

**Singelos Comentários ao Dogma da Não Abusividade na
Publicidade: A Moldura da Vulnerabilidade Constitucional como
mecanismo de orientação para a Proteção do Consumidor**

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

É certo que o Código de Defesa do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. O nascimento de um forte direito à informação é corolário de todas essas 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: desde o momento pré-contratual, passando pela formação e execução do contrato, e até mesmo o momento pós-contratual. No mais, a informação tem como fito: (i) a conscientização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; (ii) possibilidade de averiguação, em consonância com os critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; (iii) diversificação de oportunidades para comparar os múltiplos produtos; (iv) conhecimento dos entendimentos jurídicos subjetivos próprios e alheios que se manifestam na contextualidade das séries infundáveis de situações de consumo; (v) celeridade e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora ou decisória, de conflitos de mercado de consumo. Feitas tais considerações, ao examinar o princípio da não abusividade, infere-se que o corolário em comento informa a publicidade, de modo que não venha a alcançar valores da sociedade em prol da captação da vontade de consumo. Trata-se, com efeito, de axioma que busca evitar que a publicidade atente

¹ Bolsista CAPES. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Especializando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

contra valores e costumes que estejam intimamente relacionados à formação da sociedade e que, em busca da dinamização e fortalecimento do consumo, sejam diretamente atingidos pela publicidade.

Palavras-chaves: Defesa e Proteção do Consumidor. Publicidade. Princípio da Não Abusividade. Vulnerabilidade.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios; 2 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro; 3 A Proeminência dos Corolários da Informação e da Transparência na Proteção e Defesa do Consumidor; 4 Singelos Comentários ao Dogma da Não Abusividade na Publicidade: A Moldura da Vulnerabilidade Constitucional como mecanismo de orientação para a Proteção do Consumidor

1 Comentários Introdutórios

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação*

*de interdependência que esse binômio mantém*². Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”³. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 29 ago. 2013.

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 ago. 2013.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro

Em sede de ponderações introdutórias, tendo como pilares de apoio as lições apresentadas por Marquesi⁵ que, com substancial pertinência, dicciona que os postulados e dogmas se afiguram como a gênese, o ponto de partida ou mesmo o primeiro momento da existência de algo. Nesta trilha, há que se gizar, com bastante ênfase, que os princípios se apresentam como verdades fundamentais, que suportam ou asseguram a certeza de uma gama de juízos e valores que norteiam as aplicações das normas diante da situação concreta, adequando o texto frio, abstrato e genérico às nuances e particularidades apresentadas pela interação do ser humano. Objetiva, por conseguinte, com a valoração dos princípios vedar a exacerbação errônea do texto da lei, conferindo-lhe dinamicidade ao apreciar as questões colocadas em análise.

Com supedâneo em tais ideários, salientar se faz patente que os dogmas, valorados pelas linhas do pós-positivismo, são responsáveis por fundar o Ordenamento Jurídico e atuar como normas vinculantes, verdadeiras flâmulas desfraldadas na interpretação do Ordenamento Jurídico. Desta sorte, insta obtemperar que ter conhecimento dos preceitos e dogmas permite adentrar no

⁴ VERDAN, 2009. Acesso em 29 ago. 2013.

⁵ MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 29 ago. 2013.

âmbito da realidade jurídica. Afora isso, toda sociedade que se encontre politicamente organizada ostenta uma tábua principiológica, a qual, com efeito, oscila e evolui em consonância com a cultura e os valores adotados. Ao lado disso, em razão do aspecto essencial que apresentam, os preceitos podem variar, de maneira robusta, adequando-se a realidade vigorante em cada Estado, ou seja, os corolários são resultantes dos anseios sagrados em cada população. . Entrementes, o que assegura a característica fundante dos axiomas é o fato de estarem alicerçados em cânones positivados pelos representantes da nação ou de regra costumeira, que foi democraticamente aderida pela população.

Nesta senda, os dogmas que são salvaguardados pela Ciência Jurídica passam a ser erigidos à condição de elementos que compreendem em seu bojo oferta de uma abrangência mais versátil, contemplando, de maneira singular, as múltiplas espécies normativas que integram o ordenamento pátrio. Ao lado do apresentado, com fortes cores e traços grosso, há que se evidenciar que tais mandamentos passam a figurar como super-normas, isto é, *“preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”*⁶. Os corolários passam a figurar como verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar⁷. Com efeito, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que integram o ramo Consumerista da Ciência Jurídica, em especial devido à proteção dispensada pelo Ordenamento Pátrio aos consumidores, em razão da vulnerabilidade desses.

Salta aos olhos, desta sorte, o relevo indiscutível que reveste o Direito do Consumidor, sendo considerada, inclusive, como irrecusável importância jurídica, econômica e política, sendo dotado de caráter absolutamente inovador, eis que elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental, atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica. Verifica-se, portanto, que com as inovações apresentadas no Texto Constitucional erigiram os consumidores como detentores de direitos

⁶ VERDAN, 2009. Acesso em 29 ago. 2013.

⁷ TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 29 ago. 2013.

constitucionais fundamentais, conjugado, de maneira robusta, com o relevante propósito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias e a salvaguardar as disposições entalhadas na Carta de 1988.

Em decorrência de tais lições, destacar é crucial que o Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado a partir de uma luz emanada pelos valores de maciça relevância para a Constituição Federal de 1988. Isto é, cabe ao Arquiteto do Direito observar, de forma imperiosa, a tábua principiológica, considerada como essencial e exaltada como fundamental dentro da Carta Magna do Estado Brasileiro, ao aplicar a legislação abstrata ao caso concreto. A exemplo de tal afirmativa, pode-se citar tábua principiológica que orienta a interpretação das normas atinentes à Legislação Consumerista. Com o alicerce no pontuado, salta aos olhos a necessidade de desnudar tal assunto, com o intento de afastar qualquer possível desmistificação, com o fito primordial de substancializar um entendimento mais robusto acerca do tema.

3 A Proeminência dos Corolários da Informação e da Transparência na Proteção e Defesa do Consumidor

Em sede de ponderações introdutórias, calha rememorar que o direito à informação se apresenta como o mais básico dos direitos do consumidor, configurando-se como verdadeiro dever-direito. Ao lado disso, cuida salientar que informação consiste no ato de comunicar, compartilhar o que se tem conhecimento de boa-fé, cooperando, assim com o outro. Como dever, a informação é motivada, em juízo ético-político-jurídico, de um lado pela própria competência técnica ou profissional do fornecedor, de outro pela inexperiência ou incapacidade do consumidor de se informar. A proeminência do dever-direito de informação é decorrente dos diversos atribuições e funções que desempenha, tanto no que tange à sustentação do modelo capitalista do livre mercado, substancializado notadamente na proteção da concorrência, assim como na viabilização de vários outros direitos relativos ao consumidor, como, por exemplo, o acesso à justiça.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa

hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. O nascimento de um forte direito à informação é corolário de todas essas 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: desde o momento pré-contratual, passando pela formação e execução do contrato, e até mesmo o momento pós-contratual. De maneira pacificada, o Superior Tribunal de Justiça construiu entendimento que:

Ementa: Agravo Regimental - Ação de cobrança - Decisão Monocrática que negou provimento ao agravo. Insurgência do réu. 1. Violação do art. 535 do CPC não configurada, pois o acórdão estadual hostilizado enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide. 2. O dever de exibição de documentos por parte da instituição bancária decorre do direito de informação ao consumidor (art. 6º, III, do CDC), enquanto não prescrita eventual ação. 3. Recurso desprovido, com aplicação de multa. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ AgRg no AREsp 241.731/MG/ Relator: Ministro Marco Buzzi/ Julgado em 21.03.2013/ Publicado no DJe em 08.04.2013).

Ementa: Direito do Consumidor. Publicidade enganosa. Empreendimento divulgado e comercializado como hotel. Mero residencial com serviços. Interdição pela municipalidade. Ocultação deliberada de informação pelo fornecedor. Anulação do negócio jurídico. Indenização por lucros cessantes e por danos morais devida. 1. O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual. [...] 3. Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão. [...] 5. Recurso especial de Antônio Rogério Saldanha Maia provido. 6. Recursos especiais de Gafisa S/A e Banco BBM S/A não conhecidos. Prejudicadas as demais questões suscitadas. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.188.442/RJ/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 06.11.2012/ Publicado no DJe em 05.02.2013).

Ementa: Processo Civil e Consumidor. Recurso especial. Portarias. Regulamentos e decretos. Controle. Não cabimento. Curso Superior não. Reconhecido pelo MEC. Circunstância não Informada aos alunos. Impossibilidade de exercer a Profissão. Responsabilidade objetiva da instituição de Ensino. Dano moral. Valor. Revisão pelo STJ. Montante Exorbitante ou irrisório. Cabimento. [...] 3. O art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 4. O direito à

informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. [...] 8. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.121.275/SP/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 27.03.2012/ Publicado no DJe em 17.04.2012).

Ao lado disso, insta aduzi que a informação, como integrante da extensa rubrica de princípios orientadores do Direito do Consumidor, apresente como axioma maciço a educação e a harmonia de fornecedor e consumidores, no que se referencia aos seus direitos e deveres, com o escopo de promover a melhoria do mercado de consumo. Neste sentido, com clara dicção, o artigo 4º, inciso IV, da Legislação Consumerista, ao dispor sobre os preceitos contidos na Política Nacional de Defesa do Consumidor, espanca, dentre o rol de princípios inspiradores, a *“educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”*⁸. Destarte, salta aos olhos que a informação, neste sedimento, se apresenta como postulado da liberdade, eis que inexistente plena liberdade sem acesso à informação. O direito à informação, enquanto integrante da robusta coluna principiológica de sustentação do Direito do Consumidor, visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada.

Afora isso, impõe o reconhecimento que a informação é a pedra de sustento que viabiliza a utilização, por parte dos consumidores, dos produtos comercializados com ampla segurança e de modo satisfatório aos interesses acalentados. Neste almiré, tão somente os consumidores bem informados conseguem, de fato, usufruir, de maneira integral dos benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, assim como proteger-se de maneira adequada dos riscos apresentados. A proteção contra riscos decorre dos ideários fundantes da obrigação de segurança que, contemporaneamente, por força das imposições legais, são colocados como premissas para o exercício de qualquer atividade profissional no mercado de consumo, assumindo verdadeira natureza autônoma.

⁸ BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 ago. 2013.

Ademais, há que se anotar que a informação é elemento preponderante ao fomento da concorrência, porquanto, em sendo os consumidores bem informados, poderão adquirir produtos e serviços, de maneira mais consciente ou mesmo evitando a sua aquisição, sendo que o corolário em comento se apresenta como axioma que fomenta a conscientização do consumidor.

À sombra do expendido, o direito à informação, consagrado na Legislação Consumerista, está indissociavelmente atrelado aos elementos essenciais para que o consumidor manifeste seu consentimento, de maneira esclarecida e ciente. Dessa sorte, a informação deve guardar relevância para o uso do produto, para a sua aquisição, para a segurança. No mais, a informação tem como fito: (i) a conscientização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; (ii) possibilidade de averiguação, em consonância com os critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; (iii) diversificação de oportunidades para comparar os múltiplos produtos; (iv) conhecimento dos entendimentos jurídicos subjetivos próprios e alheios que se manifestam na contextualidade das séries infundáveis de situações de consumo; (v) celeridade e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora ou decisória, de conflitos de mercado de consumo.

No que tange ao cânone da transparência, de modo geral, impende salientar que tal dogma tem como fértil sedimento a clareza qualitativa e quantitativa da informação que incumbe, de maneira recíproca, às partes conceder, nas relações jurídicas. Tal escopo, acresça-se, só será alcançado a partir da adoção de medidas que impliquem no fornecimento de informações verdadeiros, objetivas e precisas ao consumidor, assim como ao fornecedor, por parte do destinatário final do produto e serviço. *“Visa, também, proteger o consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços”*⁹. Trata-se de instrumento apto a robustecer a concepção de reequilíbrio das forças na relação de consumo, maiormente na conclusão de contratos de consumo, estabelecidos na Legislação Consumerista, como modo de alcançar a ambicionada justiça contratual. No mais, como já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça, a inobservância do

⁹ CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. **Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 10.

axioma em destaque acarreta em sanção, pois configura como verdadeiro ilícito administrativo, devendo, portanto, o Ente Estatal, no uso de seu poder de polícia, coibir tais práticas atentatórias. Ao lado disso, colhem-se os seguintes arestos:

Ementa: Administrativo – Regulação – Poder de Polícia Administrativa – Fiscalização de Relação de Consumo – INMETRO – Competência relacionada a aspectos de conformidade e metrologia – Deveres de Informação e de Transparência Quantitativa – Violação – Autuação – Ilícito Administrativo de Consumo – Responsabilidade Solidária dos Fornecedores – Possibilidade. 1. A Constituição Federal/88 elegeu a defesa do consumidor como fundamento da ordem econômica pátria, inciso V do art. 170, possibilitando, assim, a criação de autarquias regulatórias como o INMETRO, com competência fiscalizatória das relações de consumo sob aspectos de conformidade e metrologia. 2. As violações a deveres de informação e de transparência quantitativa representam também ilícitos administrativos de consumo que podem ser sancionados pela autarquia em tela. 3. A responsabilidade civil nos ilícitos administrativos de consumo tem a mesma natureza ontológica da responsabilidade civil na relação jurídica base de consumo. Logo, é, por disposição legal, solidária. 4. O argumento do comerciante de que não fabricou o produto e de que o fabricante foi identificado não afasta a sua responsabilidade administrativa, pois não incide, in casu, o § 5º do art. 18 do CDC. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1118302/SC/ Relator Ministro Humberto Martins/ Julgado em 01.10.2009/ Publicado no DJe em 14.10.2009).

Ementa: Consumidor. Plano de saúde. Rede conveniada. Alteração. Dever de informação adequada. Comunicação individual de cada associado. Necessidade. 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. [...] 5. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.144.840/SP/ Relatora:Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 20.03.2012/ Publicado no DJe em 11.04.2012).

Averbe-se, por necessário, que o princípio da transparência desfralda como pavilhão a obrigação do fornecedor de informar, de maneira prévia, o consumidor, assentando-se em conteúdo claro e correto, como, por exemplo, a

respeito das qualidades do produto, da quantidade, aspectos característicos, composição e preço. Com espeque no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰, verifica-se que em sendo o contrato redigido de maneira a acarretar dificuldade a compreensão de seu sentido e alcance, a avença será tida como inexistente, demonstrando, via de consequência, a atenção dispensada pelo legislador ao preceito em comento.

4 Singelos Comentários ao Dogma da Não Abusividade na Publicidade: A Moldura da Vulnerabilidade Constitucional como mecanismo de orientação para a Proteção do Consumidor

Em harmonia com os argumentos alinhados, ao volver um olhar analítico acerca da publicidade, em sede de Direito do Consumidor, é possível colocar em destaque que se apresentam um sucedâneo de corolários e dogmas, diretamente influenciado pelo preceito constitucional de proteção e defesa do consumidor, em decorrência do inerente aspecto de vulnerabilidade que ostenta. Verifica-se, nesta esteira, que os axiomas em explanação apresentam “*por finalidade dorsal proteger o consumidor, não obstante incorpore valores próprios de outros microssistemas, como o ambiental e o concorrencial*”¹¹. Insta elucidar, por oportuno, que os princípios entalhados na ramificação consumerista, os quais, por clara dicção, buscam ofertar tratamento diferenciado ao consumidor, privilegiando seu aspecto de vulnerabilidade ante o fornecedor, não pode ser confundido com os preceitos gerais da publicidade, os quais são alicerçados em sedimento distinto e com escopo dessemelhante.

Diante dos comentários tecidos, influenciado, fortemente, pelas disposições referentes aos corolários gerais da transparência e da informação, alçados à condição de pavilhões do Direito do Consumidor, cuida abordar o dogma da vinculação à publicidade, a partir de uma ótica ancorada na vulnerabilidade do consumidor, enquanto ator da relação em destaque. Foi, justamente, no princípio da

¹⁰ BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 ago. 2013: “**Art. 46.** Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et all.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 316.

vulnerabilidade do consumidor que o movimento consumerista se baseou para chegar a atual legislação protetora, tendo sido, inclusive, expressamente burilado no inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor¹². Como bem acentua Almeida, o princípio da vulnerabilidade “*é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento*”¹³.

O dogma em comento considera o consumidor a parte mais fraca da relação de consumo, uma vez que o consumidor se submete ao poder de quem dispõe o controle sobre bens de produção para satisfazer suas necessidades de consumo. Em outras palavras, o consumidor se submete às condições que lhes são impostas no mercado de consumo. Trata-se de técnica utilizada para aplicar as normas consumeristas de maneira harmoniosa com a realidade concreta, conferindo-lhe instrumentalidade para iluminar a aplicação daquelas de modo protetivo e reequilibrado, promovendo a igualdade e a justiça equitativa. Neste sentido, é possível fazer alusão ao entendimento explicitado pelo Ministro Massami Uyeda, ao relatoriar o Recurso Especial N° 1.293.006/SP, em especial quando salienta que “*a relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor*”¹⁴.

¹² BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 mai. 2013: “**Art. 4º** [omissis] **I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo**”.

¹³ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 17.

¹⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Especial N° 1.293.006/SP. Recurso Especial - Contrato de Seguro - Relação de Consumo - Cláusula Limitativa - Ocorrência de furto qualificado - Abusividade - Identificação, na espécie - Violação ao direito de informação ao consumidor - Recurso Especial Provido. I - Não há omissão no aresto a quo, tendo sido analisadas as matérias relevantes para solução da controvérsia. II - A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor. III - A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado exige, de plano, conhecimentos do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie de furto, conhecimento esse que, em razão da sua vulnerabilidade, presumidamente o consumidor não possui, ensejando-se, por isso, o reconhecimento da falha no dever geral de informação, o qual constitui, é certo, direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do CDC. IV - A condição exigida para cobertura do sinistro - ocorrência de furto qualificado - por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, cujo próprio meio técnico-jurídico possui dificuldades para conceituá-lo, o que denota sua abusividade. Precedente da eg. Quarta Turma. V - Recurso especial provido. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 21.06.2012. Publicado no DJe em 29.06.2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso 29 ago. 2013.

Com efeito, a vulnerabilidade está relacionado a um estado do indivíduo, uma situação inerentes de risco ou um sinal de excessiva confrontação de interesses identificados no mercado, podendo ensejar um cenário provisório ou permanente. “*Todo consumidor é sempre vulnerável, característico intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço*”¹⁵, como bem sublinham, em seu magistério, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves. Verifica-se, desta sorte, que o consumidor, por sua natureza, está envolto no princípio da vulnerabilidade. A figura da vulnerabilidade, outrossim, para fins de aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, tanto pode ser a econômica, a jurídica, a social, a técnica e outras mais.

Feitas tais considerações, ao examinar o princípio da não abusividade, infere-se que o corolário em comento informa a publicidade, de modo que não venha a alcançar valores da sociedade em prol da captação da vontade de consumo. Trata-se, com efeito, de axioma que busca evitar que a publicidade atente contra valores e costumes que estejam intimamente relacionados à formação da sociedade e que, em busca da dinamização e fortalecimento do consumo, sejam diretamente atingidos pela publicidade. “*Neste caso, o vício de mensagem publicitária não está diretamente ligado ao ato de consumir, mas ao apelo que leva o consumidor a se interessar pelo produto ou serviço*”¹⁶, como bem pondera Federighi. No mais, o preceito em comento busca assegurar que a publicidade seja, pelo fornecedor, utilizada como mecanismo para captação de consumidores, de maneira que afronte valores e costumes assentados na comunidade.

¹⁵ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 30.

¹⁶ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas Notas sobre a Publicidade no CDC. *In*: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (organizadores). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 231.

Referências:

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 ago. 2013.

BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 ago. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 29 ago. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 29 ago. 2013.

CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. **Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: <www.tjes.jus.br>. Acesso em 29 ago. 2013.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas Notas sobre a Publicidade no CDC. *In*: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (organizadores). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 29 ago. 2013.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 29 ago. 2013.