, a despeito de ter havido a identificação de quaisquer vícios ou defeitos nos veículos *Palio Fire* “modelo 2006/ano 2007” anunciados. A falha constatada na comunicação publicitária, prescindindo da verificação de quaisquer vícios no produto, causou a responsabilização civil da FIAT mesmo que, em tese, todos os veículos produzidos sob a chancela da referida campanha tenham se adequado plenamente aos fins a que se destinavam. Verifica-se, destarte, que, no entendimento do STJ, tal falha pode ser detectada exclusivamente em função da frustração das expectativas geradas no consumidor pela informação publicitária veiculada na campanha e, assim, da violação de um dever originado pela boa-fé objetiva.

Da mesma forma, também prescindindo de constatação de vícios ou defeitos nos produtos anunciados, identificou-se o *caso do Glúten* (o qual será tratado adiante), oriundo do

TJMG, cujo cerne da questão analisada no processo era o dever de adicionar a informação-advertência à informação-conteúdo prestada pela empresa fornecedora, com relação ao conteúdo dos pães por ela fabricados; tendo em vista que, neste caso, sequer se perquiriu sobre a existência de vícios nos produtos.

Em outros julgados encontrados na pesquisa, entretanto, as falhas de informação foram identificadas a par de vícios/defeitos nos respectivos produtos ou serviços.

Mais do que isso, em um dos casos, ainda que efetivamente constatado defeito no produto em questão, o comprometimento da liberdade de escolha do consumidor em virtude de falha na informação prestada pré-contratualmente na publicidade foi de tal forma determinante, na concepção do STJ, que, mesmo ficando demonstrada ausência de nexo de causalidade entre o defeito do produto e o dano causado ao consumidor, ainda assim, a decisão foi de responsabilização do fornecedor.

É o caso do REsp nº 768.503-PR¹¹², que trata de ação de indenização por danos morais e estéticos ajuizada contra a Renault do Brasil S/A por consumidor do veículo *Scénic*, que alegou que, em razão do não acionamento de seu sistema de *air bags*, teria sido atingido por estilhaços do pára-brisa. Houve discussão quanto à comprovação do nexo de causalidade entre o dano estético sofrido pelo Autor e o defeito do produto (fato dos *air bags* não terem sido acionados quando da colisão frontal da *Scénic* com a traseira de um caminhão).

Embora, em primeira instância, tenha havido o reconhecimento do nexo de causalidade, com o julgamento de procedência do pedido, em grau de Apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação da Renault, julgando improcedente o pedido da ação de origem sob o fundamento de que o dano estético sofrido pelo Autor não tinha qualquer relação com o fato de o sistema de *air bags* não ter sido acionado, pois, ainda que este tivesse funcionado, seu acionamento só poderia, eventualmente, ocorrer em momento posterior àquele que causou os ferimentos.

Isso porque o primeiro ponto atingido pela traseira do caminhão foi o pára-brisa e, apenas num segundo momento, o veículo atingiu as rodas do caminhão, ocasião em que houve a desaceleração expressiva, a qual, segundo a Recorrida Renault, seria requisito essencial para o acionamento dos equipamentos de segurança em pauta - informação esta que foi confirmada por perícia técnica na instrução do processo de origem.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 768.503-PR (2005/0119099-2). Recorrente: Ubirajara Schreiber e Outro. Recorrida: Renault do Brasil S/A. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501190992&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

No caso em tela, portanto, restou comprovado que, de fato, o defeito do produto (não acionamento no momento de expressiva desaceleração), não foi causa dos danos estéticos sofridos pelo Autor, eis que decorrentes do estilhaçamento do pára-brisa, que antecedeu a desaceleração brusca. Ou seja, como o pára-brisa da *Scénic*, no momento do impacto inicial, não ofereceu resistência suficiente para provocar o acionamento dos *air bags*, apenas no momento posterior - da colisão do *chassi* do veículo contra as rodas traseiras do caminhão -, é que o produto (*air bag*) “deveria” ter sido acionado. Só então é que se poderia falar em “inadequado funcionamento”.

Desta forma, verifica-se que os danos estéticos teriam sido causados de qualquer forma, a despeito de ter o sistema de segurança apresentado ou não defeito, o que romperia o nexo de causalidade entre os dois fatos.

No entendimento, no entanto, da Terceira Turma do STJ, por maioria, a quebra da confiança depositada pelo consumidor (Recorrente) na informação publicitária prestada pelo fornecedor (Recorrido) já foi, por si só, suficiente para caracterizar o nexo de causalidade apto a ensejar a sua responsabilização.

De encontro ao entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná a respeito da dinâmica do acidente, o Superior Tribunal de Justiça considerou que “não obstante, em qualquer destes momentos em que ocorrera a desaceleração (a primeira, mais suave; a segunda, mais contundente), não houve o acionamento do sistema de *air bags*, em descompasso, como visto, com a publicidade veiculada, a frustrar a legítima expectativa de segurança do consumidor”. A Corte apontou, então, que o abalo psíquico alegado pelo Recorrente consistira no risco de vida e nas possíveis consequências não evitadas pelos *air bags*, distanciando-se da publicidade veiculada, de modo a frustrar suas expectativas, em uma dedução lógica dos deveres impostos à Recorrida pela confiança que a sua *marca* despertara e pelo conteúdo dogmático do princípio da boa-fé objetiva.

Ocorre que a Renault divulgara *slogan* de campanha publicitária - “*sua segurança não é opcional*” -, quanto ao fato de que o sistema de *air bags* seria acionado em qualquer caso de colisão frontal com forte desaceleração do veículo; como se tal acionamento não estivesse condicionado a determinadas circunstâncias próprias de cada acidente específico.

O *folder* propagado continha o seguinte texto: “*você já sabe que, nos carros da Renault, segurança não é opcional. E que o air bag é um equipamento que já vem disponível de fábrica em qualquer modelo da marca*”. Diante do que o STJ identificou o defeito do produto, relacionado com a segurança que dele se espera não sob o aspecto intrínseco (defeito

de produção), mas sob o viés **extrínseco (defeito de informação)**¹¹³. E justifica esse entendimento com o fato de que a publicidade veiculada fora determinante para a decisão do Demandante, de adquirir a *Scénic*, consoante exposto na petição inicial¹¹⁴.

No Acórdão, o STJ concluiu, então, que o defeito de informação já foi suficiente para impingir objetivamente ao fornecedor o dever de reparar os danos morais ocasionados em razão da frustração da legítima expectativa de segurança criada por ele na campanha publicitária que veiculara, *in verbis*:

Assim veiculada a informação aos consumidores sobre o funcionamento do sistema de air bags e considerada a dinâmica do grave acidente em que o veículo dos demandantes restou envolvido [...], o não acionamento do referido mecanismo de segurança (em franco descompasso, repisa-se, com a publicidade ofertada) tem o condão de frustrar, por si, a legítima expectativa de segurança gerada no íntimo do consumidor, com significativo abalo de ordem psíquica.

Nesse contexto, é de se reconhecer a presença dos requisitos necessários à responsabilização objetiva do fornecedor, indubitavelmente. (STJ. REsp nº 768.503-PR. 3ª Turma. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ de 19/12/2014)¹¹⁵

Verifica-se, assim, que a decisão do STJ presumiu o defeito do produto, mesmo considerando que ele não tenha sido, *in casu*, determinante para a imputação da responsabilidade do fornecedor, porque o defeito de informação verificado já a permitira, na esteira do art. 12 do CDC¹¹⁶. Em outras palavras, o conteúdo da decisão permite inferir o entendimento daquele Tribunal de que, não obstante o defeito de produção não tenha nexos de causalidade com o dano estético ocorrido, o defeito de informação é suficiente para caracterizar o defeito do produto, relacionado à segurança, e, assim, a responsabilidade da fabricante pelo dano moral.

¹¹³ O defeito que suscita o dano não é o defeito estético, mas o defeito substancial relacionado com a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração aspectos extrínsecos, como a apresentação do produto, e intrínsecos, relacionados com a sua utilização e a época em que foi colocado em circulação. A apresentação do produto [...] inclui todo o processo informativo que o cerca com vistas à sua comercialização, incluindo instruções constantes dos rótulos, bulas, embalagens, publicidade, etc. (DENARI, 1999).

¹¹⁴ Na petição inicial, o Autor consignou que, ao decidir pela compra da *Scénic*, atentando especialmente para o *slogan* amplamente difundido pela Renault: “sua segurança não é opcional”, arcou com o alto ônus financeiro oriundo da aquisição do veículo com o item de segurança nominado *air bag*.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 768.503-PR (2005/0119099-2). Recorrente: Ubirajara Schreiber e Outro. Recorrida: Renault do Brasil S/A. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501190992&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

¹¹⁶ O art. 12 do CDC é expresso em reconhecer a responsabilidade do fornecedor por defeito do produto, relacionado à segurança que dele legitimamente se espera, nos casos em que as informações sobre o produto mostram-se insuficientes ou inadequadas sobre a sua utilização e riscos.

Observe-se que, neste caso, a responsabilidade pelo dano moral foi identificada pelo STJ em função da quebra da confiança criada na relação de consumo - mesmo fator que ensejou a caracterização do defeito do produto enquanto defeito de informação -, que determinou a violação da boa-fé objetiva, considerada por aquele Tribunal como modelo ético de conduta a ser seguido pela Renault.

Com efeito, como já referido neste estudo, a informação publicitária não se submete ao princípio da verdade integral. Seria, pois, uma contradição lógica esperar que a campanha publicitária da Renault colmatasse todas as lacunas possíveis¹¹⁷ para que pudesse ser, assim, considerada “verdadeira”. Conforme ensina Walter Ceneviva,

A publicidade seria então verdadeira apenas se correspondesse exatamente à realidade integral do produto descrito, o que constitui uma impossibilidade em si mesma. Quando o Código veda a emissão do falso, entende-se que impõe sejam verdadeiros todos os elementos referidos na publicidade, por qualquer meio, ainda que não incluam todos os dados que caracterizam o produto ou o serviço. Basta que os dados característicos essenciais estejam presentes. (CENEVIVA, 1991, p. 118)

As mensagens publicitárias são, por essência, concisas e objetivas; sofrem importantes limitações de espaço e de tempo; e são concebidas para evidenciar, de forma parcial, determinados aspectos daquilo que promovem. Desta forma, é evidente que uma peça que promova um automóvel, por exemplo, não necessita apresentar todas as suas características e propriedades. Se assim fosse, seria impraticável veiculá-la nos restritos espaços dos meios físicos ou tempos dos meios eletrônicos. Daí a conclusão de que a impossibilidade de esgotamento das informações pertinentes ao produto/serviço gera, por si só, autorização de omissões. E estas omissões naturais e, até, necessárias, obstaculizam que a publicidade corresponda exatamente à realidade integral do produto/serviço descrito.

Não obstante essa compreensão das limitações naturais da informação publicitária, Bruno Miragem salienta que

[...] há de se considerar que, em termos de linguagem, e das técnicas adotadas pela publicidade, a determinação do que seja verdadeiro ou falso é de difícil verificação, uma vez que, em termos linguísticos, certa mensagem poderá ser considerada verdadeira, mas ao se ter em conta também o modo como a informação é divulgada no anúncio publicitário, poderá ser apreendido de modo diverso pelo público consumidor. (MIRAGEM, 2008, p. 170)

¹¹⁷ Como referido no Item 1.3.5.1, Walter Ceneviva (1991, p. 118) salienta que, na informação publicitária, podem existir legitimamente “lacunas permissivas de omissões”.

No caso em apreço, portanto, observa-se que a leitura feita pelo STJ dos fatos corresponde ao entendimento de que, embora a campanha não tenha, de fato, a obrigação de abranger a realidade integral do sistema de segurança de *air bags* (informando minuciosamente a respeito de eventuais circunstâncias que lhe impediriam de funcionar), o modo como a informação foi divulgada (prolatando que a segurança do consumidor de um carro da Renault não é opcional e correlacionando tal segurança com o *air bag*) despertou a confiança do público com relação a este equipamento de segurança, de uma maneira tal, que sequer o seu perfeito funcionamento poderia corresponder. Neste caso concreto, o desvio identificado pelo STJ não decorreu de um “equivoco” na informação publicitária, mas, sim, do fato de que algum consumidor leigo e vulnerável possa tê-la percebido de um modo tal que lhe tenha induzido a erro. Ou seja, as informações sobre “em que circunstâncias os *air bags* não são acionados”, não seriam, de fato, essenciais; porém, sua omissão foi capaz de induzir a erro os consumidores autores da ação.

Corroborando com este entendimento esposado pela Terceira Turma do STJ, Bruno Miragem acrescenta

Daí por que o legislador tem feito referência à finalidade de induzir em erro, como elemento determinante para definição da publicidade enganosa. Ou seja, o decisivo não é a identificação de um equivoco na mensagem, se não sua tomada em conjunto, na percepção do consumidor leigo e vulnerável, como apta a promover o resultado concreto da indução em erro. Trata-se de assegurar nesta disposição, a proteção da confiança do consumidor frente à promoção da atividade publicitária pelo fornecedor. (MIRAGEM, 2008, p. 170)

E foi, exatamente, a quebra dessa “confiança” a ser protegida, que levou o STJ a reformar a decisão do TJPR sob o fundamento de violação da boa-fé objetiva.

Importa salientar que este caso da publicidade do automóvel *Scénic*, veiculada pela Renault, é singular para efeito de se verificar que o STJ, desconstituindo entendimento do Tribunal *a quo*, deu guarida à pretensão ressarcitória do consumidor Recorrente, revisando a consequência jurídica aplicada pelo TJPR ao conjunto fático-probatório - consoante a natureza lógico-normativa do nexos causal -, baseando-se, para tanto, no princípio da confiança, enquanto corolário do princípio da boa-fé objetiva.

Acompanhando entendimento do Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator do Acórdão, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino filiou-se à tese de que o defeito de informação, a subjugar o princípio da transparência, subtraiu direito do consumidor, de fazer uma escolha consciente e embasada sobre o veículo a adquirir, no tocante à segurança e frustrou-lhe as expectativas, afirmando que “restou frustrada, assim, a confiança que o

consumidor depositara na marca ao dar crédito à ‘informação de consumo’ de que o sistema de *air bags* seria capaz de lhe prover a segurança em quaisquer situações de colisão frontal”¹¹⁸. A confiança nessa informação fez com que, segundo o entendimento do STJ, o consumidor optasse por adquirir o veículo *Scénic* a despeito de ter um ônus financeiro com isso (preço mais elevado).

Analisando-se o veículo *Scénic* como um objeto semiótico, verifica-se que o *slogan* elaborado pela Renault, no *folder* em questão, fez uso de um “jogo de linguagem” (PERUZZOLO, 2011) que não apresenta o “objeto” em si, mas “um olhar sobre ele”, que denota a sua capacidade de prover a segurança de seu adquirente por meio do acionamento do sistema de *air bags* em quaisquer circunstâncias de uma colisão frontal. Assim que a publicidade do veículo instigou seu consumo na sua lógica interna, e não na sua materialidade, conforme a lição de Jean Baudrillard (1973), já referida no item 1.3.3. Especificamente no caso levado ao crivo da Terceira Turma do STJ, o Autor da ação adquirira a *Scénic* em função do diferencial prolatado na sua campanha publicitária. O modo como foi divulgada a informação de que a sua segurança não era opcional para a Renault, correlacionado-a com os *air bags*, fez com que o veículo fosse consumido pela sua diferença - sua lógica interna (PERUZZOLO, 2011). Conforme ensina Aldair Peruzzolo (2011, p. 187), a publicidade “acomoda as características de um objeto, tomado da esfera da produção, à sua função cultural na esfera dos bens simbólicos, onde encontra sua função social no mundo do consumo”.

Neste caso, porém, a informação pré-contratual divulgada pela fabricante veiculou conteúdo que superava a capacidade do produto (sistema de *air bags* da *Scénic*), de forma que, mesmo que ele não apresentasse vícios ou defeitos, mesmo que seu funcionamento viesse a ser adequado, ainda assim, eventualmente, em determinadas situações de colisão (como a ocorrida com o Recorrente), as expectativas geradas pela informação poderiam vir a ser frustradas.

Ou seja, o produto, mesmo em perfeito funcionamento, não tinha a capacidade de atender à expectativa criada pela campanha de que a segurança do usuário poderia ser tutelada (incondicionalmente) em casos de colisões frontais, tendo em vista que, em determinados casos (nos quais, por exemplo, o pára-brisa fosse o primeiro ponto de impacto), o sistema de *air bags* não seria acionado (sem que isso significasse, ao menos, um vício do produto), ou o seu eventual acionamento poderia não atender à meta de manter a incolumidade do usuário

¹¹⁸ STJ. REsp nº 768.503-PR. 3ª Turma. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ de 19/12/2014.

pelo fato de que, então, determinados danos poderiam já ter sido causados anteriormente. O que, de fato, aconteceu no caso em estudo, no qual, mesmo que o sistema tivesse sido acionado quando do impacto do *chassi* da *Scénic* com as rodas do caminhão, o dano estético provocado pelos estilhaços do pára-brisa (o qual sofreu o primeiro impacto) já teria ocorrido.

A exemplo deste caso que tratou do funcionamento do Sistema de *air bags* do automóvel *Scénic*, outro Acórdão identificado na pesquisa que diz respeito à constatação da concomitância de defeitos de informação e vícios/defeitos do produto é o que trata do empreendimento denominado “*Meliá Barra Confort First Class*”, um projeto de hotel, do qual foi veiculada publicidade informando que os interessados poderiam adquirir a propriedade de unidades imobiliárias (quitinetes) das quais poderiam vir a auferir renda por meio da prática da hospedaria a terceiros, a ser administrada pelas empresas que foram demandadas (GAFISA S/A, Banco BBM S/A, Meliá Brasil Administração Hoteleira e Comercial Ltda. e Patrimóvel Consultoria Imobiliária S/A), em regime de *pool* hoteleiro.

Neste caso, entretanto, o vício do produto foi identificado tanto sob o viés intrínseco, quanto sob o extrínseco, com a peculiaridade, ainda, de que o vício de produção (aspecto intrínseco) foi reconhecido apenas pelo STJ, já que o Tribunal *a quo* (TJRJ) entendeu que ele só teria se configurado em um primeiro momento e que, após alterações estruturais, em um segundo momento, o empreendimento teria voltado a funcionar regularmente, pelo que descaberia o desfazimento do negócio e a restituição de valores pagos, propugnados na sentença.

Este Recurso Especial, de nº 1.188.442-RJ¹¹⁹, tratou de ação anulatória de contratos cumulada com perdas e danos materiais e morais ajuizada por Antônio Rogério Saldanha Maia e Outros, com o objetivo de ver anuladas as escrituras de promessa de compra e venda de unidades do empreendimento por julgarem ter sido vítimas de publicidade enganosa.

O STJ reconheceu que, no caso, foi omitido elemento essencial do negócio jurídico: a ausência de autorização municipal para a atividade econômica no local em questão, visto que se tratava de área de proteção ambiental (APA). O estabelecimento havia sido, por isso, interditado pelo Município do Rio de Janeiro, restando fadado a ser mero condomínio residencial com serviços, destoando, desta forma, do projeto inicial. No entender da Corte Superior, tal omissão foi identificada como uma afronta aos princípios da boa-fé objetiva e da

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.188.442-RJ (2010/0058615-4). Recorrente: Antônio Rogério Saldanha Maia e Outros. Recorrida: GAFISA S/A e Outros. Quarta Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000586154&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

função social do contrato: “o nascimento de um forte direito à informação é corolário das normas relacionadas à função social e à boa-fé, por intermédio das quais a liberdade de contratar assume novel feição, uma vez que a lei, detentora de preponderante papel nessa nova realidade, impõe a necessidade de transparência em todas as fases da contratação”¹²⁰.

O Acórdão do Superior Tribunal de Justiça apontou, assim, que a falta de transparência do negócio jurídico e a sua potencialização por meio da publicidade enganosa violaram de forma inequívoca o princípio da boa-fé objetiva, de modo a justificar a anulação dos contratos e a imposição de indenização, inclusive moral, às demandadas, indo de encontro ao entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A aplicação da boa-fé, por parte do STJ, foi fundamentada não só a partir do desrespeito ao direito à informação - como corolário da boa-fé objetiva -, mas também em razão da quebra da confiança despertada pelas demandadas, a qual teria sido essencial, segundo aquela Corte, para a motivação do investimento feito pelos consumidores.

No Acórdão, a Quarta Turma do STJ alegou que o consagrado nome de todas as Demandadas e a sua respeitabilidade no mercado imobiliário foi a causa fundamental para que os compradores investissem vultuoso capital na compra de quitinetes no empreendimento *Meliá Barra Confort First Class* e depositassem confiança nessas empresas. Não fossem elas detentoras de uma *marca* sedimentada e respeitada no mercado, não teriam despertado tamanha confiança nos consumidores.

A informação prestada aos investidores foi de que a autorização municipal havia sido obtida por tais empresas, que têm vasta experiência no mercado imobiliário e bancário e que, por isso mesmo, despertaram confiança nos investidores quanto à veracidade e à adequação das informações disponibilizadas; pelo que o STJ afirmou não ser “crível que tão renomadas empresas não tivessem conhecimento da distinção entre um alvará de funcionamento para ‘*apart hotel* ou *residencial com serviços*’ e um para ‘*hotel*’”¹²¹. Por isso, concluído fora, por aquela Corte Superior, que as Demandadas omitiram elemento essencial do negócio jurídico (autorização municipal para realização de atividades econômicas de hotelaria) sem o qual os contratos não teriam sido firmados; restando configurado que agiram com má-fé na informação pré-contratual oferecida ao público consumidor.

Apontou a Quarta Turma, então, que faltou transparência ao negócio jurídico e que houve publicidade enganosa, o que traduziu como afronta direta ao princípio da boa-fé objetiva, em decorrência da quebra da confiança por elas despertada.

¹²⁰ STJ. REsp. nº 1.188.442-RJ. 4ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ em 05/02/2013.

¹²¹ *Idem*

Na apelação, o TJRJ apontara, em sua decisão de reforma da sentença, que a conclusão de que o empreendimento seria um hotel só existiu na concepção dos Autores, que em momento algum as empresas Rés mencionaram que a incorporação seria um hotel e que, nos próprios prospectos, a alusão era sempre a de um “residencial com serviços”, administrado mediante um “pool locatício”. Admitiu o Tribunal *a quo* que, para um homem mediano, um residencial com serviços pode ser concebido como um verdadeiro hotel em decorrência, principalmente, de uma eventual confusão na utilização da linguagem técnica pelas Rés. Porém, salientou que, não obstante, a despeito dessa premissa, a falta de menção, por parte dessas empresas, quanto a não ter o empreendimento um projeto de hotelaria, não teria o condão de desnaturar o negócio jurídico firmado, uma vez que, na aparência, seria a mesma coisa, devendo prevalecer, por isso, o contido nas escrituras dos imóveis. Diante do que, o STJ consignou na sua decisão, demonstrando um entendimento consonante com a necessidade de observância do princípio da veracidade, visto no item 1.3.4.3:

Ora, se as aparências levavam a crer tratar-se de um empreendimento hoteleiro – a publicidade nacional e internacional, assim também a forma como comercializado pelo corretor -, o que é contraditado apenas pelo registro dos imóveis no cartório competente, deve-se forçosamente concluir que a publicidade não primou pela veracidade, violando frontalmente as normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor. (STJ. REsp. nº 1.188.442-RJ. 4ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ 05/02/2013)¹²²

As alterações estruturais promovidas posteriormente, com o fito de adequar o empreendimento à contingência imposta pela ausência de autorização - que haviam sido consideradas pelo TJRJ como suficientes para dirimir o vício do produto pelo viés intrínseco - consistiram na instalação dos serviços em um prédio anexo (denominado como “Centro de Convenções”). Essa providência, contudo, não se mostrou apta, sob o crivo do STJ, a elidir o vício. No REsp, ficou consignado que, embora tenha havido a possibilidade de utilização do imóvel a partir da reestruturação do empreendimento (que deixou de ter a proposta de ser *hotel* para se tornar *residencial com serviços* no prédio anexo), ainda assim, o produto continuou viciado porque a arquitetura original, dada a proposta hoteleira, não previra a construção de “cozinhas” (nem sequer conjugadas), nas quitinetes, o que inviabilizava também a configuração de um *residencial*. A pretensão, portanto, das Demandadas, de

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.188.442-RJ (2010/0058615-4). Recorrente: Antônio Rogério Saldanha Maia e Outros. Recorrida: GAFISA S/A e Outros. Quarta Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000586154&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

alteração do objeto dos contratos para “*residencial*”, não eliminou o vício do produto: apenas transmutou-o de “hotel sem autorização para atividade hoteleira” para “residencial sem cozinha”.

Verificou-se nesse caso, então, um exemplo no qual o STJ aplicou o princípio da boa-fé objetiva, em entendimento contrário ao Tribunal *a quo*, na caracterização de ilicitude publicitária de produto no qual foram constatados, concomitantemente, vícios intrínsecos e extrínsecos.

Ademais, além da constatação dos vícios intrínsecos, tal aplicação foi lastreada não só no defeito de informação (vício extrínseco), mas também no princípio da confiança, diante da quebra das expectativas legítimas criadas nos consumidores pela credibilidade das Rés, a qual imprimiu potencial persuasivo nas peças publicitárias da campanha que divulgou o empreendimento.

3.2 A CONFIANÇA COMO REQUISITO PARA A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Nem sempre, porém, a identificação da confiança plena depositada pelos consumidores nos produtos ou serviços de determinada marca é elemento essencial para a configuração da boa-fé objetiva nas decisões do STJ.

Em alguns casos, de fato, na responsabilização dos fornecedores, a aplicação da boa-fé foi alicerçada no binômio identificado na situação do caso concreto correspondente ao defeito *de informação* em conjunto com a *quebra da confiança*, constatada em razão da frustração das legítimas expectativas dos consumidores, na esteira da “aproximação entre a confiança e a boa-fé”, preconizada por Menezes Cordeiro (2013), de forma a poder assegurar a colaboração mútua das partes para a consecução dos fins perseguidos pelas relações obrigacionais¹²³.

No entanto, nos Recursos Especiais referentes à ação indenizatória por danos materiais e morais em face do produto “Cogumelo do Sol” e a procedimento administrativo do PROCON-MG contra a ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - a respeito de ausência de advertência sobre os riscos do glúten aos portadores de doença celíaca, as decisões favoráveis aos consumidores foram fundamentadas na boa-fé objetiva sem argumentação suficiente a justificar a ocorrência de quebra de confiança. Nesses casos, as

¹²³ De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, “geralmente a infração da boa-fé se deduz de que o predisponente criou uma situação sobre a qual o aderente podia confiar (argumento da proibição do *venire contra factum proprium*) ou engendrou comportamento enganoso *in contrahendo*. A boa-fé é, assim, utilizada ora como requisito de integração das condições gerais ao contrato individual, ora como instrumento delimitador de seu exercício, através da interpretação” (LÔBO, 2014).

argumentações dos respectivos Acórdãos basearam-se apenas na constatação de defeitos de informação no *marketing* realizado pelas respectivas empresas fornecedoras para invocar o princípio da boa-fé como lastro de responsabilização das mesmas.

Saliente-se que, em ambos os Recursos Especiais, o STJ deu provimento aos pleitos consumeristas indo de encontro ao entendimento dos respectivos Tribunais *a quo*.

No REsp nº 1.329.556-SP¹²⁴, o Recorrente Benedito Domingues pretendia que a empresa Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comércio, Importação e Exportação Ltda., fosse condenada, também, por danos morais¹²⁵, pela venda do produto denominado “Cogumelo do Sol”, em razão de publicidade veiculada que prometia que o produto seria eficaz na promoção da cura do câncer¹²⁶. O Recorrente passou a adquirir as cápsulas do “Cogumelo do Sol” a partir do ano de 1999, como tentativa de tratamento de seu filho, Lucas da Silva, que sofria de câncer no fígado. Porém, embora tenha utilizado o produto conforme recomendado, por três anos, de forma concomitante com a continuidade do tratamento convencional, seu filho faleceu por hepatocarcinoma em 2002.

O STJ decidiu pela pertinência da indenização por danos imateriais, de encontro ao entendimento esposado pelo TJSP, que reformara a sentença, excluindo a condenação por danos morais, sob o fundamento de que, apesar de haver demonstração suficiente nos autos para justificar o ressarcimento do consumidor pelo dispêndio com o produto, a sua ineficácia não atingiria o seu direito de personalidade de forma a justificar uma indenização moral. Assim dispunha o Acórdão do TJSP:

A publicidade enganosa e da qual o autor se vergou decorre do fato de que a ré, indicando o “cogumelo do sol” ou o “Royal Agaricus” como algo “rico em proteínas, vitaminas, sais minerais e inúmeros princípios ativos, vem atraindo a atenção da comunidade médico-científica e do público em geral das propriedades terapêuticas que apresenta em relação a diversas patologias, com destacada atuação nos casos de câncer”, fazendo, ainda, exposição do sistema imunológico e a formação das células cancerígenas, passando pela abordagem dos métodos convencionais do tratamento do câncer para, em seguida, afirmar que o Dr. Ghoneum descobriu que “o Royal Agaricus pode estacionar o crescimento das

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.329.556-SP (2012/0124047-6). Recorrente: Benedito Domingues. Recorrido: Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comércio Importação e Exportação LTDA. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2014. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201240476&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

¹²⁵ A condenação do Tribunal *a quo*, em sede de apelação, limitara-se aos danos materiais.

¹²⁶ A publicidade do produto “Cogumelo do Sol” afirmava que ele teria ação terapêutica para neoplasias malignas. A sócia-proprietária da empresa afirmara, em peça publicitária do produto, que ele se tratava de um “remédio” que teria resultado positivo garantido para a cura do câncer após a sua utilização durante 6 meses, em razão de que possuiria propriedades terapêuticas e medicinais, agindo na parte imunológica do organismo e diminuindo a quantidade de células cancerígenas.

células cancerígenas, dois dias após a administração do chá com concentração de 5%. Em paralelo, constatou que as células neoplásicas, que não receberam infusão de RA, dobraram em número, no intervalo de dois dias...”, apontando o cogumelo como profilaxia contra o câncer. Mas a publicidade não para aí, afirmando casos de recuperação de pacientes portadores de neoplasia em fase avançada. [...]

Assim, há demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo, mesmo porque inadequado para o fim a que se destinava por força de publicidade feita (art. 18, § 6º, inciso III, da Lei nº 8.078/90) e de natureza enganosa e abusiva, merecendo ser ressarcido o consumidor pelo dispêndio de produto que se revelou sem a menor eficácia. Daí porque corretamente se deliberava devolução do preço pago pelo produto impróprio ao uso a que se destinava devidamente corrigido, e limitado apenas ao que restou documentado. [...] A ineficácia do produto para combater a neoplasia pode constituir em mágoa e aborrecimento, mas não atinge o direito de personalidade depois de três anos do uso e de continuidade no tratamento convencional. (TJSP. Ap. nº 9155762-46.2006.8.26.0000. 32ª Câmara. Relator Kioitsi Chicuta. DJ em 11/08/2011)¹²⁷

Destarte, segundo entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, embora indiscutível a caracterização de publicidade enganosa e abusiva do “*Royal Agaricus*”, tal fato não justificaria a indenização por danos morais daquele consumidor em específico, dado que ele sofrera “um simples aborrecimento banal”. Na Apelação, então, foram mantidos os termos da sentença apenas para o efeito da condenação por danos materiais, correspondente à quantia gasta na aquisição do produto, que totalizava o valor histórico de R\$ 540,00, reputando-se o fato como “mera suscetibilidade ferida”, “um mero dissabor”.

Verifica-se, desta forma, que o TJSP identificou a veiculação de informações falsas na publicidade do produto, de forma a maculá-la com enganosidade e abusividade. Não vislumbrou, entretanto, na apreciação do caso concreto, afronta ao princípio da confiança, nem identificou quaisquer expectativas legítimas em jogo, tanto pelo fato de que a promessa feita na campanha era desprovida de um mínimo de verossimilhança capaz de levar a erro um homem médio, quanto pelo fato de que o Autor diligenciou para que seu filho permanecesse fazendo uso dos tratamentos convencionais durante todo o período de utilização do produto em tela, restando demonstrado, assim, na ótica daquele Tribunal, a ausência de uma confiança plena na informação veiculada na publicidade do Cogumelo do Sol.

Entendeu, assim, o TJSP que as expectativas do autor da ação não eram legítimas, porque não teria havido razões suficientes para que um homem médio acreditasse na

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 915576246.2006.8.26.0000 (992.06.039168-4). Apelante/Apelado: Benedito Domingues. Apelante/Apelado: Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comercio Importação e Exportação Ltda. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator: Kioitsi Chicuta. São Paulo, 11 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RK000J8HK0000>>. Acesso em 25 mar. 2015.

seriedade do conteúdo da informação publicitária veiculada pela empresa fabricante do produto “Cogumelo do Sol”. Conforme ensina Judith Martins-Costa,

Quem negocia um contrato tem o dever de não fraudar as expectativas legitimamente criadas, pelos seus próprios atos durante as negociações. Mas essa expectativa pode ser *legítima* (“justa”) ou não. O será apenas se os elementos do caso vierem a comprovar a existência de fundadas razões para que a parte frustrada acreditasse na seriedade dos propósitos do outro agente. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 403)

Este entendimento, no entanto, foi contrariado pelo STJ quando a questão foi levada ao seu crivo pelo Autor no Recurso Especial. A Terceira Turma, por maioria, condenou a fornecedora ao pagamento de indenização por danos imateriais, fundamentando sua decisão exclusivamente no direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca do produto vendido pela Recorrida.

No voto condutor, o Relator identificou que a lide estava adstrita à alegação de publicidade enganosa, decorrente de uma situação que teve origem na plausível busca de um pai pela cura do câncer de fígado de seu filho, de forma que a única razão para a aquisição do produto fora a sua publicidade, a qual assegurava resultados positivos no tratamento da doença. Assim, ficou destacada, no voto, a importância constitucional do tema, na esteira do § 4º do art. 220 da Constituição Federal e do direito social à saúde assegurado no seu art. 6º. O Relator trouxe a lume, ainda, a Política Nacional das Relações de Consumo, na medida em que voltada a assegurar ao consumidor o direito à informação adequada sobre os produtos postos no mercado de consumo (art. 6º, III, do CDC).

Considerou, então, o STJ que a aquisição do produto decorreu da divulgação de informações inverídicas quanto à possibilidade de cura de câncer, por meio de publicidade enganosa e abusiva, e, assim, da exploração da hipervulnerabilidade¹²⁸ do Recorrente, naturalmente fragilizado pelo mal sofrido por seu filho.

As peças publicitárias do Cogumelo do Sol foram consideradas *publicidade enganosa* porque veicularam “informação falsa”; ou seja, a inveracidade das informações prestadas pelo fornecedor induziu o consumidor a erro quanto à natureza, às características e às propriedades do produto; porque não se tratava de um medicamento, mas apenas de alimento que não tinha as propriedades aludidas na informação publicitária.

Ao mesmo tempo, foram consideradas *publicidade abusiva*, porque, explorando uma superstição, o fornecedor aproveitou-se de deficiência de julgamento de consumidor

¹²⁸ Traduzida, na dicção do Relator, como uma vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada.

fragilizado pela situação peculiar em que se encontrava, restando, nas palavras do Ministro Relator, “contrariada a própria boa-fé objetiva que permeia a relação consumerista”.

Identifica-se, nesse ponto, que a “boa-fé objetiva” referida pelo Relator pode ser reputada, s.m.j., como uma boa-fé objetiva *lato sensu*, considerando-se, como tal, a boa-fé conforme um conceito raso, desprovido da profundidade e esvaziado da crítica almejada pela sua concepção germânica na busca por um alcance material provido pela confiança ao direito privado, que possa carregá-lo seus deveres anexos.

Falar em boa-fé objetiva atualmente, em tempos de dirigismo contratual e publicização do direito privado, típicos do Estado Social, pressupõe considerá-la como o princípio expresso no CDC e como a cláusula geral positivada no Código Civil e implica, por isso, reconhecer, conforme abalizada doutrina referida nesse estudo, que ela se tornará fonte de deveres na medida em que receber o aporte material promovido pela confiança (FRADERA, 1990).

Daí a conveniência de se aplicar a boa-fé objetiva no viés atribuído a ela pela doutrina germânica, de carga afetiva e moral, definidor de um modelo ético de conduta, impregnado de honestidade e lealdade, como fonte de deveres jurídicos capazes de alicerçar a confiança, na medida em que, diante das circunstâncias impostas pela sociedade do espetáculo contemporânea, as redes obrigacionais de direito privado suscitam a confiança e exigem a sua proteção, inclusive como uma condição de responsabilidade social, na esteira da relativização dos princípios da autonomia privada e das funções sociais do contrato e da propriedade. Privilegiar a aplicação da boa-fé sob o viés dessa compreensão significa utilizá-la como o instituto complexo conformado pela doutrina germânica, consolidado pelo § 242 do BGB, enquanto *boa-fé lealdade*, definidor de um modelo ético de comportamento solidário, leal e probo que se exige das partes de uma relação obrigacional, com a finalidade de que suas expectativas sejam atendidas diante do vínculo firmado.

Significa dizer que a boa-fé objetiva *stricto sensu* (desenhada com os contornos descritos pela doutrina germânica), que reclama a preocupação com o outro, a genuína e fraterna vontade de cooperação com o *alter*, a conformidade entre o que se pensa, o que se diz e o que se faz, está, necessariamente, imbricada com a confiança despertada de forma plena (enquanto *crença*). Joaquim de Souza Ribeiro (2007) assevera que a boa-fé resulta em um contato social qualificado, que se caracteriza pelo estreitamento da relação, pelas expectativas geradas e pelas vulnerabilidades produzidas, permitindo a interação comunicativa que engendra a confiança.

Conforme ensina Judith Martins-Costa (2015, p. 314), “existe uma interação entre confiança e crença/confiança e fé, aparecendo a confiança como ‘elemento constante’ ora da

proteção da boa-fé, ora como uma de suas ‘concretizações’ ou ‘manifestações particulares’”. E, em algumas situações, isso pode ocorrer, segundo ela, de maneira sobreposta, como acontece com a responsabilidade pré-contratual e com o princípio que leva à vinculação dos fornecedores às suas próprias práticas, quando geradoras de legítimas expectativas.

Se, por outro lado, neste caso concreto do Cogumelo do Sol, a confiança não foi engendrada de forma plena, de modo que, como constou na sentença, “o produto amplamente ofertado no mercado estava sendo utilizado como uma alternativa na busca de cura, tendo em vista que o acompanhamento do paciente por especialistas foi mantido, inclusive com o emprego de radioterapia e quimioterapia”, temeroso seria falar-se em boa-fé objetiva *stricto sensu*.

Quando o Relator do Acórdão do STJ alega, em seu voto, que foi “contrariada a própria boa-fé objetiva”, está a utilizá-la para fundamentar sua decisão de agregar o dano moral ao dano material já reconhecido, sem, entretanto, justificar a aplicação deste princípio; sem explicar os motivos que o fizeram a trazê-lo para o deslinde da causa a despeito de ter o Tribunal *a quo* silenciado a respeito.

Como restara consignado na decisão do TJSP, inclusive, a lide não dava ensejo para se invocar a boa-fé e nem a quebra de confiança. Conforme alegado pelo Relator daquele Tribunal, a ineficácia do produto para o combate da doença não atingiu direito de personalidade, já que, durante todo o período de sua utilização o tratamento convencional foi mantido; o que limitaria, na visão do TJSP, a condenação aos danos materiais.

Ainda assim, o voto condutor recorreu à boa-fé objetiva para fundamentar a necessidade de indenização imaterial, sem, contudo, demonstrar que o Recorrente tinha, efetivamente, crença cabal de que o produto funcionaria, em consequência do que não cabe se falar em “expectativas legítimas” a serem frustradas.

Com efeito, reconheceu o STJ que o consumidor médio, em condições normais, dificilmente acreditaria que pedaços de cogumelos desidratados em comprimidos (na forma oral e em supositórios) poderiam, de forma autônoma, fazer parte do tratamento de paciente com câncer. Segundo o próprio Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a crença do Recorrente foi alicerçada pelo fato de que ele estava **hipervulnerável**, fragilizado pelo prognóstico desfavorável da moléstia de seu filho e pela ausência de expectativas concretas de cura, o que teria, nas suas palavras, “amainado sua capacidade de discernimento” – como se o fornecedor devesse compensar a fragilidade cognitiva imposta ao consumidor pela situação desfavorável.

Saliente-se, nesse ponto, que, mesmo diante da alegação de que a capacidade de discernimento do Recorrente havia sido mitigada – o que descaracterizaria a legitimidade de uma confiança plena eventualmente depositada - ainda assim, a Corte superior invocou a boa-fé objetiva (baseada exclusivamente, ao que se denota, no defeito da informação).

Na esteira desse mesmo entendimento – encetando a boa-fé sob o prisma do dever-direito de informação a despeito da caracterização objetiva de expectativas frustradas -, constatou-se o julgado do STJ que se destinou a solucionar conflito entre o PROCON mineiro e a ABIA, suscitado no Recurso Especial nº 586.316 – MG¹²⁹. Em sua decisão, o STJ, a exemplo do caso do “Cogumelo do Sol”, divergiu do entendimento do Tribunal *a quo* – neste caso, o TJMG -, que havia negado a Apelação do PROCON/MG, interposta com o intuito de desconstituir a sentença que fora favorável à ABIA.

Tal sentença havia sido proferida no Mandado de Segurança Preventivo impetrado pela ABIA em razão do receio que tinha aquela Associação de sofrer ameaças na comercialização de produtos alimentícios em decorrência da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, os quais questionavam o descumprimento do dever de advertir sobre os riscos do glúten aos portadores de doença celíaca. As embalagens dos produtos continham a expressão “contém Glúten”, sem, contudo, trazer a advertência dos riscos que este componente traz à saúde e à segurança dos portadores de doença celíaca.

Em sua decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a sentença, entendendo que não seria permitido ao PRONCON-MG impedir a comercialização dos produtos cujo rótulo apresente a expressão “contém Glúten”, pois eles estariam de acordo com a legislação pertinente. A Lei nº 10.674/03, que ab-rogou a Lei nº 8.543/93, tratando do glúten em alimentos, exige tão somente a aposição das inscrições “contém Glúten”, pelo que seria justo o receio da ABIA de que seus associados viessem a sofrer violação de seu alegado direito líquido e certo, caso fossem obrigados pelos PROCON a completar a frase “contém Glúten”, com expressa advertência dirigida aos portadores da doença celíaca.

O STJ, ao analisar a questão posicionou-se de forma contrária ao TJMG, entendendo que, em virtude do fato de que a Lei nº 10.674/03, enquanto *Lex specialis* a imputar dever de *informação especial*, não afasta o CDC (art. 31), enquanto *Lex generalis* a imputar dever de

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316–MG (2003/0161208-5). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 10 de março de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301612085&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

informação geral, na medida em que se limita a fixar “um piso mínimo” de informação. Na visão daquela Corte superior, portanto, para que o dever informativo fosse cabalmente respeitado, necessário seria estampar nos rótulos, de maneira expressa, que “o Glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos”.

No entendimento do TJMG, porém, ficou consignado que o mal causado pelo glúten não atinge a saúde dos consumidores em geral, mas somente a de um grupo de pessoas que já possui a doença celíaca, de forma que a advertência quanto aos riscos do glúten para os doentes celíacos seria inócua à maioria da população. E, por isso, a informação-conteúdo seria suficiente, ao encontro do que prescreve a Lei nº 10.674/03; não sendo necessária a informação-advertência. Portanto, entendeu aquele Tribunal mineiro que a imposição, pelo PROCON, da necessidade de complementação da informação-conteúdo (“contém Glúten”) com a informação-advertência, dirigida aos portadores de doença celíaca, que expressasse que a existência do glúten é prejudicial à sua saúde, violaria direito subjetivo das indústrias da alimentação, representados pela ABIA.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, rechaçou tal hipótese, arguindo que a obrigação especial de informação (secundária, derivada ou tópica) estatuída pela Lei nº 10.674/03 não extermina ou torna irrelevante a obrigação geral de informação (comum, ordinária ou primária) decorrente do CDC. Ressaltou que o dever de informar reclama um comportamento positivo e ativo por parte do fornecedor, que não se coaduna com uma “meia-informação” ou uma “semi-informação”, porque uma informação que não é completa não é informação no sentido jurídico e prático que lhe atribui o CDC. Ao contrário, o dever de informar, enquanto dever anexo da boa-fé objetiva, coaduna-se com uma conduta conformada pelos valores componentes daquele instituto, de solidariedade e probidade, pela qual as empresas fabricantes deveriam demonstrar proatividade na intenção de prestar as informações de forma mais completa possível, independentemente da quantidade de pessoas celíacas que poderiam vir a se beneficiar delas.

Além disso, convém lembrar que, como já referido neste estudo, a informação prestada ao consumidor deve ser *adequada*. Consoante o inciso III do art. 6º do CDC, uma informação *adequada* tem de ser *completa*, *gratuita* e *útil*, o que levou o STJ a questionar qual poderia ser a relevância de se registrar nos rótulos apenas a expressão “contém Glúten”, concluindo que “a utilidade, mais ainda em um País pouco educado em temas de saúde pública, só aparece quando a informação é vinculada à doença celíaca”¹³⁰.

¹³⁰ STJ. REsp. nº 586.316–MG. 3ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 10/03/2009.

Infere-se, assim, do Acórdão analisado, que o STJ manifestou a preocupação com o fato de que, alijada da *advertência*, a informação presente nos rótulos dos produtos das empresas associadas à ABIA perdeu a qualidade de clareza e precisão e, principalmente, sua *utilidade*, transformando-se no que ele chamou de “subinformação”, destituída de qualquer operatividade. Segundo o Relator Herman Benjamin, “considerando-se o grau de atraso informativo no Brasil, a informação prestada aos nossos consumidores deveria ser mais completa que a exigida nos países mais avançados”¹³¹.

Ao mesmo tempo, a decisão proferida pelo STJ, também contrariou a linha lógica seguida pelo Acórdão do TJMG, que entendeu que a advertência quanto aos riscos do Glúten para os doentes celíacos seria inócua à maioria da população, já que importaria apenas ao restrito grupo de celíacos. O Relator do REsp salientou que o dever de informar (e de bem rotular¹³²) deve ganhar destaque quando se está diante de grupos, e não da generalidade de consumidores, já que, consoante o princípio da boa-fé objetiva, “é de se esperar dos agentes econômicos que, da mesma maneira que dão atenção à diversidade das necessidades e gostos dos consumidores quando se trata de produzir calçados, roupas ou brinquedos, também atentem para as peculiaridades de saúde e segurança desses mesmos consumidores”¹³³.

Percebe-se, nesta argumentação, a preocupação com a responsabilidade social das empresas associadas à ABIA e com a função social dos seus meios de produção, no sentido de assistir, também, às necessidades dos grupos minoritários, a despeito de não serem eles os principais alavancadores do lucro da atividade econômica. Essa responsabilidade social se traduz, segundo o Relator, como a “manifestação concreta da função social da propriedade e da ordem econômica”¹³⁴, valorizando a estima da boa-fé objetiva no período anterior à execução dos contratos (oferta). Nas suas palavras:

São exatamente os consumidores hipervulneráveis os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor. Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à “generalidade das pessoas”, é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade. *Ser diferente ou minoria por doença*

¹³¹ STJ. REsp. nº 586.316–MG. 3ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 10/03/2009.

¹³² As informações preambulares inseridas na rotulagem ou na embalagem dos produtos fazem parte do *marketing* da empresa fabricante, enquanto comunicação mercadológica que encerra um conjunto de atividades exercidas para criar e levar a mercadoria do produtor ao consumidor final. Compõem, assim, uma comunicação pré-contratual que também reclama uma preocupação ativa do fornecedor de assegurar que os seus conhecimentos sobre o produto ou serviço oferecido ao consumo estejam, de forma adequada, à disposição dos possíveis consumidores mesmo antes da formalização do ato de consumo. Na medida em que a embalagem e a rotulagem são veículos de *marketing*, também elas se prestam à enganiosidade.

¹³³ STJ. REsp. cit.

¹³⁴ STJ. REsp. cit.

ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. (STJ. REsp. nº 586.316–MG. 3ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 10/03/2009)¹³⁵

Ao dar provimento ao Recurso Especial do MP/MG e denegar a ordem de segurança pretendida pela ABIA, *a contrario sensu* do entendimento do TJMG, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de não admitir que possam as empresas associadas da Impetrante aproveitar-se da limitação verificada na obrigação especial de informação (Lei nº 10.674/03) para arguir o direito subjetivo de não completar a frase “contém Glúten” com expressa advertência dirigida aos portadores de doença celíaca, em detrimento da obrigação geral de informação instituída pelo art. 31 do CDC.

Verifica-se, assim, que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva foi arquitetada, neste Acórdão do STJ, exclusivamente sobre o direito à informação, tal qual articulado no caso do “Cogumelo do Sol”; de sorte que também reputa-se restrita a uma boa-fé objetiva *lato sensu*, aquém dos contornos estabelecidos pela sua concepção germânica. Gize-se que o fato, em espécie, de que os rótulos das empresas associadas à ABIA não contarem com a informação de que o glúten é prejudicial à saúde dos celíacos – uma vez que não omitam que o produto “contém Glúten” –, não tem o condão de frustrar quaisquer expectativas dos consumidores, não obstante possa, de fato, implicar numa inadequação da informação por comprometimento de sua utilidade.

Observa-se uma peculiaridade comum aos dois Acórdãos analisados – do “Cogumelo do Sol” e do “Glúten” – já que, em ambos os casos, a boa-fé objetiva foi aplicada em virtude de um defeito de informação sem que, contanto, tenha havido uma quebra de expectativas dos consumidores, ou seja, sem que tenha havido uma afronta objetiva e direta ao princípio da confiança. Nesse sentido, considera-se que foi aplicada uma boa-fé genericamente entendida.

Ao mesmo tempo, nesses dois Acórdãos percebe-se que os consumidores envolvidos nas lides são identificados/caracterizados pelo STJ como submetidos a uma situação de hipervulnerabilidade, mesmo que por razões distintas – no caso do “Cogumelo do Sol”, pela situação de abalo psicológico decorrente da falta de perspectiva de cura para a doença do filho; e, no caso do “Glúten”, pelo fato de que os consumidores envolvidos fazem parte de um

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316–MG (2003/0161208-5). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 10 de março de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301612085&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

grupo minoritário que já sofre naturalmente pelos revezes da doença celíaca e em função de preconceitos sociais de outras naturezas –, o que permite inferir que, nessas abordagens feitas pelo STJ, em casos que envolvem consumidores hipervulneráveis, as decisões tomadas, de encontro ao entendimento dos respectivos Tribunais *a quo*, são carreadas de uma espécie de “sentimento de solidariedade” para com um tipo/grupo de consumidor(es) que se acredite estar em situação tal que configure um desequilíbrio não só entre o consumidor e o fornecedor – natural das relações de consumo –, mas também entre *eles* e *os outros consumidores/seus outros pares*, de modo que se deduz que a hipervulnerabilidade desses consumidores alavancou, nesses casos concretos, um sentimento de *proteção*, uma abordagem protetiva por parte daquela Corte, a despeito, inclusive, dos entendimentos manifestados pelos respectivos Tribunais de origem em cada caso.

Todavia, o entendimento manifestado em outro Acórdão - REsp nº 1.364.915–MG¹³⁶ - pelo Relator Ministro Humberto Martins, de que existe uma inter-relação entre informação e confiança e de que a informação prestada gera e mantém a confiança do consumidor, pode, quiçá, vir a suprir a ausência de fundamentação, verificada tanto no Acórdão relativo ao “Cogumelo do Sol” quanto no ao “Glúten”, no que se refere à quebra de expectativas legítimas a afrontar o princípio da confiança, mesmo que, ainda assim, o princípio da boa-fé objetiva tenha sido encetado.

Tal entendimento foi apresentado em Recurso Especial (nº 1.364.915–MG), que trata de suposta falha na informação, suscitada pelo PROCON mineiro contra a empresa Refrigerantes Minas Gerais Ltda., referente à redução de volume do conteúdo de refrigerantes PET “Coca-Cola”, “Fanta”, “Sprite” e “Kuat” de 600ml para 500ml, através de prática conhecida como “maquiagem de produto” ou “aumento disfarçado de preços”, tendo em vista que a informação foi colocada na parte inferior do rótulo e com letras reduzidas¹³⁷.

A Segunda Turma do STJ decidiu que o Acórdão recorrido (do TJMG) não merecia reparo, negando provimento ao REsp, por unanimidade, entendendo que havia responsabilidade solidária entre os fornecedores, quanto ao vício de quantidade dos produtos, e fundamentando sua decisão no *dever de informação* da fornecedora e no *princípio da confiança*.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.364.915-MG (2013/0021637-0). Recorrente: Refrigerantes Minas Gerais LTDA. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 24 de maio de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300216370&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

¹³⁷ A empresa não logrou êxito, em nenhuma das instâncias anteriores, para afastar, por meio de ação anulatória, a incidência de multa administrativa aplicada pelo PROCON.

O Acórdão apontou que a redução do volume do conteúdo dos refrigerantes PET de 600ml para 500ml frustrou a legítima expectativa dos consumidores. Segundo o voto condutor, independentemente de ser o vício notório ou discreto no caso concreto, as expectativas são frustradas mesmo tendo havido abatimento no preço dos produtos, o qual não foi suficiente para elidir a responsabilidade civil da fornecedora.

No seu voto, alertou o Relator que “a autodeterminação do consumidor depende essencialmente da informação que lhe é transmitida” e que a sua consciência de agir depende diretamente da adequação da informação a que teve acesso. A liberdade de escolha do consumidor prevista no inciso II do art. 6º do CDC está, assim, vinculada à correta, fidedigna e satisfatória informação sobre os produtos e serviços postos no mercado porque esta informação é um dos meios de formar opinião e produzir a tomada de decisão de quem consome. O fato da informação ser falsa, inexistente ou, mesmo, incompleta compromete a liberdade de escolha consciente do consumidor, a qual deve ser preservada porque essencial para que ele possa manifestar uma “vontade qualificada”¹³⁸, de forma que suas expectativas em relação ao produto não venham a ser frustradas.

E foi além, ainda, o Relator, afirmando que o dever de informar tornou-se autêntico ônus proativo incumbido aos fornecedores, pelo que concluiu:

Nada mais coerente que, na relação de consumo, o polo que detenha pleno conhecimento do produto oferecido – quer por tê-lo produzido, quer por manter vínculo com seu processo de fabricação ou distribuição –, seja também o responsável por prestar ao polo vulnerável (que desconhece todo esse processo) o necessário esclarecimento para que este possa tomar atitude consciente diante do produto posto à venda no mercado: adquiri-lo ou rechaçá-lo. (STJ. REsp. nº 1.364.915-MG. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. DJ em 24/05/2013)¹³⁹

Nesse sentido, o Tribunal *a quo* já havia identificado a falha de informação da fornecedora a frustrar as expectativas dos consumidores, que já conheciam o produto há muitos anos, para o qual a empresa Refrigerantes Minas Gerais Ltda. manteve o formato do recipiente e do rótulo de maneira a dificultar a percepção da redução do volume:

¹³⁸ Consoante manifestação da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ, o direito à informação, enquanto direito do consumidor, confere-lhe uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou ao serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de *consentimento informado* ou *vontade qualificada*. (STJ. REsp. nº 1.364.915-MG. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. DJ em 24/05/2013)

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.364.915-MG (2013/0021637-0). Recorrente: Refrigerantes Minas Gerais Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 24 de maio de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300216370&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

Ficou demonstrado que houve diminuição do volume dos refrigerantes de 600ml para 500ml, sem qualquer mudança da embalagem, seja na sua forma ou conteúdo, já reconhecida pelo consumidor há vários anos. [...]

A informação sobre a redução de volume do conteúdo foi posta na parte inferior do rótulo, em letras reduzidas, [...] de forma absolutamente insuficiente para alertar os consumidores sobre a modificação. (TJMG. Ap. nº 6483102-23.2009.8.13.0024. 7ª Câmara. Relator Wander Marotta. DJ em 13/06/2012)¹⁴⁰

Em decorrência desses fatos, o TJMG entendeu que a então Apelante burlou a confiança há anos depositada pelos consumidores nos produtos que eles imaginavam conhecer (refrigerante de 600ml) quando não atendeu *adequadamente* ao seu *dever de informar*, suprimindo a liberdade que eles deveriam ter de, eventualmente, escolher outro produto em detrimento do da empresa em questão, o qual deixou de ser a coisa que se pensava (produto com 600ml de volume) para ser coisa que fugira ao habitual (produto com 500ml de volume).

No mesmo compasso do entendimento do TJMG, o STJ, anuindo-lhe, apontou que a informação e a *confiança* entrelaçam-se; e que a informação desempenha função direta no surgimento e na manutenção da confiança por parte do consumidor. Recorrendo à lição de Karl Larenz, o Relator lembrou que o ato de suscitar confiança é “imputável quando quem a causa sabe ou deveria saber que o outro irá confiar”¹⁴¹.

Ficou consignado, assim, no Acórdão da Segunda Turma do STJ, que esse entendimento de inter-relação entre a informação e a confiança vem ao encontro do § 242 do BGB – aludido pelo Relator como um ícone da boa-fé objetiva, como representativo da tutela da confiança no direito privado -, tendo em vista que, na seara consumerista, a confiança legítima do mais fraco constitui-se, na sociedade contemporânea, em um princípio geral do Direito.

Pela análise deste Acórdão do STJ, ficou evidenciado que, no escopo de proteger o direito à informação assegurado pelo CDC, aquele Tribunal deixou patente que a norma registrada no seu art. 31 tem, na sua origem, o princípio da transparência, mas também que ela decorre do princípio da boa-fé objetiva, o qual, como o texto do voto do Relator expressa, perece em ambiente onde falte a informação plena ao consumidor; pelo que no Código

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 6483102-23.2009.8.13.0024. Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Refrigerante Minas Gerais Ltda. 7ª Câmara Cível. Relator: Wander Marotta. Minas Gerais, 13 de junho de 2012. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=64831022320098130024&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=64831022320098130024&select=2>. Acesso em: 10 mai. 2014.

¹⁴¹ STJ. REsp. nº 1.364.915-MG. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. DJ em 24/05/2013.

consumerista, em suas palavras, “o dever de informar não deve ser tratado como mero dever anexo, mas sim como dever básico, essencial e intrínseco às relações de consumo”¹⁴².

Da abordagem realizada no Acórdão, portanto, deduz-se o desígnio da Segunda Turma daquela Corte, neste caso concreto, de aplicar o princípio da boa-fé objetiva a partir da inter-relação entre a informação prestada e a expectativa por ela gerada, de modo a proteger a confiança que os consumidores depositam na prestação contratual, bem assim, na sua adequação ao fim que razoavelmente dela se espera, indo ao encontro da concepção da obrigação como um processo, prolatada por Clóvis do Couto e Silva, pela qual, mais do que o simples cumprimento da prestação obrigacional, importa a satisfação de todas as partes envolvidas com relação aos objetivos precípuos que as levaram a travar o respectivo vínculo obrigacional.

3.3 DO DESTAQUE DADO À INFORMAÇÃO DE CONSUMO

Outro julgado do STJ, de perfil semelhante ao que tratou do caso dos refrigerantes e no qual foram observados entendimentos similares em todas as instâncias, é o referente à cerveja *Kronenbier*, que era classificada por sua fabricante, Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, como uma cerveja sem álcool, quando, na verdade, apresentava teor alcoólico menor que 0,5%, não sendo, assim, totalmente isenta de álcool.

Neste caso, fora o PROCON paulista que aplicara sanção administrativa pelo descumprimento do art. 31 do CDC, e o Recurso Especial de nº 259.903–SP¹⁴³ destinou-se a avaliar o indeferimento, nas instâncias inferiores, de ação ajuizada pela AMBEV, objetivando a declaração de nulidade do ato de infração que aplicara a sanção.

A razão de tal sanção era o fato de que a expressão “sem álcool” aparecia em destaque no rótulo da cerveja e a advertência quanto ao teor alcoólico menor que 0,5% era apresentada em letras minúsculas, de forma que o PROCON/SP entendeu não terem sido fornecidas as informações corretas sobre o teor alcoólico na composição do produto.

No caso, o entendimento do STJ foi plenamente ao encontro da decisão manifestada pelo Tribunal *a quo* (TJSP), de que a atuação da Apelante redundou em manifesta confusão

¹⁴² STJ. REsp. nº 1.364.915-MG. 2ª Turma. Relator Min. Humberto Martins. DJ em 24/05/2013.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 259.903-SP (2012/0245878-1). Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV. Recorrida: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 25 de setembro 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202458781&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 15 out. 2015.

do consumidor, que se deparou com a expressão “sem álcool” em destaque no rótulo da cerveja e, ao mesmo tempo, com a advertência do teor alcoólico menor que 0,5% em letras minúsculas (*caixa baixa*) e com fonte de tamanho reduzido.

A concordância da Segunda Turma do STJ com a decisão do TJSP, consoante o Acórdão, fundamenta-se, a exemplo da decisão referente à empresa Refrigerantes Minas Gerais Ltda., no dever positivo de informação adequada na fase pré-contratual, o qual aquela Turma consignou, de forma extensamente fundamentada, entender, também, vinculado aos princípios da transparência e da boa-fé objetiva, na medida em que tais princípios só são respeitados se as informações a respeito dos produtos fornecidos forem corretas, claras, precisas e ostensivas, nos termos do inciso III do art. 6º do CDC.

Como apontado no item 1.3.4.3, o princípio da veracidade está diretamente ligado à observância da transparência e à aplicação da boa-fé objetiva no Direito do Consumidor. A publicidade promovida pelo anunciante deve conter informações adequadas. E, para tanto, para lograrem adequabilidade, devem ser corretas, claras, precisas e ostensivas (DENSA, 2007); não havendo possibilidade de omissão de informações essenciais, principalmente quando tais informações refiram-se aos riscos do produto ou do serviço (MIRAGEM, 2008). Neste julgado, a decisão do STJ privilegiou o dever de objetividade, que se impõe a todos os responsáveis por um anúncio publicitário em função do princípio da veracidade, pelo qual a mensagem divulgada deve ser clara e objetiva quanto a seus aspectos essenciais (MIRAGEM, 2008). A expressão “sem álcool” em destaque no rótulo das cervejas *Kronenbier* mostrou-se inverídica e obliquou aspecto essencial do produto que dizia respeito à saúde do consumidor, causando-lhe confusão e colocando-o em risco.

No julgado analisado, a referida vinculação com o dever positivo de informação adequada, decorrente do princípio da veracidade, observa-se identificado nos termos da incidência deste dever como derivação próxima ou direta dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, e, remota dos princípios da solidariedade e da vulnerabilidade do consumidor, bem como do princípio da concorrência leal, conforme texto do Acórdão. Inclusive fazendo ele referência expressa ao REsp nº 1.364.915–MG (do caso referente à diferença de volume nas embalagens dos refrigerantes, visto acima), no ponto em que o Relator daquele Recurso Especial apontou a vinculação direta do *dever de informação positiva* do fornecedor com a *confiança* por ele suscitada e com o fato de eventual deficiência na informação ter o potencial de frustrar as legítimas expectativas dos consumidores.

O mesmo objeto gerador de controvérsia quanto à precisão da informação publicitária – identificado pela utilização de letras reduzidas apostas sem destaque nos anúncios – foi

analisado pelo STJ no Recurso Especial nº 1.261.824-SP¹⁴⁴, no qual a Peugeot Citroën do Brasil Automóveis S/A pretendeu desconstituir título executivo decorrente de aplicação de multa pelo PROCON de São Paulo em razão de prática de publicidade enganosa.

Neste caso, a Peugeot estava sofrendo Execução Fiscal que teve sentença desfavorável a ela, fundamentada em publicidade enganosa sob o argumento de que teria oferecido veículos ao público sem o devido destaque a todas as condições envolvidas no valor final do produto ofertado.

E esse entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, quando negou provimento aos Embargos à Execução oferecidos pela empresa. No Acórdão, o Tribunal *a quo* consignou que a Peugeot veiculara campanha publicitária de seus veículos, dando destaque às suas características e às modalidades de parcelamento, enquanto, em letras diminutas (de corpo reduzido), revelava as informações quanto ao percentual da entrada, quanto a não inclusão do frete e quanto à taxa de juros aplicada, induzindo os consumidores a erro quanto aos valores finais dos produtos ofertados. O fundamento da decisão do TJSP foi, novamente, o direito à informação, gerador do entendimento por ele expresso, de que, ao realizar uma promoção, o anunciante tem o dever de informar as ressalvas e restrições à concessão dos benefícios.

Na análise da questão, foram expostos, no Acórdão da Segunda Turma do STJ, vários argumentos sobre o dever positivo imposto aos fornecedores, decorrente do direito dos consumidores à informação, bem como sobre a fundamentalidade desse direito, positivado como garantia fundamental da pessoa humana, invocando sua centralidade no Estado de Direito social e democrático, “mormente em um país como o nosso, que se distancia, em muito, do elevadíssimo grau de escolaridade e conscientização dos consumidores ostentado pelas nações mais ricas, as quais nem por isso deixam de privilegiar a *informação* como molde da coluna vertebral do amparo jurídico aos vulneráveis”¹⁴⁵.

Ficou, desta forma, consignado, nesta decisão, o entendimento do STJ de que não incorre em exagero a pretensão de que a informação disponibilizada aos consumidores, no Brasil, seja mais completa e clara ainda do que em outros países que não sejam tão complexos, diversos e desiguais.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.261.824-SP (2011/0079132-3). Recorrente: Peugeot Citroën do Brasil Automóveis Ltda. Recorrida: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 de maio de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100791323&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

¹⁴⁵ STJ. REsp. nº 1.261.824-SP. 2ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 09/05/2013.

O Relator arguiu que inexistia transparência sem informação plena, veraz e ostensiva, implicando a boa-fé objetiva e o princípio da confiança na fundamentação de seu voto condutor. Consignou que o cuidado que cabe à Peugeot, no caso concreto, com a veracidade e com a plenitude das informações anunciadas (incluindo eventuais ressalvas e restrições) decorre da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva, alegando que, caso contrário, “se a empresa não observa rigorosamente a boa-fé e não atende às expectativas legítimas dos consumidores – fruto das mensagens veiculadas em seus anúncios –, suas atitudes podem vir a operar a transformação da essência ética do dever de informação em grave atentado ao microsistema de proteção do consumidor”¹⁴⁶.

Na análise do julgado, verifica-se, desta forma, o posicionamento do STJ no sentido de que a proteção efetiva do consumidor demanda mais que o simples controle da enganosidade e da abusividade, enquanto eventuais patologias da informação de consumo, tendo em vista que, na esteira do Código consumerista e diante da complexidade do mercado, impõe-se ao fornecedor o dever positivo de informação, em acréscimo a injunções de *non facere*. Conforme asseverou o Relator, Ministro Herman Benjamin,

No passado, sob o regime do *laissez-faire*, cabia ao consumidor informar-se: era a regra do *caveat emptor* (o consumidor que se cuide). Hoje, ao contrário, o legislador a ele conferiu o direito – dito “básico”, pelo CDC – de ser adequadamente cientificado pelo fornecedor, sobretudo naquilo que diga respeito aos riscos à sua saúde e segurança, ou, igualmente relevante, à qualidade, características, preço ou condições de pagamento do produto ou serviço. (STJ. REsp. nº 1.261.824-SP. 2ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 09/05/2013)¹⁴⁷

Assim, na inteligência da Segunda Turma do STJ, além de atender às expectativas legítimas dos consumidores quanto à segurança e à adequação de seus fins, os bens de consumo também devem agregar todas as informações necessárias à sua correta utilização e, até mesmo, à sua fiscalização por parte dos consumidores, dos concorrentes e do Estado. E, na apreciação deste caso da Peugeot em concreto, o Relator frisou que “não se pode pretender que o consumidor se transforme num leitor malabarista ou num ouvinte ou telespectador superdotado, sem que isso afronte o senso comum e a boa-fé objetiva reclamada na relação

¹⁴⁶ STJ. REsp. nº 1.261.824-SP. 2ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 09/05/2013.

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.261.824-SP (2011/0079132-3). Recorrente: Peugeot Citroën do Brasil Automóveis Ltda. Recorrida: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 de maio de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100791323&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

consumerista”¹⁴⁸. Já que converter o *dever de informar* em *dever de informar-se*, além de ressuscitar *contra legem* o arcaísmo do *caveat emptor*, viola o princípio da transparência:

Como regra geral, rodapé ou lateral de página não são locais adequados para alertar o consumidor e, tais quais letras diminutas, são incompatíveis com os princípios da transparência e da boa-fé objetiva, tanto mais se a advertência disser respeito a informação central na peça publicitária e a que se deu realce no corpo principal do anúncio, expediente astucioso que caracterizará publicidade enganosa por omissão [...], por subtração sagaz, mas nem por isso menos danosa e condenável, de *dado essencial* do produto ou serviço. (STJ. REsp. nº 1.261.824-SP. 2ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 09/05/2013)¹⁴⁹

E é da lavra do próprio Relator a conclusão de que “por qualquer ângulo que se observe, não se deve fraquejar na interpretação e concretização dos princípios da *boa-fé objetiva* e da *transparência*, genuínos pilares do Direito do Consumidor”¹⁵⁰.

Contudo, a despeito de ter o Ministro Herman Benjamin arrolado estes argumentos concernentes à fundamentalidade do direito à informação e ao princípio da transparência, advogando pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva para rechaçar a informação de consumo registrada em letras de corpo reduzido aposta em rodapé ou lateral de peça publicitária, negou ele provimento ao pleito do PROCON paulista, sob o manto de jurisprudência reiterada pelo próprio STJ, que, em casos similares¹⁵¹, deixando de aplicar-lhes a boa-fé objetiva, desconsiderou a hipótese de publicidade enganosa ou abusiva, sob a justificativa de que “a inclusão, em anúncio nacional, do valor exato do frete, variável conforme a distância da entrega, pode se mostrar inviável em um país de dimensão continental”¹⁵².

Constata-se, então, que, no caso da Peugeot, o Relator, após a alusão aos princípios da transparência e da boa-fé objetiva, em sede de exceção, atribuída às peculiaridades da hipótese concreta dos autos, isentou a responsabilidade daquela empresa, não reconhecendo omissão ou enganiosidade pelo fato de que o anúncio publicitário consignou, mesmo que

¹⁴⁸ STJ. REsp. nº 1.261.824-SP. 2ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJ em 09/05/2013.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.261.824-SP (2011/0079132-3). Recorrente: Peugeot Citröen do Brasil Automóveis LTDA. Recorrida: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 de maio de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100791323&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

¹⁵⁰ STJ. REsp. cit.

¹⁵¹ Esses demais casos similares, referentes a anúncios impressos de veículos - cuja informação da não inclusão do frete no valor anunciado ficara restrito ao rodapé -, não foram identificados na presente pesquisa porque o STJ sequer aludiu a boa-fé objetiva nos respectivos Acórdãos, decidindo pela inocorrência de ilicitude publicitária.

¹⁵² STJ. REsp. cit.

minimamente, que o valor do frete não estava incluído no preço ofertado (em uma referência à necessidade de se diferenciar a omissão da informação sobre a “não inclusão do frete no preço final” e a omissão, simplesmente, do “preço do frete”).

Ou seja, o voto do Relator, alicerçando-se em jurisprudência daquele Tribunal Superior e indo de encontro à sua própria arguição anterior (no mesmo voto), baseou-se no fato de que a informação mínima, não destacada (em rodapé de anúncio) e em letras diminutas, no caso concreto, foi por si só suficiente para descaracterizar a publicidade enganosa por omissão, pelo fato de não se poder dizer que a informação inexistiu (já que, de alguma forma, ela foi veiculada). O que contrasta com a argumentação arrolada por ele de que não se poderia exigir que o consumidor fosse um “leitor malabarista” e nem um “ouvinte ou telespectador superdotado” e de que “rodapé ou lateral de página” e “letras diminutas” não se compatibilizam com os princípios da transparência e da boa-fé objetiva.

Este julgado consiste, portanto, em um dos dois únicos nos quais se verificou, na pesquisa feita, decisões contrárias aos pleitos consumeristas. A sua peculiaridade, já ressaltada no início desta análise qualitativa, decorre do fato da aplicação da boa-fé objetiva ter sido afastada mesmo após exaustiva argumentação do Relator que implicaria na responsabilização da Recorrente caso o instituto da boa-fé tivesse sido considerado na decisão do voto.

De se salientar, também, o traço comum entre este aresto e os casos da *cerveja Kronenbier* e do *volume dos refrigerantes* da empresa mineira: todos compreendem, como pano de fundo, a discussão sobre a possibilidade ou não da diferenciação de destaque dada a determinadas informações (nas peças publicitárias, embalagens ou rotulagens dos produtos) acarretar a subinformação ou a confusão dos consumidores.

Contempla-se, assim, que a apresentação de informações relevantes em mensagens escritas, compostas por letras em *caixa baixa*, ou de corpo reduzido, ou apostas em espaços desprivilegiados, em contradição com outras mensagens dispostas de maneira mais destacada, como ocorreu nos três casos citados, gerou questionamentos muitos semelhantes, que chegaram até o crivo do STJ e que tiveram, contudo, soluções díspares.

A justificativa apresentada pelo Relator no caso do frete da campanha da Peugeot, além de ter desafiado a sua própria argumentação no voto, ainda foi de encontro ao entendimento mantido nos outros dois julgados, que apresentaram soluções pró-consumidor não obstante a informação útil não ter deixado de existir: o não reconhecimento de omissão ou enganabilidade pelo fato de ter o anúncio consignado, mesmo que minimamente, que o valor do frete não estava incluído no preço apresentado em destaque não é coerente com a

hermenêutica realizada nas decisões dos casos da *cerveja* e dos *refrigerantes*, tendo em vista que, nestes dois casos, a informação verídica (percentual de álcool menor que 0,5% e redução de volume) também foi prestada minimamente e nem por isso elidiu a responsabilização dos respectivos fornecedores.

3.4 O CARÁTER VINCULATIVO DA INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA

Consoante as exposições feitas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Acórdãos analisados, deduz-se que um dos principais aspectos da boa-fé objetiva é seu efeito vinculante em relação à oferta e à publicidade que a veicula, de modo a proteger a legítima expectativa criada pela informação. Tal efeito verifica-se, como já abordado neste estudo, no princípio da vinculação da publicidade, cuja consideração efetivamente tem se consolidado na hermenêutica daquela Corte, a lastrear a aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

A apreciação *in concreto* deste efeito verificou-se, por exemplo, no caso da *venda de veículos seminovos por uma concessionária padrão “SIGA”, avalizada pela GM*. O Recurso Especial nº 1.365.609-SP¹⁵³ tratou de ação de indenização ajuizada por Milton Ferreira Barros contra Afonso Distribuidora de Veículos Ltda. e General Motors do Brasil Ltda., sob a alegação de que a aquisição de automóvel seminovo da concessionária teria ocorrido exclusivamente em razão da confiança na marca GM e na publicidade veiculada, que trazia os dizeres: “*os únicos seminovos com o aval da GM, e mais de 110 itens inspecionados*”¹⁵⁴. No entanto, o primeiro veículo adquirido pelo Autor e o segundo, oferecido em troca ao primeiro pela própria concessionária, apresentaram vários vícios.

A responsabilidade civil da fabricante foi identificada, neste caso, pelo STJ, na esteira dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva (na exata dicção do Ministro Relator), como decorrência do aval por ela dado aos produtos e serviços, através da mensagem publicitária veiculada e da percepção dos benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.365.609-SP (2011/0105689-3). Recorrente: General Motors do Brasil LTDA. Recorrido: Milton Ferreira Barros. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de maio de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101056893&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁵⁴ A GM qualificara a Corré como uma “*Concessionária SIGA*”, para a qual presta alguns serviços diferenciados, de forma que os defeitos elencados pelo Autor poderiam ter sido evitados se os veículos tivessem sido efetivamente inspecionados e devidamente revisados pela fornecedora antes de serem revendidos.

De fato, consoante as teorias da comunicação sobre publicidade analisadas na primeira parte deste estudo, entre os requisitos essenciais para que a mensagem publicitária atinja seus objetivos, está a sua capacidade de angariar a confiança de seus receptores no afã de persuadi-los; e esta capacidade depende diretamente, entre outras coisas, da credibilidade da marca que está por trás do produto anunciado. Daí que a correlação do prestígio da marca “GM” com os veículos seminovos, indubitavelmente, agregou potencial persuasivo à mensagem publicitária.

Se o anunciante goza da confiança do receptor (daí a importância do renome do fornecedor e da confiança depositada na *marca*), a mensagem estará bem alicerçada, o que também contribuirá para a sua credibilidade (COBRA, 1991).

E, como efeito da boa-fé aplicada pelo STJ, foi considerado o princípio da vinculação da publicidade na medida em que a responsabilização da GM, em solidariedade à concessionária, derivou da utilização de sua marca de renome, a qual, segundo o Relator, gerou no consumidor legítima expectativa de que o negócio era garantido por aquela montadora; conclusão que a vinculou à informação de consumo veiculada na campanha.

No escólio de Cláudia Lima Marques (1999, p. 627) “a eficácia vinculativa da publicidade, decorrente do princípio da vinculação, estabelece, como consequência prática, que o fornecedor, ao realizá-la, coloca-se em estado de sujeição, submetido que se encontra aos efeitos do exercício do direito formativo do consumidor de aceitar a oferta publicitária, e com isso, celebrar o contrato”. Como decorrência desse paradigma, pode surgir, segundo Paulo Jorge Scartezini, violação ao princípio da boa-fé objetiva nos seguintes casos:

Se, diante da publicidade feita ou do interesse do consumidor formar o contrato, houver recusa do ofertante, pode esse ser obrigado, nos termos do inc. I do art. 35, a cumprir o prometido. Por outro lado, se o contrato houver sido firmado e, posteriormente, verificar seu vício pela disparidade com a publicidade, os dispositivos a serem aplicados serão, à escolha do consumidor e dependendo da hipótese, os artigos 18 a 20¹⁵⁵ ou o inc. II do art. 35. (GUIMARÃES, 2001, p. 105)

Destarte, neste julgado, a responsabilização de ambos Réus (GM e Afonso Distribuidora de Veículos), a sujeitá-los a tais efeitos no prisma do princípio da vinculação da oferta veiculada, efetivou-se por meio do entendimento daquela Corte de que tal princípio reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos.

A Quarta Turma do STJ implicou também, na fundamentação do Acórdão, de modo a negar provimento ao Recurso Especial impetrado pela Recorrente General Motors, o princípio

¹⁵⁵ Art. 18 (vícios de qualidade); art. 19 (vícios de quantidade); art. 20 (vícios sobre a qualidade do serviço)

da identificação – visto no item 1.3.4.1 -, salientando, com força no artigo 36 do CDC, que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor identifique-a como tal fácil e imediatamente, e que a exegese desta norma foi justamente a de protegê-lo, permitindo que ele, na qualidade de receptor da mensagem, facilmente identifique o produto ou serviço ofertado, bem como reconheça **qual é** ou **quais são os fornecedores** patrocinadores da oferta difundida.

Assim, na esteira do entendimento já esposado pelo juízo primevo e pelo Tribunal *a quo* (TJSP), o Superior Tribunal de Justiça, invocando os princípios da identificação e da vinculação da publicidade, e declarando como inequívoco o caráter vinculativo da oferta a integrar o contrato, apontou, no Acórdão, que “o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente [...] com a chancela de determinada marca, [...] sendo incontroverso que a GM realmente partilhou do informe publicitário, tendo participado da publicidade e dando seu aval à garantia dos seminovos comercializados pela Corré Afonso Distribuidora”¹⁵⁶.

A Recorrente GM alegou, nas razões do Recurso Especial, que o programa “SIGA” não se relaciona com qualquer garantia dada por ela a automóveis usados comercializados por concessionárias, mas sim à qualificação dessas empresas segundo seus critérios [da GM] para a venda desses veículos, inclusive de outras marcas; e que a sua participação na peça publicitária tinha, então, apenas o objetivo de qualificar a concessionária Corré no sentido de demonstrar suas condições para participar do referido programa, tais como instalações, disponibilidade de recursos financeiros ou capacidade empresarial.

O Relator do Acórdão, contudo, observou não ser possível chegar a mesma exegese sem que seja violada a boa-fé objetiva, porque, pela leitura do *slogan*, percebia-se que “era extremamente razoável a conclusão do consumidor de que os automóveis seminovos vendidos naquele estabelecimento eram de excelente procedência, justamente porque inspecionados em mais de 110 itens com a garantia de qualidade GM (marca Chevrolet)”¹⁵⁷, e porque “para chegar a conclusão diversa (conforme almeja a Recorrente) seria inevitável reconhecer que a informação veiculada não foi correta nem clara, e muito menos precisa (como exige o artigo 31 da Lei nº 8.078/1990)”¹⁵⁸; o que acarretaria a razoabilidade da prevalência da aparência como norte de compreensão, por parte do consumidor, fundado na confiança na marca. Nas suas palavras:

¹⁵⁶ STJ. REsp nº 1.365.609-SP. 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ em 25/05/2015.

¹⁵⁷ *Idem*

¹⁵⁸ *Idem*

Descumprido o dever de informar adequadamente - o que se observa mediante a redação clara, legível e inequívoca da mensagem publicitária -, prevalece imperiosamente a aparência, ou seja, aquilo que for compreensível ao consumidor mediano, indivíduo hipossuficiente e vulnerável, que não detém conhecimento técnico da realidade prática a que se submete primordialmente por confiança na marca Chevrolet.

[...]

Os automóveis seminovos alienados não estavam em estado compatível com o que fora anunciado, não havendo correspondência do produto com a expectativa gerada pela oferta veiculada, devendo-se reconhecer a sua responsabilização. (STJ. REsp nº 1.365.609-SP. 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ em 25/05/2015)¹⁵⁹

A integração do contrato pelo caráter vinculativo da oferta constituiu-se, assim, consoante o Acórdão da Quarta Turma do STJ, na “materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade”¹⁶⁰, diante do vício de qualidade dos produtos em questão neste julgado.

Ao tratar da responsabilidade pelos vícios do produto ou serviço, o CDC traz regras intimamente ligadas ao princípio da vinculação. Os seus artigos 18, 19 e 20 preveem a responsabilidade solidária do fornecedor pelos vícios de qualidade e quantidade dos produtos ou dos serviços¹⁶¹ que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, ou, mesmo, que apenas lhe diminuam o valor, bem como aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes no recipiente, na embalagem, na rotulagem, ou na respectiva mensagem publicitária. Entende-se, nesse sentido, os vícios decorrentes da disparidade com as indicações referidas como vícios de informação, que podem, em determinados casos, ser originados na mensagem publicitária que promoveu os respectivos produtos ou serviços. E, segundo Paulo Jorge Scartezini, surge, nesse ponto, a violação ao princípio da boa-fé objetiva:

Teremos, pois, duas situações, e, diante de cada uma, haverá aplicação do artigo 35 ou dos artigos acima mencionados. Assim, se, diante da publicidade feita ou do interesse do consumidor formar o contrato, houver recusa do ofertante, pode esse ser obrigado, nos termos do inciso I do artigo 35, a cumprir o prometido. Já, se o contrato houver sido firmado e, posteriormente, verificar seu vício pela disparidade com a publicidade, os dispositivos a serem aplicados serão, à escolha do consumidor e dependendo da hipótese, os artigos 18 a 20 ou o inciso II do artigo 35. (GUIMARÃES, 2001, p. 105)

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.365.609-SP (2011/0105689-3). Recorrente: General Motors do Brasil LTDA. Recorrido: Milton Ferreira Barros. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de maio de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101056893&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁶⁰ STJ. REsp nº 1.365.609-SP. 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ em 25/05/2015.

¹⁶¹ Art. 18 (vícios de qualidade); art. 19 (vícios de quantidade); art. 20 (vícios referentes à qualidade do serviço).

Outro exemplo no qual se identifica o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que o princípio da vinculação, de fato, reflete a imposição da transparência e da boa-fé na publicidade, é o caso da *negativa de cobertura de Plano nacional da Unimed*, analisado no Recurso Especial nº 1.377.899-SP¹⁶².

Neste julgado, o STJ enfrentou questões referentes à ação proposta por Chedid Georges Abdulmassih contra as Sociedades Cooperativas de Trabalho Médico *Unimed Paulistana* e *Unimed de Belém*. Na ação, o Autor pleiteava ter ressarcidas todas as suas despesas médicas e hospitalares em cirurgia realizada em São Paulo para tratamento de neoplasia em sua tireoide, bem como ser indenizado por danos morais, tendo em vista a recusa da concessão de autorização para a realização do procedimento médico na rede credenciada, ainda que fosse contratante do Plano nacional de saúde da Unimed Belém.

Na decisão, não obstante a Recorrente *Unimed Paulistana* tenha alegado a autonomia e independência de suas unidades, o STJ atribuiu-lhe responsabilidade civil solidária com a *Unimed de Belém*, para imputar-lhe a obrigação de indenizar o Autor material e moralmente, com base no princípio da vinculação da publicidade, considerando que o principal e enfático apelo de venda dos seus Planos de Saúde, nas publicidades que então veiculava, era o de que a sua abrangência era nacional, o que estimulava nos consumidores expectativas de que todo Sistema Unimed estivesse interligado, tanto no tocante às responsabilidades com eles assumidas, quanto à área de cobertura de cada unidade e suas respectivas disponibilidades. A Corte superior consignou em seu Acórdão que

A utilização do mesmo logotipo e nome – Unimed – dificulta a cognição das responsabilidades e da área de cobertura de cada unidade considerada de *per se*, ainda que detentoras de personalidade jurídica diversa.

Sob esse prisma, não demanda muito esforço concluir que o usuário é suscetível de grande confusão no momento da contratação e da utilização do plano de saúde oferecido pelas sociedades cooperativas integrantes do Sistema Unimed, mormente ante o fato de que lhe é facultado o atendimento em qualquer parte do território nacional.

Verifica-se, portanto, que a publicidade do Sistema Unimed busca instigar o indivíduo à contratação mediante a convicção de que se trata de entidade única com atuação em âmbito nacional, o que só faz reforçar nele a ideia de que esse sistema lhe oferece uma maior gama de serviços e facilidades. (STJ. Resp nº 1.377.899-RS. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJ 11/02/2015)¹⁶³

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.377.899-RS (2011/0171318-6). Recorrente: UNIMED Paulistana – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Chedid Georges Abdulmassih. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101713186&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

¹⁶³ STJ. REsp nº 1.377.899-RS. 4ª Turma. Relator Min, Luis Felipe Salomão. DJ em 11/02/2015.

Nessa toada foi a intelecção do voto diretor, que considerou, *in verbis*, “inequívoco o caráter vinculativo da informação e da publicidade, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a propaganda desperta no consumidor, mormente no que tange ao uso coletivo de uma mesma marca”¹⁶⁴.

Nesse sentido, o voto, chancelando doutrina de Bruno Miragem, demonstrou o entendimento daquela Corte de que a vinculação da marca a uma “aparência jurídica”, quando desperta a confiança do consumidor, rende ensejo à responsabilização daqueles que a utilizam na esteira da boa-fé objetiva. Baseando-se, então, neste princípio, o STJ consignou que, descumprido o dever de informar adequadamente, prevalece a “aparência”, ou seja, aquilo que um consumidor mediano possa vir a compreender, dado que não detém conhecimento técnico da realidade prática a que se submete.

Destarte, a sujeição das empresas demandadas à “aparência” do negócio jurídico decorreu, neste caso, da aplicação do princípio da boa-fé, e da confiança despertada no consumidor pela marca (no caso, a do Sistema de Cooperativas Unimed).

No caso do empreendimento “*Meliá Barra Confort First Class*”, já referido, o princípio da vinculação da publicidade também foi o mote da fundamentação esposada pelo STJ a tutelar os consumidores que acreditaram no fato de que estavam adquirindo imóvel a ser administrado em regime de *pool* hoteleiro. Pesou na decisão da Quarta Turma do STJ a relevância do direito à informação a implicar os termos da oferta publicitária no dever das Rés de entregar aos adquirentes um produto estritamente compatível com o anunciado, pelo que, mesmo após as alterações estruturais promovidas para adequá-lo à contingência da falta de autorização para o funcionamento como *hotel*, restou configurada a hipótese de anulação dos contratos, em provimento ao pleito dos respectivos consumidores.

Consoante a manifestação do Superior Tribunal de Justiça, neste caso, a imposição da transparência e da boa-fé objetiva como princípios aptos a macular a publicidade do empreendimento é reflexo da vinculação da mesma, a justificar, inclusive, a anulação dos contratos. O Acórdão justificou, assim, detidamente, a aplicação da cláusula geral da boa-fé para o fim de dar solução à lide, inclusive em decorrência do caráter vinculativo da informação de consumo veiculada na campanha publicitária. Conforme o voto do Relator, no caso, “ressoa inequívoco o caráter vinculativo da informação e da publicidade, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada,

¹⁶⁴ STJ. REsp nº 1.377.899-RS. 4ª Turma. Relator Min, Luis Felipe Salomão. DJ em 11/02/2015.

sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor”¹⁶⁵.

Neste caso, a decisão do STJ, prestigiando o caráter vinculativo das informações que foram prestadas já na campanha publicitária (a despeito, até mesmo, do que, eventualmente, pudesse vir a estar prescrito em contratos), corroborou o entendimento de que a boa-fé objetiva incide desde quando as partes se põem em contato social, antes mesmo da firmação de contratos, conforme abordado na primeira parte deste estudo, no item 1.3.4.2. No escólio de Judith Martins-Costa (2015), a boa-fé atua como fonte de deveres de proteção, no mecanismo de formação dos contratos, já nas fases de prospecção e de negociação, principalmente nas relações de consumo, que implicam a vulnerabilidade de uma das partes, porque, então, a necessidade de proteção se manifesta, como já referido, antes mesmo do estado de vinculabilidade ou do estado de vinculação.

O mesmo efeito vinculante foi conclamado pelo STJ no julgado, também já referido, do *Palio Fire* publicizado pela FIAT como modelo 2007. Neste caso, a decisão da maioria da Terceira Turma do STJ, de negar provimento ao Recurso Especial da fabricante, pautou-se, ao aplicar o princípio da boa-fé objetiva de forma também extensamente fundamentada, no entendimento de que a necessidade de assegurar o equilíbrio da relação entre os contratantes implica no imperativo de se respeitar a vinculação da FIAT à campanha de lançamento dos veículos produzidos entre maio e julho de 2006, a despeito do argumento oferecido pela montadora Recorrente, de que é praxe do mercado automobilístico a atualização periódica de seus produtos¹⁶⁶.

3.5 O CONTEÚDO DA BOA-FÉ OBJETIVA CONSOANTE O CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO

Quando analisou o caso do tabagismo, no Recurso Especial n° 1.113.804-RS¹⁶⁷, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o problema do estabelecimento de uma norma de conduta consoante a aplicação do princípio da boa-fé em um caso concreto cujos fatos tenham ocorrido em um contexto sócio-histórico díspar do verificado hodiernamente no que se refere

¹⁶⁵ STJ. REsp. n° 1.188.442-RJ. 4ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ em 05/02/2013.

¹⁶⁶ Como exposto anteriormente, a partir de julho de 2006, a FIAT passou a produzir o veículo *reestilizado*, com a mesma denominação de *Palio Fire modelo 2007*.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1.113.804-RS (2009/0043881-7). Recorrente: Souza Cruz S/A. Recorrido: Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi e Outros. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 24 de junho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900438817&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

aos arquétipos de comportamento e valores do povo brasileiro, segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas sociais e de normas constantes de universos metajurídicos.

O Brasil é um dos maiores produtores mundiais de tabaco e o principal exportador¹⁶⁸. Antes da Constituição Federal de 1988, a indústria do tabaco frequentemente se utilizava de argumentos relacionados a direitos humanos para defender suas práticas. Assim, resguardavam a premissa segundo a qual as pessoas teriam o direito de fumar onde quisessem e, as empresas, o direito de anunciar seus produtos de forma livre, em decorrência do exercício da liberdade de expressão, como um dos direitos fundamentais, relacionado à dignidade humana. Sob esse ponto de vista, as empresas do setor do tabaco estariam autorizadas a fazer publicidade livremente, pois é fato que, nas palavras de Daniel Sarmiento,

todo e qualquer conteúdo de mensagem encontra-se *prima facie* salvaguardado constitucionalmente, por mais impopular que seja. Aliás, um dos campos em que é mais necessária a liberdade de expressão é exatamente na defesa do direito à manifestação de ideias impopulares, tidas como incorretas ou até perigosas pelas maiorias, pois é justamente nestes casos em que ocorre o maior risco de imposição de restrições, como assentou com propriedade o STF, no julgamento da ADPF 187, que versou sobre a chamada “Marcha da Maconha”. (SARMENTO, 2014, p. 256)

No entanto, liberdade de expressão não significa liberdade comercial. Em primeiro lugar porque a propaganda comercial é aspecto periférico da liberdade de expressão, não sendo protegida tão intensamente pela nossa ordem constitucional; e, em segundo, porque, especificamente no caso do tabaco, a tutela da saúde e do meio ambiente, ostentando posição de destaque no sistema de valores da Constituição Federal, relativiza a liberdade de expressão (SARMENTO, 2014). A publicidade de produtos perigosos, mas legais, como determinados venenos ou armas de fogo, não é permitida. E muitos produtos farmacêuticos que, inclusive, podem salvar vidas estão excluídos de várias formas de publicidade. De forma que, o direito fundamental à liberdade de expressão pode ser relativizado diante da necessidade de tutela de bens jurídicos da importância da saúde e do meio ambiente e admite restrições na medida em que possa vir a redundar em potencial lesivo a outrem. Desta forma, consoante preleciona Daniel Sarmiento,

[...] quis o constituinte proteger outros bens jurídicos extremamente importantes na nossa ordem constitucional, como a saúde e o meio ambiente. Infere-se da Constituição uma autorização para que o legislador busque, através da regulação da propaganda, desestimular o consumo de determinados produtos de efeitos deletérios sobre a saúde humana e meio ambiente, como o tabaco. No que concerne ao tabaco,

¹⁶⁸ Fonte: Portal Brasil. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/tabagismo1>> Acesso em 04 jun 2014.

aliás, a interpretação da Constituição deve considerar a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, promulgada através do Decreto nº 5.608/2006, em que o país se compromete internacionalmente a adotar medidas restritivas da respectiva propaganda comercial, haja vista a plena convergência axiológica entre dita Convenção e a nossa ordem constitucional. (SARMENTO, 2014, p. 2040)

Assim, se, por um lado, a liberdade de expressão é um direito fundamental, a socorrer os fornecedores na meta de difusão de seus produtos por meio de mensagens publicitárias, por outro, a tutela da vida e da saúde já relativizava a sua garantia mesmo antes da Constituição de 1988.

No caso do REsp nº 1.113.804-RS, em razão do falecimento de um consumidor de uma marca de cigarros da empresa Souza Cruz S/A, em consequência de enfermidade atribuída por seus familiares ao produto, veio à tona a questão da licitude das campanhas publicitárias a ele referentes.

O REsp trata de ação de reparação de danos morais que foi ajuizada contra a Souza Cruz S/A por Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi e outros sete autores, entre filhos e netos de Vitorino Mattiazzi, que fora tabagista desde a adolescência e que, em 1998, foi diagnosticado com doença bronco-pulmonar obstrutiva crônica, acrescida de enfisema pulmonar avançado, o que culminou com o seu falecimento por adenocarcinoma pulmonar.

Segundo os Autores, a morte de Vitorino teria ocorrido em decorrência do fumo dos cigarros da marca *Hollywood*, de fabricação da Ré, iludido por peças publicitárias que ostentavam paisagens nas quais se incluíam iates e carros de luxo, protagonizados por saudáveis e musculosos homens, sempre acompanhados de encantadoras mulheres, sob o comando do *slogan* “*Hollywood... ao sucesso!*”.

Além de sustentar a tese de que havia nexo de causalidade entre a morte por adenocarcinoma pulmonar e o defeito do produto, os autores defendiam que a Ré teria prestado informação inadequada, em publicidade ilícita.

Não obstante a sentença dada na ação tenha sido de improcedência, por não ter o magistrado de piso vislumbrado nexo de causalidade entre a conduta da Ré, que estaria em regular exercício de direito, e a doença que vitimou o falecido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de Apelação, reformou-a, julgando procedente o pedido, entendendo ter havido violação do dever de informação sobre o cigarro por parte da Souza Cruz S/A e que a sua conduta teria sido dolosa, visto que ocultou da população a informação sobre os males que advêm do cigarro, valendo-se de propagandas enganosas e abusivas, que seriam aliantes, cooptantes e massificantes, e que teriam feito com que a vítima iniciasse o hábito tabaqueiro.

O Acórdão do TJRS fundamentou, ainda, a decisão de reforma da sentença, no fato de que teria ocorrido, no caso, a inobservância do princípio da boa-fé objetiva, de forma que a omissão da empresa tabagista na prestação de informações precisas sobre o produto pode ser configurada como ato ilícito, na medida em que denotou flagrante descumprimento do dever anexo de informação.

O STJ desabonou o entendimento do TJRS, ao dar guarida ao recurso da Souza Cruz S/A para julgar improcedente o pedido indenizatório, alegando que aquela Corte estadual valeu-se, quase que exclusivamente, de normas e princípios consagrados na legislação consumerista, para chegar à conclusão acerca da violação do dever legal relativo à informação sobre o cigarro, nos seguintes termos: “se vislumbra o equívoco dessa posição, porque os fatos supostamente ilícitos imputados à indústria tabagista teriam ocorrido em décadas pretéritas [...], alcançando notadamente períodos anteriores ao CDC e a legislações restritivas do tabagismo”. No Brasil, o sistema misto de controle da publicidade (ou seja, a conjunção do sistema legal ao autorregulamentar) foi adotado apenas a partir de 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal¹⁶⁹, quando a legislação pátria passou a impor restrições à publicidade do tabagismo; e a proibição da publicidade enganosa e abusiva veio, na esteira do seu art. 220, com o Código de Defesa do Consumidor, elaborado em 1990.

A decisão do TJRS fora de que deveria haver a responsabilização da Souza Cruz S/A também porque o fato de sua atividade não ser ilícita não a eximiria de observar os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, consoante o voto do então Relator: “contudo, [o fato da atividade ser legal] não enseja a conclusão de que ela foi ou é exercida com a observância do princípio da boa-fé objetiva. Até porque, as fantasias de prazer e ventura apregoadas em suas

¹⁶⁹ A Constituição brasileira não proibiu a publicidade de derivados do tabaco ou do álcool, nem a propaganda de medicamentos e de produtos genericamente nocivos à saúde e ao meio ambiente. Nos parágrafos 3º e 4º do artigo 220, atribui competência ao legislador comum para, através de lei federal, regular as restrições que se imporão à publicidade desses produtos (RODYCZ, 1994).

No §4º do artigo 220, determina que a propaganda comercial de tabaco está sujeita a restrições legais e conterà advertências sobre os malefícios do tabagismo. A Lei nº 9.294/96, alterada pelas Leis nºs 10.167/00 e 12.546/12, dispôs sobre as restrições ao uso e à propaganda – *lato sensu* – de produtos fumígenos, nos termos do referido §4º do art. 220 da CF/88. A partir da promulgação da Lei nº 9.294/96, passou a ser vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas. Com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.167/00, a publicidade destes produtos sofreu mais contundente restrição, passando a ser admitida apenas por meio de pôsteres, painéis e cartazes “na parte interna” dos locais de venda.

Ainda com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.546/12 à Lei nº 9.294/96, também passou a ser exigida, a partir de 1º de janeiro de 2016, a impressão de um texto de advertência adicional, nas embalagens de produtos fumígenos vendidos diretamente ao consumidor, ocupando 30% da parte inferior de sua face frontal. A lei já determinava a inclusão das cláusulas de advertência destacadas em 100% da face posterior e de uma das laterais das embalagens.

sedutoras propagandas contrastam, umbilicalmente, da realidade maléfica que, indubitavelmente, advém da cultura e do consumo do fumo”¹⁷⁰.

Contudo, conquanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenha aplicado o princípio da boa-fé na resolução da lide, para atribuir a responsabilidade indenizatória à Ré, o Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, entendeu pelo não cabimento da utilização do princípio para identificar uma “norma de dever” capaz de imputar à Ré consequências jurídicas suscetíveis de responsabilização civil. Nem sequer o dever anexo de informação foi considerado hábil, pelo STJ, a imputar responsabilidade à empresa, sob o argumento de que o dever jurídico de informar se extrai do ordenamento jurídico enquanto um sistema coerente, o qual vai além da letra da lei e é dotado de regras e princípios de conteúdos variáveis no tempo e no espaço.

Por tal razão, o STJ aduziu que o dever anexo de informação não possui forma senão diante da realidade social, dos costumes e das demais normas que, eventualmente, lhe dão relevo. E, assim como ao dever de informação derivado de sua função criadora de deveres jurídicos, à própria boa-fé objetiva foi negada aplicação pelo STJ, sob o argumento, no Acórdão, de que “a boa-fé não possui um conteúdo *per se*, a ela inerente, mas um conteúdo contextual, com significativa carga histórico-social” e de que, no caso concreto proposto pelos Autores, “o princípio da boa-fé e, conseqüentemente, o dever acessório de informação, não restariam sequer arranhados se examinados conforme os costumes e adotada a visão do homem médio daqueles tempos”¹⁷¹.

A percepção demonstrada pela Quarta Turma do STJ contrasta diametralmente, na questão em tela, com o entendimento do TJRS, que apontou a afronta à boa-fé pela Souza Cruz também no voto do Desembargador Artur Arnildo Ludwig, o qual, ao acompanhar o Relator do Acórdão gaúcho, aduziu que, décadas atrás, a Demandada, já conhecia os efeitos nocivos do cigarro e, mesmo assim, nada esclareceu aos consumidores e possíveis usuários, tendo, desta forma, o lucro como seu principal intuito. E, mais do que omitir os esclarecimentos devidos, a Ré teria veiculado informação publicitária sedutora, persuadindo a vítima, Vitorino Mattiazzi, a consumir seu produto “Hollywood”. Em suas palavras, “o falecido, efetivamente foi provocado a consumir os cigarros em sua adolescência pela massiva e indutiva publicidade realizada pela fabricante, [...] demonstrando que fumar era charmoso e sinônimo de *status*”¹⁷². Referiu-se o TJRS ao fato de que as campanhas publicitárias do

¹⁷⁰ TJRS. Ap. nº 70070017634486. 5ª Câmara Cível. Relator Des. Paulo Sergio Scarparo. DJ em 27/06/2007.

¹⁷¹ STJ. REsp nº 1.113.804-RS. 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ em 24/06/2010.

¹⁷² TJRS. *REsp. cit.*

produto em tela veiculavam imagens de artistas e, mesmo, de celebridades fumando; o que, por vezes, via-se, também, em programas de televisão, fazendo ou não parte de *merchandisings*, de forma a emprestar um pretense charme ao ato de fumar, incentivando a sua glamourização.

Com efeito, conforme foi minuciosamente exposto na primeira parte deste estudo, o discurso publicitário persegue a persuasão para despertar a fantasia, a vontade, o gosto e o desejo dos receptores de suas mensagens por produtos que eles nem imaginavam precisar e, até mesmo, por produtos que tenham a capacidade de lhes provocar malefícios.

Contudo, em contrapartida, essa mesma glamourização foi encetada, por outra via, a descaracterizar o cabimento da aplicação do princípio da boa-fé objetiva no caso. Na decisão do Recurso Especial, o Tribunal entendeu que o fato da Ré não ter esclarecido os consumidores décadas atrás, não configurou violação da boa-fé objetiva porque a realidade social das décadas de 40 a 70 era, segundo o Relator do Acórdão, totalmente diversa, relacionando-se o fumo com uma estética de *glamour*, charme e beleza, chegando-se até ao ponto de estabelecer um paralelismo entre tabagismo e intelectualidade e arte.

Ademais, ficou consignado, na manifestação do voto condutor, que o princípio da boa-fé reflete a moral consoante a flutuação decorrente do dinamismo social, e que os valores da comunidade, naquela época, não permitiam que se possa, hoje, emprestar um conteúdo substancial à boa-fé objetiva, que demonstre contrariedade aos usos e costumes da sociedade de então. Segundo o entendimento do STJ, então, o desvalor do cigarro como forma depreciativa do próprio corpo emergiu apenas a partir da década de 90, o que autorizaria concluir que a aplicação da boa-fé objetiva, neste caso concreto, incorreria no risco de reduzi-la tão somente a uma ferramenta esvaziada, desprovida de conteúdo crítico, descontextualizada historicamente, a gerar um temeroso sentimento de insegurança jurídica, *in verbis*:

Em mira esses fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de 50 a 80, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira tão fluída, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais, como dito, preexistiam séculos, para se chegar então à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma jurídica, quer advinda de lei, quer advinda de princípios gerais de direito, quer advinda dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento. [...] Decerto, seria um completo desprestígio ao próprio arcabouço normativo advindo a partir da Constituição de 1988, que regulamentou de forma minuciosa a matéria, sustentar que tudo se resolveria a partir da invocação da boa-fé, porquanto se assim

fosse, seria desnecessária a regulamentação normativa. (STJ. REsp. nº 1.113.804-RS. 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ em 24/06/2010)¹⁷³

Como referido, apenas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a partir de uma nova conformação do modelo de conduta da sociedade brasileira no pertinente ao tabagismo, é que se deu lugar às restrições jurídicas (controle legal da publicidade) das campanhas promotoras do tabaco. Estas restrições e limitações impostas pela legislação, que incrementaram o controle legal da publicidade do tabaco no Brasil, aliadas à majoração da tributação do setor e à proibição do fumo em ambientes fechados, acabaram por redundar em significativos efeitos práticos na mitigação dos malefícios causados pelo tabagismo, tanto no que se refere à saúde dos tabagistas, na esfera individual, quanto no que tange às questões de saúde pública e de implicações sócio-econômicas.

Pelo que se conclui, do entendimento esposado pelo STJ neste precedente, que a boa-fé deve ser aplicada apenas quando se prestar, conforme o ensinamento de Judith Martins-Costa (1999), a alicerçar um juízo com base em certo conteúdo substancial e não para ampliar a extensão dos poderes do juiz, não podendo, assim, ser compreendida apenas como norma de reenvio a padrões éticos, visto que, se assim o fosse, tanto faria o apelo a ela como ao abuso de direito ou a um vago juízo de equidade. E tal conteúdo substancial, na visão do STJ, deve estar, como visto, coevo com o contexto sócio-histórico da época em que ocorridos os fatos de cada caso concreto.

No caso em pauta, dado que a publicidade do produto “Hollywood” foi veiculada antes da codificação consumerista e, mesmo, antes da Constituição de 1988 - que deu ensejo a tal codificação -, a aplicação da cláusula geral da boa-fé, a depender de sua conexão axiológica com a Carta Magna, não pode prescindir de um conteúdo que só passou a ser consubstanciado, no entendimento do STJ, a partir da promulgação da mesma. Gize-se aqui, a lição de Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 132), quando afirma que a técnica das cláusulas gerais “remete [...] à sua conexão axiológica com a Constituição, onde se definem os valores e princípios conformadores da ordem pública”.

Portanto, o precedente do tabaco foi o segundo caso identificado na pesquisa no qual o STJ proferiu decisão contrária ao pleito consumerista, pelas específicas e peculiares razões expostas. A aplicação da boa-fé a lastrear eventual posicionamento favorável aos

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.804-RS (2009/0043881-7). Recorrente: Souza Cruz S/A. Recorrido: Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi e Outros. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 24 de junho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900438817&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

consumidores ficou limitada à consideração da realidade social imbricada no contexto histórico específico do caso.

Outro exemplo de entendimento verificado nos julgados do STJ sobre ilicitudes publicitárias em que, na aplicação da boa-fé, foi observado o dinamismo social afeto ao contexto histórico, mas que, mesmo assim, apresentou decisão favorável aos consumidores representados pelo Ministério Público gaúcho (porque a observação disse respeito a voto vencido), encontra-se no aresto do *modelo 2007 do automóvel Palio Fire*, do Recurso Especial nº 1.342.899-RS, já referido nesse estudo, que tratou de alegação de publicidade enganosa promovida pela empresa FIAT Automóveis S/A. Neste Acórdão, o Ministro Ricardo Villas-Bôas Cueva manifestou em seu voto - ainda que tenha restado vencido - que deveria ser levada em consideração uma praxe do mercado automobilístico própria da realidade social da nossa época para dar-se provimento ao Recurso Especial da referida empresa, em detrimento do pleito consumerista veiculado numa Ação Civil Pública do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

A despeito do entendimento de seus pares, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva votou por restabelecer a sentença de Primeiro Grau (que julgara o pedido do MP/RS improcedente), argumentando não vislumbrar como a conduta da Recorrente pudesse configurar prática comercial abusiva, porque considerou que, no contexto sócio-histórico atual, é prática usual das montadoras a antecipação do lançamento dos seus novos modelos na virada de cada ano.

Entendeu o Ministro que, diante do modelo de conduta atual, verificado no setor automobilístico de produção, não seria razoável exigir que a FIAT afixasse advertência, no momento da veiculação da publicidade, no sentido de que, a qualquer momento, poderia haver o lançamento de outros modelos. Segundo ele, “não há como impor tal ônus à montadora, pois é público e notório que as montadoras de veículos, assim como todos os demais fabricantes de bens de consumo duráveis, [...] atualizam seus produtos periodicamente”¹⁷⁴. Além disso, salientou que, no contexto atual, por razões de flexibilidade de mercado próprias de uma atividade competitiva como a da indústria automobilística, não se pode exigir garantias contra os futuros lançamentos; de forma que a atualização dos modelos em periodicidade inferior à anual não pode ser reprimida e muito menos considerada ilícita ou abusiva.

¹⁷⁴ STJ. REsp. nº 1.342.899-RS. 3ª Turma. Relator Min. Sidnei Beneti. DJ em 09/09/2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os consumidores estão expostos, diariamente, à divulgação de mensagens publicitárias enganosas ou abusivas em veículos de comunicação de massa, nas quais os anunciantes informam seu público-alvo de maneira inadequada, falsa ou incompleta. Nesse tipo de publicidade, é flagrante o descaso com o dever de informar os consumidores adequadamente, de forma que são oferecidos, por exemplo, produtos com promessas de resultados rápidos e fáceis, os quais, muitas vezes, são, na verdade, inatingíveis; ou, ainda, grupos de consumidores hipervulneráveis são estimulados a proceder de modo violento ou arriscado. E, mesmo quando a falta com o dever de informação não é tão óbvia, ainda assim algumas mensagens falham por não informar de maneira suficientemente clara e precisa a respeito de determinados dados essenciais dos produtos ou serviços que promovem; ou simplesmente por omitir tais dados.

A comunicação publicitária é, com efeito, lícita, assim como o são os recursos e artifícios nela utilizados, mesmo que para “criar” necessidades de consumo; porém, no contexto da sociedade de consumo, onde o caráter espetacular do capitalismo transforma bens materiais e imateriais em mercadoria, na busca pelo convencimento dos consumidores, as técnicas publicitárias de persuasão podem extrapolar os limites da licitude e gerar prejuízos ao seu patrimônio material e moral. O desafio que se põe, na interação comunicativa estabelecida entre fornecedores e consumidores, é coadunar os objetivos publicitários de oferta das mercadorias e dos serviços com a ética e a transparência necessárias às relações obrigacionais pré-contratuais.

O que se observa, em determinadas peças, é que as estratégias de sedução podem acabar sobrepujando o dever de transparência dos fornecedores, enquanto anunciantes que procuram atrair os receptores de suas mensagens e convencê-los à aquisição das mercadorias. Com isso, os destinatários da informação publicitária ficam à mercê da discricionariedade dos anunciantes quanto à eleição das informações a serem transmitidas: em primeiro lugar, porque, via de regra, estão em posição de desvantagem natural por não terem o mesmo conhecimento a respeito das características e propriedades dos produtos ou dos serviços ofertados; e, em segundo, porque, mesmo que as informações eleitas pelos fornecedores sejam adequadas, ainda assim, trata-se de uma espécie de comunicação tendenciosa, que tem, por essência, a finalidade da persuasão.

A autorregulamentação do setor publicitário - no Brasil desempenhada pelo CONAR - mostra-se incapaz de coibir todas as ilicitudes nas quais anunciantes e agências têm incorrido

durante anos, o que justifica o sistema misto de controle da publicidade - que vigora em nosso país -, o qual reclama, também, a instância legal para obter a contenção de eventuais abusos. A limitação legal foi positivada por meio do código consumerista, que, em seu art. 37, interditou uma série de desvios publicitários, proibindo o que conceituou como “publicidade enganosa” ou “abusiva”. A partir dessa limitação, o Poder Judiciário pode ser conclamado a promover a regulação desta forma de comunicação típica da sociedade de consumo nos casos em que houver abusos.

E, nessa tarefa de regulação, deve ser considerada a realidade composta do vínculo obrigacional, preconizada por Karl Larenz, que implica em perceber na estrutura na obrigação, mais do que a simples linearidade do dever de prestar submetido ao poder de exigir, uma gama de outros elementos, como faculdades, expectativas, ônus ou sujeições, que, juntos, constroem um sentido global que transcende a obrigação principal. No contexto dos vínculos obrigacionais de consumo, caracterizados, naturalmente, pela desigualdade das partes, acentua-se a necessidade da percepção da complexidade intra-obrigacional para se viabilizar a equalização desse tipo de relação. Nesse sentido, o conteúdo obrigacional deve ser visto não só sob o prisma da dívida, mas também sob o da responsabilidade oriunda do contato social estabelecido entre fornecedores e consumidores, consoante os objetivos do espírito do Direito.

Na informação publicitária de consumo, em meio ao escopo de persuasão do público-alvo e de criação de necessidades, os deveres anexos presentes nesta complexidade obrigacional, ínsitos à interação comunicativa pré-contratual, são postos pela função de criação de deveres jurídicos da boa-fé objetiva, que exsurge como instituto hábil a instrumentalizar o judiciário no desígnio de equalizar as relações consumeristas. Se a boa-fé é inerente e necessária a qualquer relação obrigacional, tanto maior é a sua essencialidade diante da vulnerabilidade patente dos consumidores; pelo que, ao perscrutar sobre a lisura da informação publicitária, o judiciário dispõe dessa ferramenta para solucionar eventuais demandas que lhe sejam submetidas.

O instituto da boa-fé surgiu no Direito romano, a partir da ideia de *fides*, e foi sendo desenvolvido, no decorrer da história, em uma longa trajetória na qual lhe foram sendo agregados conteúdos e noções consoante as diversas culturas que o adotaram. Seu paulatino incremento histórico foi cíclico, observando fases de maior ou menor grau de diluição ou prestígio. No Direito canônico, angariou conteúdo axiológico, de equidade; e, no Direito germânico, passou a ser preenchido com uma carga ética e moral, em um processo de afetivação decorrente da fusão de seu viés romanístico com sua visão medieval, o qual

resultou na sua adoção consoante a fórmula de lealdade e confiança (*Treu und Glauben*), quando logrou seu conteúdo de maior densidade, vinculando teor dogmático a uma carga axiológica relacionada à ética e à moral.

Foi essa noção germânica da boa-fé que ganhou espaço no Direito brasileiro. Inicialmente utilizado como princípio não expresso, ganhou importância quando teve sua primeira previsão expressa no CDC, enquanto princípio da Política Nacional de Relações de Consumo.

E com a promulgação do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva foi consagrada, em definitivo, na esfera cível, como cláusula geral, tendo sido prevista em seus arts. 112, 113, 421 e 422. Desde então, a sua utilização foi difundida de maneira mais ampla, a partir de suas funções integrativa, limitadora de direitos e criadora de deveres, sendo que, por esta última, projeta-se o dever anexo de informação, de suma importância nas relações consumeristas, quando consumidores necessitam de dados detidos pelos fornecedores para poder exercer sua prerrogativa de escolha consciente.

Essa difusão, no entanto, apresenta um lado virtuoso e outro perverso, como alerta Judith Martins-Costa (2015), tendo em vista que, ao mesmo tempo em que a boa-fé objetiva serve aos operadores do Direito quando a ela recorrem de forma científica para encontrar soluções assentadas em padrão ético para os conflitos que lhe são submetidos, sua disseminação pode dar azo à utilização desmesurada e imperita, destituída de cientificidade e fundamentação, podendo ocasionar o esvaziamento de seu conteúdo próprio. Esse paradoxo identificado pela professora Judith provoca o risco de que se ultrapasse a medida adequada da aplicação do instituto, podendo torná-lo, deste modo, o que ela chama de “aríete do voluntarismo”, o qual, “afastado da construção dogmática segura e consolidada pelo campo e pela racionalidade própria ao universo jurídico, tudo quer modificar com palavras, sem nada construir com institutos ou modelos jurídicos” (MARTINS-COSTA, 2015, p. 11). Considerando tal paradoxo, foi procedida à análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça, publicadas na vigência do Código Civil de 2002, que enfrentam demandas individuais ou coletivas sobre alegadas ilicitudes publicitárias.

Por meio da pesquisa realizada, verificou-se que, de fato, a partir de 2002, algumas ações judiciais consumeristas com esse objeto, indexadas aos termos “publicidade” e “boa-fé”, chegaram ao crivo da terceira instância, suscitando decisões do STJ no exercício do controle legal, do sistema misto de regulação da publicidade.

Com efeito, a consagração da boa-fé objetiva como cláusula geral, a partir de seu reconhecimento legislativo no Código Civil de 2002, proporcionou um aumento significativo

do número de arestos daquele Tribunal indexados a esse instituto (MARTINS-COSTA, 2015). Ao se agregar ao filtro de pesquisa o termo “publicidade” (além do termo “boa-fé”), foram encontrados os Acórdãos analisados no presente estudo, que, embora configurem uma quantidade bastante reduzida de ações que chegam a ser apreciadas por aquela Corte (se comparada à quantidade de ações com tal objeto que são ajuizadas na Justiça comum no Brasil), ainda assim, permitem identificar que a cláusula geral da boa-fé objetiva, mesmo enquanto conceito indeterminado e dotado de elevado grau de abstração, vem sendo observada pela nossa máxima instância ordinária do Judiciário como elemento central fundamentador de suas decisões, quando se trata do controle da publicidade.

Mais do que isso, na abordagem desse tipo de conflito consumerista, as soluções dadas pela Corte consideraram e mencionaram a boa-fé objetiva mesmo nos casos nos quais a decisão tomada foi a de não responsabilizar os fornecedores demandados nas ações de origem. Do que deflui a fundamentalidade da boa-fé objetiva no controle legal da publicidade – mesmo que, eventualmente, preste-se a subsidiar linha argumentativa contrária à parte consumidora.

Nenhum dos julgados do STJ analisados prescindiu da sua abordagem como cláusula geral; e, em apenas dois deles, ela não foi determinante para a decisão tomada (nos casos do *tabaco* e do *valor do frete não informado na publicidade de veículos da Peugeot*).

No caso do *tabaco*, a consideração da boa-fé objetiva foi, de fato, relevante; porém, não foi determinante para a decisão, por ter sido considerado pelo Tribunal que, na época dos fatos em questão, os usos e costumes eram tais que a publicidade então veiculada pela empresa demandada (Souza Cruz S/A) não poderia ser avaliada como contrária à boa-fé, em uma demonstração do entendimento daquela Corte de que a aplicação do instituto deve ser ponderada, consoante o contexto sócio-histórico em que se insere cada caso.

No Acórdão relativo ao *valor do frete*, da Peugeot, apesar de se verificar extensa argumentação referente ao dever anexo de informação, como decorrência da boa-fé, a decisão foi tomada com base em reiterada jurisprudência do próprio STJ em casos similares, concluindo pela descaracterização da publicidade enganosa por omissão, por considerar que a informação em pauta, ainda que mínima e apresentada de forma não destacada, existiu. A boa-fé objetiva, não foi, então, determinante nesse caso, dado que a jurisprudência que embasou a decisão sequer a aludira porque, nas respectivas hipóteses, a própria ilicitude publicitária fora afastada.

Esse último Acórdão, relativo ao *frete*, merece destaque, em primeiro lugar, porque, após extensa explanação no voto condutor, na qual o Relator afirmou que não se pode exigir

que o consumidor seja um “leitor malabarista” e que “rodapé ou lateral de página” e “letras diminutas” não se compatibilizam com os princípios da transparência e da boa-fé objetiva, a sua conclusão foi no sentido da licitude da publicidade; e, em segundo lugar, porque, a referida decisão contrariou dois outros julgados identificados na pesquisa, com objetos semelhantes. Isso porque tanto o caso do *frete* quanto os da *cerveja Kronenbier* e da *redução do volume dos refrigerantes*, discutem a licitude da apresentação, em letras de corpo reduzido, de informações relevantes a respeito dos respectivos produtos. No entanto, nesses dois últimos casos, com base no dever positivo de informação adequada na fase pré-contratual e nos princípios da transparência e da boa-fé objetiva, as decisões reconheceram a ocorrência de publicidade enganosa. Com isso, a responsabilização dos fornecedores decorreu da aplicação do princípio da boa-fé objetiva; ao passo que, no julgado do *frete*, ao contrário, o princípio não foi aplicado, o que oportunizou o não reconhecimento da ilicitude publicitária, a qual foi afastada exclusivamente com base em reiterada jurisprudência daquele mesmo Tribunal, em casos similares (concernentes a questões relativas a fretes) que, porém, não tratavam de informação publicitária.

Desta forma, considerando-se os argumentos trazidos no próprio voto condutor do caso do *frete*, bem como o entendimento do STJ nos casos da *cerveja* e dos *refrigerantes*, verifica-se que a aplicação do princípio da boa-fé, em casos em que haja informação de consumo com a utilização de letras reduzidas e com a apresentação de dados relevantes sem destaque, deverá implicar, necessariamente, no reconhecimento da ocorrência de publicidade enganosa. Portanto, constatou-se que, na decisão referente ao *valor do frete* da *Peugeot*, a informação aposta em letras diminutas só foi suficiente para descaracterizar a enganosidade da publicidade porque a boa-fé, arguida no voto do Relator, não foi, de fato, aplicada.

Em todos os demais julgados identificados na pesquisa, a boa-fé objetiva, além de ter sido abordada, teve sua aplicação como fator determinante na decisão de responsabilizar os fornecedores.

E, em todos eles, o STJ identificou defeitos de informação relativos à fase pré-contratual. Na maioria desses arestos, a confiança plena (crença) depositada pelos consumidores nos produtos, nos serviços ou nas marcas em questão foi elemento essencial para embasar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, ao encontro da aproximação entre a confiança e a boa-fé, ideias já unidas etimologicamente pela noção romana de *fides*. Nesses casos, a aplicação da boa-fé, procedida pelo STJ, observou o aporte material promovido pela confiança, conferindo-lhe conteúdo ético, com significado de franqueza e honestidade, adstrito à “boa-fé lealdade” (*Treu und Glauben*), consoante a concepção de que os deveres de

lealdade decorrem do fato de que a boa-fé impõe condutas que se coadunem com a confiança. De forma que, nessas decisões, configurou-se como requisito de aplicação da boa-fé, a *quebra de confiança*.

A frustração de legítimas expectativas dos consumidores foi, então, fundamento de aplicação do instituto da boa-fé objetiva a par dos defeitos de informação. Pelo que se verifica a tendência, do STJ, de privilegiar a proteção das legítimas expectativas criadas pelos anunciantes, na fase pré-contratual, no intuito de promover a cooperação entre as partes para a consecução das finalidades das relações obrigacionais.

Contudo, foram constatados dois julgados nos quais não foram observadas fundamentações explícitas do STJ para o binômio “defeito de informação” e “quebra de confiança” como requisito para a aplicação da boa-fé objetiva. Nos casos dos *produtos com Glúten* e do *Cogumelo do Sol*, o instituto foi empregado a despeito de arguição que demonstrasse que teria havido a frustração de expectativas legítimas dos consumidores, baseando-se a Segunda e a Terceira Turmas do Tribunal, respectivamente, somente na constatação de defeitos de informação.

No caso do *Cogumelo do Sol*, tal situação ganha ainda mais destaque, uma vez que a decisão do STJ foi de encontro ao entendimento do Tribunal *a quo*, que havia afastado a incidência de danos morais por não reconhecer, no caso, que teria havido a quebra de confiança, já que restou comprovado na instrução que o autor da ação não depositara confiança plena no produto, visto que foram mantidos os tratamentos convencionais nos dois anos da utilização do produto. Na reforma da decisão do TJSP, o STJ motivou seu *decisum* no fato de que teria havido violação do princípio da boa-fé por parte do anunciante, sem, entretanto, justificá-la. Ao alegar tal violação, suscitou a quebra de confiança, mas não fundamentou o entendimento de que o consumidor teria depositado confiança plena no produto em questão; não suprindo, assim, a falta de confiança prolatada pelo Tribunal *a quo* como fato determinante para a não incidência de indenização por danos morais.

Isto sugere que, neste caso, na utilização do instituto da boa-fé, s.m.j., teria faltado ao STJ a apropriação de um conteúdo próprio, vinculado a critérios dogmáticos, não restando demonstrada a conexão entre o fato e a configuração do princípio da boa-fé no caso concreto. De se salientar, no entanto, que em outra decisão (*caso do volume dos refrigerantes*), também apreciada na pesquisa, o mesmo Tribunal infere existir uma inter-relação entre “informação” e “confiança” e que, assim, a informação de consumo veiculada na publicidade, por si só, despertaria a confiança do consumidor, o que talvez possa justificar o posicionamento

adotado, de aplicação da boa-fé objetiva, ainda que inexistente a fundamentação quanto à quebra da confiança.

Ademais, a confiança despertada pela credibilidade de determinadas *marcas* também foi alvo de proteção nas decisões encontradas na pesquisa. A chancela proporcionada por essas *marcas* gera expectativas a partir das informações de consumo inseridas nas peças publicitárias, a receber a tutela do STJ mediante a aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Nos casos da *venda de veículos seminovos por concessionária avalizada pela GM*, do *Plano de Saúde UNIMED* e do *Meliá Barra Confort First Class*, o Tribunal superior apontou que a integração do contrato pelo caráter vinculativo da oferta constitui-se na materialização do princípio da boa-fé objetiva, impondo aos anunciantes todos os seus deveres anexos. Nesses julgados, a aplicação da boa-fé foi justificada pelo STJ, de forma devidamente fundamentada, como um reflexo do princípio da vinculação da oferta veiculada, nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos.

Consignou a Corte, nos respectivos Acórdãos, que os fornecedores de produtos e serviços obrigam-se nos exatos termos da publicidade veiculada, a partir do direito formativo do consumidor de aceitar a oferta publicitária e celebrar o contrato, principalmente no que tange à utilização de uma *marca* (mesmo que seja um uso coletivo). Nos casos das *marcas* em epígrafe, nos arestos acima referidos, a credibilidade e a confiança por elas despertadas rendeu ensejo à responsabilização tanto das empresas detentoras das mesmas, quanto de terceiros que delas se utilizam, consoante a aplicação da boa-fé objetiva, também adequada e suficientemente fundamentada pelo Tribunal.

Constatou-se, assim, a consistência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva pelo STJ em relação à informação publicitária, no sentido estar sendo o instituto utilizado de maneira suficientemente fundamentada, assentada a critérios dogmáticos, que imbricam as relações obrigacionais com honestidade e lealdade. Essa consistência implica na perícia de seu uso, de forma a não se permitir sua diluição - e conseqüente esvaziamento - em outros institutos e a garantir uma densidade específica que o legitima para além do arbítrio judicial e do “subjetivismo hermenêutico”, referido por Judith Martins-Costa (2015) como um dos riscos da utilização excessiva e desmesurada da boa-fé objetiva.

Nos julgados analisados, a boa-fé foi aplicada não só para subsidiar posicionamentos favoráveis aos consumidores, mas também aos fornecedores, na esteira da ponderada utilização do instituto para a promoção da justiça no campo obrigacional, consoante uma criatividade judicial orientada pelo senso do justo e do ético, e não apenas pelo escopo de proteção do consumidor sob qualquer preço. E o mandamento constitucional de

fundamentação das decisões foi respeitado, de modo que não foram verificados casos em que a utilização do instituto não tenha sido justificada. Ao contrário, em determinados casos, a fundamentação foi, inclusive, extensa e apropriada da responsabilidade que o uso desta cláusula geral requer.

As exceções encontradas foram as dos casos dos *produtos com Glúten* e do *Cogumelo do Sol*, nos quais o STJ, ao tutelar direitos de consumidores hipervulneráveis, não apresentou fundamentação no que se refere à questão da quebra da confiança como elemento ensejador da aplicação do instituto; assim como a do caso do *valor do frete da Peugeot*, no qual não se verificou alinhamento argumentativo entre as considerações feitas pelo Relator e a decisão de seu próprio voto.

Observou-se que, na medida em que o avanço da utilização da cláusula geral da boa-fé pelo STJ vem sendo encetado de modo responsável e criterioso, como constatado, mostra-se apto a conferir um modelo ético à conduta contratual, colaborando para o discernimento do conteúdo do instituto, de seus limites e de suas funções, e também oferecendo um contorno qualificado capaz de instrumentalizar uma jurisprudência crítica e de auxiliar os operadores do direito à delimitação do seu campo operativo e da sua justa medida de aplicação, na linha de uma hermenêutica teleológica que pressuponha a relação obrigacional como uma totalidade concreta - que compreenda na sua estrutura outros fatores autônomos que não apenas os deveres principais -, também no que se refere aos vínculos pré-contratuais de consumo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun. 1995.

_____. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades. *Revista de Direito Renovar*, n. 18, set./dez., 2000, p. 11-19.

ALMEIDA, José Antônio de. Publicidade e defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, 2003.

ANDRIGHI, Nancy. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, n. 87, 1992, p. 70-90.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 750, jun. 1993, p. 113-120.

_____. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, abr./jun. 1996.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

BARBER, Benjamin R. *Cultura McWorld*. In: MORAES, Dênis de (org.). Por uma outra comunicação – mídia, mundialização cultural e poder. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. org. Gustavo Tepedino. São Paulo, Atlas, 2008, p. 238-261.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1973.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BITTAR. Carlos Alberto. O controle da publicidade: sancionamento e mensagens enganosas e abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

_____. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/18078.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316–MG (2003/0161208-5). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 10 de março de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301612085&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.804-RS (2009/0043881-7). Recorrente: Souza Cruz S/A. Recorrido: Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi e Outros.

Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 24 de junho de 2010.

Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900438817&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.261.824-SP (2011/0079132-3). Recorrente: Peugeot Citröen do Brasil Automóveis Ltda. Recorrida: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 de maio de 2013. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100791323&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.364.915-MG (2013/0021637-0). Recorrente: Refrigerantes Minas Gerais Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 24 de maio de 2013.

Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300216370&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 07 de mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.342.899-RS (2011/0155718-5). Recorrente: FIAT Automóveis S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 09 de setembro de 2009. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101557185&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.188.442-RJ (2010/0058615-4). Recorrente: Antônio Rogério Saldanha Maia e Outros. Recorrida: GAFISA S/A e Outros. Quarta Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013.

Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000586154&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 de mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 259.903-SP (2012/0245878-1). Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV. Recorrida: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 25 de setembro 2014. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202458781&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.329.556-SP (2012/0124047-6). Recorrente: Benedito Domingues. Recorrido: Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201240476&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 768.503-PR (2005/0119099-2). Recorrente: Ubirajara Schreiber e Outro. Recorrida: Renault do Brasil S/A. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501190992&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.377.899-RS (2011/0171318-6). Recorrente: UNIMED Paulistana – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Chedid Georges Abdulmassih. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101713186&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.365.609-SP (2011/0105689-3). Recorrente: General Motors do Brasil Ltda. Recorrido: Milton Ferreira Barros. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de maio de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101056893&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 6483102-23.2009.8.13.0024. Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Refrigerante Minas Gerais Ltda. 7ª Câmara Cível. Relator: Wander Marotta. Minas Gerais, 13 de junho de 2012. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=64831022320098130024&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=64831022320098130024&select=2>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 9155762-46.2006.8.26.0000 (992.06.039168-4). Apelante/Apelado: Benedito Domingues. Apelante/Apelado: Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comercio Importação e Exportação Ltda. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator: Kioitsi Chicuta. São Paulo, 11 de agosto de

2011. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RK000J8HK0000>>. Acesso em 25 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070017634486. Apelante: Sônia Maria Hoffmann Mattiazzi. Apelada: Souza Cruz S/A. 5ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Paulo Sergio Scarparo. Porto Alegre, 27 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

BROWN, J. A. C. *Técnicas de persuasão – da propaganda à lavagem cerebral*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. In: *Revista da AJURIS*, ano XXIV, nov/1997. Porto Alegre: AJURIS, p. 108-153.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultura Paulista, 1996.

CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: Conflitos Multiculturais da Globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A informação como bem de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 41, jan-2002.

_____. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASAQUI, Vander. *Estéticas midiáticas e narrativas do consumo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2012.

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

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

CHERRY, Colin. *A comunicação humana*. São Paulo: Cultrix, 1974.

COBRA, Marcos. *Marketing básico: uma perspectiva brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

_____. *O impacto da propaganda*. São Paulo: Atlas, 1991.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <http://www.pfilosofia.pop.com.br/03_filosofia/03_03_pequeno_tratado_das_grandes_virtudes/pequeno_tratado_das_grandes_virtudes.htm>, p. 105 e seguintes>. Acesso em: 12 dez. 2014.

CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/html/codigos.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

_____. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 46-57

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2008.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 4, 1992.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013, p. 551-586.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Raquel Marques Carriço. *Uso dos fundamentos da teoria da mensagem publicitária*. Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: < www.bocc.ubi.pt >. Acesso em: 11 mai. 2014.

FILOMENO, José Geraldo. *Manual de Direitos do Consumidor*, São Paulo: Atlas, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, n. 656. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 53.

FROTA, Mário. Auto-regulamentação: vantagens e desvantagens. *Revista do Direito do Consumidor*, 1992, p. 42-51.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GARCIA, E. C. G. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GODOY, Cláudio Luiz Bieno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRACIOSO, Francisco. *A excelência em marketing nos anos 90*. São Paulo: Atlas, 1993.

GRAU, Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 5, jan./mar. 1993, p. 183-189.

_____. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 59-75.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HAROLDO, Alírio Maciel Lima de Brito; DUARTE, Augusto da Silva Teixeira. *O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8648>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2006.

HOVLAND, Carl. Efeitos dos meios de comunicação. In: STEINBERG, Charles. *Meios de Comunicação de Massa*. São Paulo: Cultrix, 1966.

LEGRAIN, Marc. *Publicidade e propaganda*. São Paulo: Makron Books, 1992.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Jus Navigandi*, n. 51. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>>. Acesso em: 15 set. 2014.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, mar. 1992.

MACHADO, Marcos da Silva; GOMES, Francisco Rodrigues; COSTA, Marilene Meira da. *O uso persuasivo na linguagem publicitária e mídia impressa*. Disponível em: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/o-Uso-Persuativo-Na-Lingugem-Publicit%C3%A1ria/401405.html>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

MALANGA, Eugênio. *Publicidade: uma introdução*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua a aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. O direito privado como um sistema em construção – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 139. Brasília: Senado, 1998.

_____. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo, Atlas, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta e indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, jan./mar. 2000.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo 4. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Renata de Moura. Princípio da boa-fé e suas implicações nas relações de trabalho. *Revista Trabalhista: direito e processo*. Brasília: Brasília, v. 9, n. 34, abr/jun. 2010, p. 171.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e o novo código civil. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 5, nov. 2013.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de Direito privado: autonomia da vontade e boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, 1997.

PAIXÃO, Luiz André Ribeiro. *A publicidade e a formação da sociedade de consumo em Minas: notas sobre a economia do consumo*. Disponível em: <<http://www.cedeplar.ufmg.br/diamantina2002/textos/D21.PDF>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

PALACIOS, Anna Maria da Rocha Jatobá; SERRA, P. (Org.). IV Jornadas sobre pragmática, comunicação publicitária e marketing. Covilhã: Livros LabCom, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. v. 3. 11 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERUZZOLO, Adair. *Entender persuasão*. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

PINHO, J. B. *Comunicação em marketing*. 4. ed. Campinas: Papirus, 1991.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contractual*. Coimbra: Almedina, 1982.

PIRATININGA, Luiz Celso de. *Publicidade: arte ou artifício?* São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1994.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial. *Revista dos Tribunais*. v. 19, 2002.

RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo. *Dicionário de comunicação*. São Paulo: Ática, 1987.

RIBAR, Geórgia. *O sistema da responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2003.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RIBEIRO, Júlio. *Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve a paciência de explicar*. São Paulo: Atlas, 1989.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e fronteiras do controle*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: Teoria – Técnica – Prática*. 6. ed. São Paulo: Pioneira, 1996.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. In *Revista do Consumidor*, n. 17, Revista dos Tribunais, 1996, p. 156.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade. A natureza jurídica da publicidade enganosa e abusiva e a responsabilidade civil do anunciante. *Revista Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1875>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago.2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3120>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

SOUZA, Juliana de. Publicidade abusiva: incitação à violência – um olhar sobre a realidade. *Revista do Laboratório de Mídia, Cultura e Estética*. n. 7, jun-2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. v. 6. n. 23, 2003.

_____. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOMAZZETI JÚNIOR, Alcides. Oferta contratual em mensagem publicitária – regime do direito comum e do código de proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

TRINDADE, Eneus. *Propaganda, identidade e discurso: brasilidades midiáticas*. Porto Alegre: Sulina, 2012.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VENOSA, Silvio de Salvo. A boa-fé contratual no Código Civil. In: *Valor econômico*. mar. 2002.

_____. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Trad. Jose Luis de Los Mozos. Madrid: Civitas, 1982.

ZULZKE, Maria Lúcia. *Abrindo a empresa para o consumidor: a importância de um canal de atendimento*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1990.