

A vinculação contratual da publicidade de produtos e serviços e a boa fé objetiva dos consumidores

*Dandara do Lago Guimarães Santos**

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Relação de Consumo: aspectos gerais – 2.1 Sujeitos participantes – 2.1.1 Consumidor – 2.1.2 Fornecedor – 2.2 Objeto; 3 Publicidade dos Bens de consumo; 4 Descumprimento da Mensagem Publicitária e a Boa Fé Objetiva – 4.1 Violação do conteúdo publicitário – 4.2 Vinculação contratual da publicidade – 4.2.1 Princípio da vinculação – 4.2.2 Princípio da identidade – 4.2.3 Princípio da veracidade – 4.3 A cláusula geral da boa fé objetiva; 5 Direitos do Consumidor em face da Publicidade – 5.1 Cumprimento da obrigação – 5.2 Aceitação de bem equivalente – 5.3 Rescisão do Contrato; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O texto versa sobre a proteção contratual do consumidor no que atine, especialmente, a fase pré-contratual da avença. Busca-se esclarecer conceitos básicos relacionados à problemática, destacando-se a figura da publicidade, dada a sua importância decisiva no processo de escoamento da produção e formação da vontade consumerista. Ademais, aborda-se a questão da vinculação contratual da publicidade atrelada ao dever de informação,

em oposição às práticas de *cunhos enganosos* e abusivos.

Palavras-chave: Relação de Consumo. Proteção na Fase Pré-Contratual. Vinculação Publicitária. Boa-Fé Objetiva.

1. INTRODUÇÃO

Não é preciso muito delonga para relatar que com o perpassar do tempo a sociedade, bem como o conjunto de elementos que a compõe, adquiriu contornos distintos, com notória ênfase na massificação e despersonalização das relações.

Há, neste contexto, uma intensa alteração na teoria dos contratos e na autonomia da vontade circular a ela, visto que atualmente as condições de livre negociação e tratativas são mitigadas. Na seara consumérista, marcante pela desigualdade entre as partes, tal panorama é evidente, mormente em face das cotidianas contratações sob a forma de adesão, manuseadas com o intento de agilizar a multiplicidade de relações idênticas, própria de uma ordem contratual *sui generis*¹.

(*) Acadêmica do 9º semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. E-mail: dandaralago@gmail.com.

1. SANTOS, Luís Gustavo do. Lei nº 11.785/08: A necessária observância do tamanho da fonte nos contratos de

Merece, enfim, tutela jurídica e sistematização própria.

O contrato, considerando o seu desenvolvimento até sua conclusão, representa uma relação jurídica próxima ao processo, se perfazendo em uma sequência lógica de atos. Tem-se, a título de exemplo, a interna convicção de vontade, o adimplemento da prestação, a contraprestação e os efeitos provindos em sede de execução. Assim, alinha-se como *fase pré-contratual* aquela em que os indivíduos apresentam propostas e contrapropostas, indispensáveis a reflexões e ponderações. Malgrado nesta etapa inexista o encontro de vontades perfeito e acabado, é certo que gera vinculação face aos dados e notícias expostas, aptos a despertar confiança, expectativa e planos a pessoa envolvida². Vigoram os deveres laterais de boa-fé objetiva.

O irremissível é que todo e qualquer indivíduo inevitavelmente irá consumir e, atentos a esta certeza clarividente, os fornecedores demonstram verdadeira ansiedade em veicular informações e características acerca do produto ou serviço prestado. Afinal, em prol de querer, confiar e comprar é imprescindível, primeiramente, o conhecimento sobre a existência da coisa ou

serviço. Com o fito de cumprir tal aspiração, a publicidade emerge como grande pedra de toque. É, então, instrumento marcante da fase pré-contratual.

Ademais, a atividade publicitária evoluiu durante o prolongar dos anos, incentivada, especialmente, pelo advento e enraizamento da produção em larga escala. Neste contexto, o comportamento empresarial adquiriu duplo viés, se preocupando não apenas em produzir, como também em aumentar a demanda pelas suas mercadorias. A atitude de simplesmente aguardar o consumidor e o escoamento produtivo passou a mostrar-se insuficiente. Preciso tornou-se, sim, criar no potencial comprador a própria necessidade da coisa ofertada³.

Não obstante, persistindo o escopo concreto informacional, questão incontestada, a publicidade deve se ater aos fatos objetivos, a descrição exata dos caracteres dos produtos ou serviços oferecidos no mercado. Não é possível, a título de justificar a fomentação da vontade no consumidor, que o fornecedor se valha de meios ardilosos ou falaciosos, induzindo a uma falsa expectativa. Há um limite, não apenas ético, mas jurídico cogente a qualquer liberdade de expressão.

adesão. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, ano XIII, nº 288, p. 44-45, 15 janeiro 2009.

2. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 112-113.

3. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do Consumidor e Publicidade Clandestina: Uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 51-53.

2. RELAÇÃO DE CONSUMO: ASPECTOS GERAIS

Antes de adentrarmos mais especificamente na temática suprarreferida, necessário traçar algumas premissas imprescindíveis à sua perfeita apreensão, dentre as quais se destaca a delimitação dos elementos da relação de consumo, tanto na sua vertente subjetiva (sujeitos da relação jurídica), quanto na objetiva (objeto das prestações advindas).

2.1. SUJEITOS PARTICIPANTES

2.1.1. *Consumidor*

O *Codex* de Defesa Consumista fornece uma definição sucinta acerca da figura do consumidor, infelizmente, sem os aprofundamentos e pormenores que a matéria exige. Pois bem, traz à baila que o consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º). Aponta o parágrafo único do dispositivo, em adição, o consumidor por equiparação, ou seja, a coletividade de indivíduos que, mesmo não determináveis, haja intervindo nas relações de consumo.

Versando sobre a matéria há duas correntes interpretativas, a saber: a corrente maximalista (objetiva) e a finalista (subjetiva). Para a primeira concepção, consumidor seria todo aquele que realiza um ato de consumo, não se perquirindo o objetivo de tal ato.

Segundo os maximalistas, a interpretação da disposição legal deve ser a mais vasta possível, simbolizando o consumidor qualquer pessoa, física ou jurídica, que faça o papel de destinatário fático do bem ou serviço, retirando-o do mercado e, via oblíqua, encerrando a cadeia produtiva. Não há qualquer relevância nos porquês do consumo (satisfações de necessidades pessoais, profissionais, fins lucrativos ou não) ou nos caracteres da pessoa (existência de vulnerabilidade técnica, jurídica ou socioeconômica). Sendo destinatário final *in concreto* dos produtos e serviços, a pessoa será compreendida como consumidora.

Em outro diapasão, a corrente finalista ensina que a expressão “destinatário final” incerta no Código deve ser concebida de maneira restrita. Consumidor seria apenas aquele que compra bens ou serviços para utilização em proveito próprio, visando satisfação pessoal. Acaso o ato de consumo tenha sido executado para o incremento de atividade comercial ou desenvolvimento de atividade profissional lucrativa, restaria afastada a imagem do consumidor.

Na asserção finalista ou subjetiva, limita-se a consumidor o sujeito de direito que, não profissional, não visa o lucro em sua atividade. O consumo seria intermediário quando o profissional fizesse uso de produto ou serviço com o fito de, direta ou indiretamente, dinamizar

ou instrumentalizar o seu negócio lucrativo⁴.

Compartilhando deste entendimento, o qual acabou por prosperar na jurisprudência pátria, mormente no ambiente do Superior Tribunal de Justiça⁵, está José Geraldo Brito Filomeno:

“o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial”⁶.

-
4. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 49-52.
 5. A título de exemplo, ver os seguintes julgados: AgRg no Ag 1248314 RJ 2009/0215953-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/02/2012; CC 92519 SP 2007/0290797-4, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 16/02/2009, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/03/2009; REsp 541867 BA 2003/0066879-3, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 09/11/2004, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 16.05.2005 p. 227RDR vol. 31 p. 349RSTJ vol. 200 p. 260.
 6. FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo I - Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**

Outra premissa do conceito desta corrente é a questão do consumidor constar como parte vulnerável na relação contratual. Em síntese apertada, é marcante na conceituação de “consumidor” a manifesta situação de inferioridade ante o fornecedor, a perspectiva de ser considerado faticamente como vulnerável técnica, econômica ou juridicamente, de forma em que se sobrepuje o desequilíbrio de forças entre as partes da relação travada⁷.

Então, pode-se descrever o consumidor padrão ou *standard* como sendo o destinatário final do produto ou serviço, empreendido para a sua satisfação pessoal, despedido de escopo lucrativo ou negocial e dotado, por fim, de vulnerabilidade tal que o torne frágil em comparação ao outro contratante.

2.1.2. Fornecedor

O fornecedor, por sua vez, é o encarregado pela colocação do produto ou do serviço à disposição do consumidor, nascendo daí a sua responsabilidade pelos eventuais danos causados aos destinatários.

A definição deste protagonista da relação de consumo é mais apaziguada no ordenamento pátrio, especialmente em virtude da amplidão da disciplina da Lei nº. 8.078/1990, que, em seu artigo 3º, consagra como fornecedor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou pri-

Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007, p. 28.

7. *Ibid.*, p. 32-34.

vado, nacional ou alienígena, assim como os entes despersonalizados, que participam de qualquer das atividades componentes do processo produtivo (produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização).

Inferese que o fabricante ou produtor originário, os intermediários (intervenientes, transformadores e distribuidores) e o comerciante, por fim, são tidos como fornecedores perante a lei. Imperioso, apenas, que façam disto sua atividade principal ou profissão (critérios da profissionalidade, habitualidade e finalidade econômica)⁸.

2.2. Objeto

O objeto das relações de consumo é aquilo que está entre os dois pólos de interesses distintos (consumidor e fornecedor) e consiste ou em um produto ou serviço.

A dicção do microsistema legal aplicável à matéria, enfocando a elencada nos parágrafos do seu art. 3º, sustenta a acepção do mencionado objeto. Nestes termos, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Serviço, de outro lado, é a atividade fornecida no mercado de consumo, remunerada, incluindo as de cunho bancário, financeiro, de crédito ou securitárias. Excluem-se deste rol, tão somente, as relações de caráter trabalhista, já que regidas por legislação própria.

Dissecando o termo, é possível estabelecer que produto é o resultado de um decurso produtivo ou de fabricação. É o provento, consequentemente, da atividade empresarial. A doutrina pontua, ainda, que a vocábulo “bem” seria mais adequado neste panorama, por ser mais abrangente e genérico.

No que concerne ao serviço, é de bom tom pontuar que consiste na atividade advinda da conduta humana, posta no mercado e prestada mediante remuneração, seja ela direta ou indireta (serviços aparentemente gratuitos), salvo as de natureza laboral. A relação de trabalho foi expressamente desagregada da proteção consumerista por não fazer parte do mesmo invólucro, visto que nela o proveito econômico principal acompanha o serviço, beneficiando o tomador, ao passo que naquela o proveito econômico segue em direção oposta, favorecendo o prestador de serviços.⁹

3. PUBLICIDADE DOS BENS DE CONSUMO

Analisando um dos instrumentos mais marcantes da oferta, a saber, a publicidade, necessário se faz delimitar o seu conceito e significação.

Etimologicamente, a palavra publicidade provém do vocábulo latino

8. CAVALIERI FILHO. *Op. cit.*, 61-62.

9. MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. **Relação de Trabalho:** Contramão dos Serviços de Consumo. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/03_relacao_trabalho.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2012.

publicus, devendo ser apreendida como sendo forma de propagação geral, intenção de tornar de conhecimento notório alguma coisa.

No âmbito do direito do consumidor, alerta a doutrinadora Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, o sentido de publicidade deve ser entendido de maneira mais específico, qual seja, publicidade comercial¹⁰.

Considerando um foco mercadológico, a publicidade, simultaneamente, é: *a)* meio de divulgação de produtos e serviços, *b)* modo de incentivar o consumo. O escopo econômico, marcado pelo intento de persuadir e motivar a aquisição de produtos e serviços é intrínseco a esse mecanismo.

O objetivo econômico que se pretende provocar no ânimo do consumidor é inerente ao conceito de publicidade, motivo pelo qual essa técnica de incentivo ao consumo encontra-se regulada no Código de Defesa do Consumidor a fim de evitar possíveis abusos pelos fornecedores. Dar publicidade a uma mercadoria é, no âmbito das relações econômicas, muito mais do que tornar aquele produto de conhecimento geral, mas criar o interesse de aquisição no consumidor.¹¹

Do exposto, mesmo diante da ausência legislativa em definir o que

se como publicidade, infere-se que ela é instrumento hábil a divulgar e, ainda, arte de criar necessidade de consumo.

4. DESCUMPRIMENTO DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA E A BOA FÉ OBJETIVA

Já é pacífico que a publicidade possui o condão principal de criar no consumidor a própria vontade da compra, promovendo uma aproximação entre os bens e serviços oferecidos.

Através da publicidade original-se uma espécie de sedução, atração inicial, um despertar de interesse. Neste passo, o consumidor se vale do previsto na publicidade, seja no seu conteúdo, seja no seu valor para propiciar um vindouro contrato, e efetiva a compra. São produzidas na parte hipossuficiente legítimas expectativas e anseios.

Nada mais sensato, de posse destas considerações, que a mensagem publicitária, no seu teor, forma e propagação, seja apta a atar o fornecedor ao seu cumprimento.

4.1. Violação do conteúdo publicitário

É possível elencar como conduta bastante recorrente àquela em que o fornecedor, alegando que a publicidade foi erroneamente formulada (ex: imprecisões técnicas, quantitativas, qualitativas ou de preço), furta-se em cumpri-la.

O anunciante que, em sua defesa, alegar erro tem o ônus de provar

10. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

11. *Ibid.*

fortuita má-fé do consumidor que afirmou acreditar na mensagem, face à presunção do nosso sistema sempre da boa-fé das condutas¹². Alias, a recusa do anunciante em cumprir o divulgado sob singelo argumento de erro, ou melhor, equívoco do anúncio, quer por falhas próprias ou imputadas a terceiros (publicitário, agência, mídia), não é capaz de, isoladamente considerada, exonerá-lo da satisfação da mensagem. Valéria Falcão Chaise é maestral neste ensinamento, dispondo que, por ter o anunciante a obrigação de vigilância, cabe ao mesmo controlar, antes da difusão, o conteúdo da publicidade, já que ele, como nenhum outro, conhece os pormenores do produto ou serviço anunciado¹³. Tão somente quando o erro é grosseiro, facilmente perceptível como inverídico ou estúpido (ex: anúncio de apartamento ou automóvel com preço de R\$100,00), é que se pode cogitar em ilidir a responsabilidade do fornecedor.

4.2. Vinculação contratual da publicidade

4.2.1. Princípio da vinculação

A publicidade, quando se reveste de caracteres de oferta, ou seja, na medida em que repasse informações suficientemente precisas sobre os bens ou serviços é

tida como declaração unilateral de vontade e, nesta medida, vinculada o fornecedor, obrigando-o a honrar com os seus termos, integrando o próprio contrato futuro.

Ao dissecar o princípio expresso da vinculação, consoante estacionado no art. 30 do Código consumerista¹⁴, percebe-se que este instrumento da publicidade, comumente manejado na fase pré-contratual, também é fonte de obrigações. É imprescindível para a concretização da premissa anterior; a convergência de dois requisitos cumulativos e indissociáveis: veiculação e precisão da informação¹⁵. No que diz respeito à *veiculação*, exige-se que a mensagem chegue ao conhecimento do consumidor, seja exposta ao público. Por *precisão da informação*, em outra senda, deve-se compreender que a publicidade necessita conter o mínimo de concisão. Simples exageros que não permitem a verificação objetiva, como “o melhor sabor”, “o mais bonito”, de regra não geram força vinculante. Destaque-se que não é preciso que a precisão seja absoluta, desvestida de dúvidas ou qualquer questionamento. Trata-se,

12. MALTEZ, op. cit., p. 348.

13. CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107.

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

15. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.), op. cit., p. 269.

em verdade, de informação suficiente e precisa, divulgadora de caracteres e elementos referentes objeto da prestação.

4.2.2. Princípio da identidade

Por ser técnica eminentemente facciosa, com linguagem e discurso voltados para a persuasão, sedução e estímulo, regulamenta o microsistema consumerista (Lei n. 8.078/1990) que a mensagem publicitária deve ser divulgada de maneira a permitir que o consumidor, facilmente, a distinga como tal¹⁶. A dita norma existe para dar ao consumidor instrumentos hábeis a se proteger e a salvaguardar seus próprios interesses face à parcialidade da informação veiculada. Trata-se do princípio da identificação da publicidade, vedante da publicidade clandestina, subliminar e anônima.

Então, o princípio assegura ao consumidor o direito de saber que os dados transmitidos têm finalidade direcionada, qual seja, promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço. Não há gratuidade na distribuição da informação publicitária, mas, em outro giro, o instinto fulcral de estimular a venda, criando interesse no comprador potencial (destinatário da comunicação).

4.2.3. Princípio da veracidade

O princípio da veracidade aduz, em suma, que a informação publi-

tária deve ser verdadeira, correta, precisa.

A publicidade há de satisfazer os seus dois objetivos principais – levar ao conhecimento do consumidor informações sobre o produto ou serviço e convencê-lo a adquiri-lo – de maneira proba e honesta. Há vedação pungente para a utilização de mentiras ou ardis neste desiderato. Se assim não o fosse, estaria o ordenamento sendo condescendente com artifícios maculadores da vontade do consumidor, que acabaria sendo atraído para uma isca e iludido a obter um produto ou serviço em desconformidade com o efetivamente anunciado e, portanto, desejado. Lacunosos restariam os atributos indispensáveis para uma aquisição válida: compra racional e consciente¹⁷.

Rizzatto Nunes, ao escrever sobre a temática, aponta valorosa lição acerca dos fatos objetivos que compõe o anúncio publicitário e o limite ético que controla qualquer liberdade de expressão nesta ceulema: a verdade.

No que diz respeito, pois, às relações jurídicas de consumo, a informação e a apresentação dos produtos e serviços, assim como os anúncios publicitários, não podem faltar com a verdade daquilo que oferecem ou anunciam, de forma alguma, quer

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

17. MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e Publicidade:** Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 326.

por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio: o consumidor. A lei quer que a verdade surja exposta por qualquer que seja o meio e, por isso, determina que o fornecedor mantenha a comprovação dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem¹⁸.

A concepção de enganosidade, pois, ultrapassa a simples mentira ou falsidade. Ela se apresenta em qualquer conduta disposta a enojar a vontade do consumidor, a exemplo de informações malformuladas, inadequadas, insuficientes. Arrebata o autor já citado, por fim:

As táticas e técnicas variam muito e todo dia surgem novas, engendradas em caros escritórios modernos, onde se pensa frequentemente em como impingir produtos e serviços, mesmo contra a real vontade do consumidor, e também fazendo ofertas que, na realidade, nunca se realizam. São os produtores da mentira dessa sociedade capitalista com pouca ética.¹⁹

Dito isto, forçoso concluir que, sendo a publicidade nada mais que a veiculação de algo posto, já existente no mundo dos fatos (objeto do consumo), deve ela se fiar a sua descrição fiel.

4.3. A cláusula geral da boa fé objetiva

Analisando, pois, as relações de consumo não é difícil apreender que a mesma deve ser vislumbrada sob a vertente da boa-fé objetiva. A saber, existe um conjunto de deveres anexos que devem nortear a situação consumerista, pautados em critérios de honestidade e lealdade.

As regras do jogo devem ser prontamente colocadas à mesa, o padrão de comportamento deve ser harmônico, real, fiel, a fim de promover o equilíbrio da relação.

Não averigua-se, aqui, critérios subjetivos (boa-fé subjetiva – alegação de desconhecimento ou ignorância), até porque a responsabilidade prescinde do dolo ou da culpa.

Utilizando a cláusula geral de boa-fé objetiva, impossível, portanto, o fornecedor isentar-se do anúncio publicitário proposto ao simplório argumento de “promessa ou imagens meramente ilustrativas”. Tudo o quanto exposto é, sim, vinculante.

5. DIREITOS DO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE

Não se pode olvidar que a oferta *lato sensu*, abarcando, por sim, a publicidade, tem o condão de integrar

18. NUNES, Rizzatto. Publicidade e Consumo: Liberdade de expressão, ética e direito do consumidor. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XV, nº 349, p. 26-27, 1º agosto 2011.

19. NUNES, Rizzatto. Publicidade e Consumo: Liberdade de expressão, ética e direito do consumidor. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XV, nº 349, p. 26-27, 1º agosto 2011.

o próprio mecanismo contratual, merecendo tutela jurídica próxima à prevista para as cláusulas da avença *per si*.

Na mesma toada, assevera Cláudia Lima Marques que a lei deve proteger as expectativas legítimas dos consumidores criadas pela atividade do fornecedor, salvaguardando os indivíduos que depositaram a sua confiança na informação transpassada. Nítido, conseqüentemente, que os limites entre responsabilidade contratual e extracontratual fruto da veiculação de notícias por intermédio publicitário serão tênues²⁰.

Ao discorrer sobre a responsabilidade civil e sua repercussão nas relações de consumo, Maria Cristina Cereser Pezzella realça, *in verbis*:

A responsabilidade pode nascer do descumprimento de uma obrigação contratual, em decorrência da lesão a um dever protegido por lei ou da violação a uma justa expectativa criada antes mesmo da contratação.

A natureza das obrigações mudou de enfoque – anteriormente centrado na pessoa e, atualmente, em uma relação jurídico-contratual ou extracontratual, em que o que interessa em sua substância é a prestação. O dever de cumprir a obrigação surge da lei, da declaração de vontade, de

decisão judicial e dos deveres preliminares ao pacto que podem criar falsa expectativa, e, por isso, criar prejuízos.²¹

Vigora no Código a regra segundo a qual “prometeu, cumpriu”. A promessa advinda da publicidade, seja acerca da qualidade, características, funções ou durabilidade do produto ou serviço é de cumprimento imperioso. Existindo recusa do fornecedor no adimplemento do quanto ajustado nasce para o consumidor o direito de reclamação esculpido no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor.

A parte hipossuficiente da relação detém, neste universo, três escolhas alternativas: *a)* exigir o cumprimento forçado da obrigação, *b)* aceitar outro produto ou serviço equivalente, *c)* rescindir o contrato, sendo restituído de quantia eventualmente antecipada, corrigida monetariamente, acrescentada, também, de valor a ser pago na qualidade de perdas e danos.

Necessário, nesse patamar, registrar que as perdas e danos são valores indenizatórios devidos não apenas da hipótese de rescisão motivada do contrato. Elas decorrem do sistema geral adotado no art. 6º, VII do mesmo Código²².

20. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 781-782.

21. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A Eficácia Jurídica na Defesa do Consumidor**: O poder no jogo da publicidade – estudo de caso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 159-160.

22. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.), op. cit., p. 270.

5.1. Cumprimento da obrigação

Figurando como uma das alternativas do consumidor face à inércia do fornecedor em efetivar o conteúdo vindicado na publicidade, está a exigência forçada do conteúdo da obrigação.

Trata-se de execução específica do contrato, donde se busca a efetivação real da prestação contratada. Não basta mais utilizar-se, aprioristicamente, da mera indenização ou resolução em perdas e danos face ao inadimplemento. No regramento atual se dá prioridade à satisfação real do quanto versado no instrumento contratual. Afinal, parti-se do pressuposto de que, firmado o pacto, o interesse e anseio primaz da parte é a efetiva realização do quanto estabelecido. Dito de forma mais coloquial, ninguém contrata esperando ou torcendo fim diverso do previsto no bojo do ajuste.

A hipótese em foco se coaduna, sobremaneira, com o princípio da vinculação da mensagem publicitária, impondo ao fornecedor honrar com as informações divulgadas e veiculadas, sob pena de se resvalar a este a faculdade de tornar de conhecimento público e notório notícias revertidas de faceta de letra morta.

Bem sedimentadas estas premissas, quando no mundo fático for possível e viável, há a prioridade de se recorrer à execução específica, intuindo que o fornecedor cumpra a prestação com a qual se obrigou.

5.2. Aceitação de bem equivalente

Esculpido no inciso II do art. 35 entre as opções do consumidor face a não efetivação do anúncio publicitário está a faculdade de optar por aceitar outro produto ou prestação equivalente a dantes contratada.

É cediço que qualquer ajuste entre partes é, antes de tudo, fincado na confiança. Em tais termos, ante a apatia em saldar com primor a parcela que lhe cabia, é natural que o consumidor, em certas situações, perca a crença na ação do fornecedor. Eis a razão do microsistema legal ter conferido a chance em optar por receber, não mais a prestação que havia sido prevista quando do contrato, mas sim um bem equivalente a ela.

Sublinhe-se que o bem dado em alternativa deve ser *equivalente* ao anteriormente previsto. A equivalência aqui deve ser entendida em termo amplo, ou seja, em relação a preços, a qualidade, duração, utilidade, características básicas.

5.3. Rescisão do contrato

Por derradeiro, acaso o contrato tenha sido efetivado, contudo, sem que o conteúdo da oferta ou da publicidade tenha sido perfeitamente contemplado, é lícito ao consumidor exigir o ressarcimento do valor já adimplido, mais as perdas e danos. A dita situação possui previsão expressa no art. 35, inciso III da Lei n. 8.078/1990.

Assim, em vista da recusa volitiva do fornecedor em cumprir o articulado em caráter publicitário ou, até mesmo, da impossibilidade fática posterior para tal, o consumidor tem a aptidão de rescindir o contrato, havendo a devolução integral dos valores pagos, corrigidos monetariamente, sem prejuízo de eventual indenização. A responsabilidade, no caso, é objetiva, não se imiscuindo critérios de dolo e culpa. Configurada a conduta, o dano e o nexos de causalidade unificador de ambos, presente o dever de ressarcimento.

6. CONCLUSÃO

As relações de consumo, cada vez mais uniformes e massificadas, são diretamente influenciadas pela publicidade.

A publicidade é fonte de transmissão da oferta, criando o interesse na proposta. Não apenas a atração inicial, mas também, por vezes, satisfaz a vontade essencial inerente a contratação consumerista.

Em razão dos princípios norteadores do direito do consumidor, expressos e implícitos no microsistema, bem como em vista da cláusula geral da boa-fé objetiva, a publicidade é vinculante, trazendo legítimas expectativas na parte hipossuficiente. Deve, pois, ser cumprida.

Por fim, necessário ilustrar que os três direitos básicos do consumidor face à prática publicidade são: 1) exigência do cumprimento forçado

da obrigação; 2) aceitação de outro bem ou serviço equivalente; 3) rescisão do contrato.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

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

DEL MASSO, Fabiano. **Direito do Consumidor e Publicidade Clandestina: Uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. **Relação de Trabalho: Contramão dos Serviços de Consumo**. Disponível em:

<http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/03_relacao_trabalho.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2012.

NUNES, Rizzatto. Publicidade e Consumo: Liberdade de expressão, ética e direito do consumidor. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, ano XV, nº 349, p. 24-27, 1º agosto 2011.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A Eficácia Jurídica na Defesa do Con-**

sumidor: O poder no jogo da publicidade – estudo de caso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SANTOS, Luís Gustavo do. Lei nº 11.785/08: A necessária observância do tamanho da fonte nos contratos de adesão. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, ano XIII, nº 288, p. 44-45, 15 janeiro 2009.