

OS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ E A PRÁTICA DO NEUROMARKETING NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ANÁLISE JURÍDICA EMBASADA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antônio Carlos Efig^{*}
Fernanda Mara Gibran Bauer^{**}
Camila Linderberg Alexandre^{***}

Introdução. 1 O *marketing* e normas que regulamentam a publicidade no Brasil. 1.1 *Neuromarketing*. 2 Deveres anexos da boa-fé nas relações de consumo. 2.1 Análise jurídica dos direitos fundamentais frente ao *neuromarketing*. 3 Conclusão. Referências.

RESUMO

Tendo em vista a constitucionalização do direito privado e a releitura da teoria obrigacional encartada no Código Civil de 2002, fundamentada nos princípios intrínsecos à dignidade humana, como a boa-fé, solidariedade e função social do contrato, é essencial compreender sua extensão desde pré-contratual até a pós-contratual. Assim, a análise jurídica das práticas mercadológicas ganha relevância no mercado de consumo, ao se verificar que se tratam de técnicas utilizadas para fomentar a necessidade dos consumidores, expondo a coletividade a uma série de informações e ofertas de modo massificado. Exposição que deve ser objeto da análise jurídica, mormente ante as inovações como o *neuromarketing* que majoram a vulnerabilidade do consumidor diante de seus resultados invasivos. Verificou-se que a tutela jurídica voltada à prática publicitária, e demais atos mercadológicos, provém majoritariamente do exposto no Código de Defesa do Consumidor, e conseqüentemente dos preceitos constitucionais, visando a manutenção de uma relação de consumo coerente com os objetivos da sociedade democrática de direito e que atente para os direitos fundamentais e que não se prevaleça da vulnerabilidade exacerbada do consumidor sendo vedada expressamente a veiculação de publicidade enganosa, abusiva

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP, leciona na PUCPR. E-mail: ace@eradv.com.br.

** Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR, leciona na Faculdade das Indústrias. E-mail: fmg@eradv.com.br.

*** Acadêmica de Direito pela PUCPR. Pesquisadora PIBIC em projeto financiado pela Fundação Araucária. E-mail: linderberg0903@hotmail.com

ou que viole o princípio da informação, como por exemplo, a mensagem subliminar, o *merchandising*, o *teaser* e eventualmente o *neuromarketing*, caso viole os direitos consumeristas. Diante das constatações provenientes da pesquisa, deduziu-se que o ordenamento jurídico atual consegue, principalmente por meio da aplicação principiológica, tutelar a coletividade das publicidades ilícitas e que discordem do direito privado balizado na dignidade da pessoa humana e boa-fé.

Palavras-chave: *Marketing. Neuromarketing. Deveres anexos da boa-fé. Direitos fundamentais do Consumidor. Desenvolvimento Socioambiental.*

INTRODUÇÃO

A análise jurídica a respeito do *neuromarketing* é de relevância para o mercado de consumo. Por se tratar de técnica utilizada como meio de persuasão do consumidor e porque tal prática pode representar afronta ao direito constitucional e ao direito do consumo.

As práticas comerciais fundamentada, na lei de proteção do consumidor (lei 8.078/90) orientam os fornecedores e publicitários a pautarem suas ações na boa-fé, na confiança negocial, na realização da função social do contrato, na solidariedade, na transparência dos atos, entre outros princípios, objetivando o fim precípua de se atender à dignidade humana, enquanto fundamento da República.

Assim, as obrigações das partes estabelecidas em negócios jurídicos ampliam-se, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, para garantir a plena satisfação dos contraentes.

Com isto, práticas comerciais, por vezes ilícitas, por decorrência da abusividade, que antes eram vistas como decorrentes do desenvolvimento natural da atividade negocial, tais como a oferta, a publicidade e o *marketing*, hoje são vistas como parte inicial da contratação e, portanto, como vinculantes do compromisso assumido pelas partes em negociação, devendo ser cumpridas segundo a orientação dos princípios e do direito obrigacional.

A relevância da publicidade está ao se considerar uma sociedade de economia massificada, na qual diversos produtos e serviços são ofertados diariamente por meio de mensagens transmitidas pela televisão, do rádio, da internet, de *folders*, de *outdoors*, e que expõem milhões de cidadãos no mundo à iminente necessidade de comprar e consumir.

Logo, o Direito aparece como principal meio de se regular o conteúdo, a forma, a legalidade e a transparência de tais meios pré-contratuais, pois não é possível, dadas as circunstâncias atuais de meios de informação em massa, mensurar quem será exposto a tais práticas comerciais (se serão crianças, adultos, adolescentes, idosos, etc.).

Isto posto, a proposta deste estudo é avaliar certas técnicas mercadológicas, destacando-se o *neuromarketing*, sob a égide da tutela consumerista, na perspectiva constitucional, considerando a vulnerabilidade e a dignidade dos cidadãos expostos às referidas práticas, visto que ao se deparar com práticas ilícitas há evidente afronta a direitos fundamentais.

1 O MARKETING E NORMAS QUE REGULAMENTAM A PUBLICIDADE NO BRASIL

A publicidade pode ser conceituada, no contexto do Código de Defesa do Consumidor, como meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo.¹

Quanto à diferenciação entre oferta e *marketing*, Efing entende que as expressões são sinônimas e foram aplicadas pelo legislador para designar todos os *métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços.*²

Partindo de semelhante premissa, Benjamin faz a distinção entre *marketing* e publicidade ao assegurar que a primeira modalidade de prática comercial compreende uma quantidade de mecanismos de incentivo às vendas entre as quais a publicidade se insere.³

Estabelecidos tais conceitos, o art. 37 da Lei nº 8078/90 prescreve que é enganosa a publicidade que contiver qualquer modalidade de informação inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. A publicidade também é enganosa por omissão quando deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.⁴

Pasqualotto⁵ defende que a publicidade é negócio jurídico unilateral, ou seja, decorre da declaração unilateral de vontade ou como proposta (oferta), uma vez que a publicidade no Brasil tem o seu regramento encartado no Código de Defesa do Consumidor como oferta, vinculando irrevogavelmente o anunciante (art. 30 do CDC).

Desta forma, a oferta ou a publicidade tem por fim a celebração de um negócio jurídico e por tal razão há a obrigação de cumprimento nos exatos termos do que fora proposto.

Todavia, ao mesmo tempo em que a oferta gera a obrigação pela vinculação dos termos propostos,⁶ cria obrigações por atos ilícitos.

A par da nova teoria contratual a publicidade não poderá conter informações que atentem contra a dignidade humana, que causem risco à saúde ou segurança dos cidadãos (consoante o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor).

Trata-se o *marketing* de meio pré-contratual, em razão do qual o anunciante responde objetivamente pelos danos que causar, devido à tutela do Código de Defesa do Consumidor. Ceneviva alerta que:

Aferidas as repercussões concretas da publicidade no grupo social, em seguida se levanta o grau de perigo que representa, na coletividade pela influência da mensagem. O excesso é avaliado objetivamente, levado em conta os interesses contrários envolvidos. Eles compreendem o anunciante e a vítima, o anunciante e seus concorrentes.⁷

Entretanto, com a constitucionalização do direito civil, o *marketing*, enquanto meio pré-contratual, passa a ter uma função social, devendo estar em consonância com a boa-fé e com a solidariedade. Não é compatível com a nova teoria contratual, considerando agora a tutela obrigacional e a responsabilidade civil, entender que o *marketing* possui apenas funções econômicas ou atende aos interesses exclusivos das partes.

No Brasil o *marketing* é regulado pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), objeto deste estudo, e por leis esparsas. Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) foi promulgado por força da Constituição Federal que determinou nos Atos das Disposições Transitórias (art. 48) a sua criação.

Por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor é norma cogente e de interesse social, o que implica concluir que não poderá ser derogado pela simples vontade das partes, ou em outras palavras, não cabe às partes a escolha pela aplicação, ou não, das normas do Código.

O CDC, ao regulamentar as relações de consumo, incorpora ao ordenamento jurídico novas definições de publicidade enganosa e publicidade abusiva, as quais são dispostas nos parágrafos 1º e 2º do seu art. 37.⁸

Tanto a publicidade enganosa quanto a abusiva, são proibidas, pela lei consumerista por expressa disposição no *caput* do art. 37, pois não se coadunam com o sistema protetivo, na medida em que confrontam com os direitos básicos do consumidor. Claudia Lima Marques, ao comentar o texto deste dispositivo legal, afirma que “as regras presentes no CDC proibindo a veiculação de publicidade enganosa e publicidade abusiva, como verdadeiros atos ilícitos, parecem reforçar o regime ético da publicidade, estabelecido pelos arts. 30, 35, 36 e 38 do CDC”.⁹

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias: “[...] a identificação pelo consumidor de que está exposto a uma mensagem de caráter publicitário deve ocorrer sem esforço ou exigência de capacitação técnica e no momento de sua veiculação.”¹⁰ Razão pela qual são vedadas no ordenamento jurídico brasileiro práticas invasivas que não podem ser imediatamente identificadas, nos termos do art. 36 do CDC, como se pode verificar na mensagem subliminar, no merchandising e eventualmente no *teaser*.

Entre as práticas publicitárias que suscitam dúvidas e debates quanto à sua adequação aos preceitos de proteção e defesa do consumidor, a título exemplificativo, destaca-se a mensagem subliminar que em sua essência, possui o condão de declarar um posicionamento ou mesmo influenciar outros a tomá-lo, sem que o consumidor tenha conhecimento disto, divergindo diametralmente dos princípios expostos no CDC que balizam a publicidade.

Ademais, há de se mencionar o *merchandising*, que consiste na aparição (normalmente em programas televisivos, peças teatrais ou filmes) de personagens consumindo produtos ou serviços, com o objetivo de promoção do fornecedor. A despeito da existência de alertas no início ou ao final do programa acerca da existência de publicidade no conteúdo apresentado, a própria definição de *merchandising* está inexoravelmente ligada à dissimulação da mensagem publicitária em meio a uma grande quantidade de informações.

Paulo Vasconcelos Jacobina, ao comentar os princípios específicos do regramento da publicidade comercial, afirma que, sob a égide do princípio da clareza, toda a publicidade dissimulada em forma de *merchandising*, em filmes, novelas ou mesmo sob a roupagem de reportagens ou afins é vedada, pois “difícultam que o consumidor adote a necessária reserva mental frente à mensagem publicitária, tendo consciência de que ali se encontra uma informação parcial, patrocinada pelo fornecedor para servir a seus interesses.”¹¹

A publicidade invisível tem como principal característica a sua absoluta imperceptibilidade, sendo conhecida apenas pelos agentes envolvidos na sua promoção. A publicidade invisível e o *merchandising*, juntamente com as publicidades enganosas e abusivas, constituem atos ilícitos, pois contrariam as normas protetivas do sistema consumerista.¹²

Por fim, deve-se considerar o *teaser*, que consiste, nos termos do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, em “*mensagens que visam criar a expectativa ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados.*” Eventualmente pode configurar publicidade ilícita, caso seu complemento não evidencie sua natureza publicitária ou materialize ofensa aos demais princípios expostos.

No Brasil, novas técnicas de veiculação de oferta surgem, não raras vezes, por influência do mercado internacional, que é regulado por disposições e normas muito diferentes da legislação brasileira.

1.1 Neuromarketing

Diante desta dinâmica inerente ao mercado globalizado, que imputa à publicidade o encargo de fomentar constantemente a necessidade de novas aquisições aos consumidores, deve-se ponderar como estas inovações têm se relacionado com as normas que a regulamentam.

O *neuromarketing*, uma das tendências mais polêmicas nesta área, merece especial atenção dos aplicadores do Direito, visto que possui repercussões

biológicas e científicas que não foram integralmente compreendidas pelos legisladores até o momento.

Proveniente de pesquisas recentes, no final da década de 1990, trata-se de uma técnica derivada da neuroeconomia, e conseqüentemente, da neurociência, que converge as descobertas fisiológicas recentes da neurologia à finalidade comercial do *marketing*.

Em outras palavras, conforme conceitua Camargo:

Assim como a neuroeconomia, o *neuromarketing* se utiliza das tecnologias ligadas à medicina, mais especificamente o diagnóstico por imagem da neurologia como, por exemplo, a ressonância magnética funcional (fMRI), para estudar a localização das áreas estimuladas no cérebro humano e as respostas deste a uma informação de *marketing*.¹³

Em suma, esta prática busca compreender as reações biológicas, conscientes ou inconscientes, relacionadas ao comportamento do consumidor, visando à maior aceitação dos produtos criados e à eficácia da publicidade.

Em que pese seus entusiastas fundamentarem que se trata apenas de uma neuropesquisa em *marketing* que não configuraria nenhuma inovação na discussão ética e jurídica, deve-se ponderar com mais cautela suas repercussões, mormente ante seus resultados invasivos no comportamento do consumidor e os reflexos em sua privacidade e liberdade.

A mesma premissa que fundamenta o desenvolvimento do *neuromarketing*, a influência biológica inconsciente no processo decisório dos consumidores¹⁴, comprovam que o ordenamento jurídico não pode se esquivar desta inovação que majora exponencialmente a vulnerabilidade dos consumidores, podendo ainda materializar ofensas ao princípio da boa-fé objetiva, da informação, eventualmente, à identificação da publicidade e demais direitos fundamentais.

Apenas para exemplificar o potencial invasivo desta tecnologia, cita-se uma pesquisa realizada a partir de 2004 que comprovou cientificamente a ineficiência comportamental e biológica das advertências utilizadas nas embalagens de cigarro acerca dos malefícios à saúde, resultando no efeito contrário, de modo que, independentemente do que acreditavam os pesquisados, as imagens e frases apenas despertavam um estímulo associado ao objeto do desejo.¹⁵

Em outra pesquisa neurológica, pesquisadores conseguiram identificar se os sujeitos submetidos ao monitoramento estavam pensando, sem considerar qualquer reação externa, em rostos familiares ou lugares físicos.¹⁶ Demonstrando que, se desenvolvidos exclusivamente para a incitação do consumo, há inúmeras possibilidades que podem comprometer até mesmo a privacidade e liberdade dos consumidores.

Desta forma, trata-se de um tema recente, desprovido de aprofundamento jurídico, e extremamente polêmico, uma vez que se contrapõe aqueles que defendem que prática tão invasiva somente deveria ter finalidade médica, balizada pela bioética, àqueles que visualizam o *neuromarketing* como mais um subsídio ao *marketing*, configurando, inclusive, prática voltada ao desenvolvimento socioambiental.

Em que pese esta corrente desconsiderar a finalidade exclusivamente lucrativa do marketing, trata-se de uma perspectiva realmente interessante desta prática que, como se verificou na pesquisa das advertências nas embalagens de cigarro, pode contribuir com a eficácia de campanhas educativas. Ou ainda consolidar o consumo sustentável visto que conseguirá identificar precisamente os anseios dos consumidores, evitando o desperdício daqueles produtos criados desnecessariamente.

2 DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Diante deste panorama, a publicidade é importante instrumento para a sociedade pós-moderna, tornando-se premissa das formas de contratação, uma vez que os consumidores devem ser informados sobre todas as características dos produtos e serviços que poderão adquirir; E, se, em um primeiro momento, a informação voltava-se ao consumo (quanto meio contratual), ela agora orienta o pós-consumo.

Conscientes deste novo nicho de negociações, algumas empresas procuram adequar seu discurso a essa realidade. Conceitos como ética, responsabilidade social, desenvolvimento sustentável assumem papel relevante nas estratégias das organizações.

Para Efing, o cumprimento da função socioambiental dos contratos de consumo se alcança já a partir das melhores condutas de obtenção das matérias-primas e insumo para elaboração dos produtos e serviços, da adequada relação entre trabalho e produção, passando por toda a cadeia econômica e chegando à disponibilização ao consumidor até o pós-consumo, preservando-se valores culturais e os bens ambientais, adotando-se condutas ecologicamente adequadas e sustentáveis.¹⁷

Logo, a questão socioambiental envolve a assimilação pelos consumidores e fornecedores de novos paradigmas desde a promulgação da Constituição da República, que visam não apenas à satisfação individual das partes contratantes, mas o atendimento dos interesses coletivos de valores ambientais, sociais e econômicos.

O contrato, nas sociedades de consumo atuais, possui aspectos relevantes, e sua ausência tornaria a realidade jurídica e econômica impraticáveis. A segurança jurídica é hoje dependente dos termos contratuais, fato que justifica a perfeita adaptação do contrato às necessidades dos cidadãos e da sociedade em que ele se insere.

A evolução contratual do *pacta sunt servanda* retrata a crescente ocupação do Direito em voltar sua tutela ao bem jurídico norteador de toda

relação jurídica moderna e também fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade humana.

A dignidade humana se perfaz de forma individual¹⁸ (uma vez que a honra é subjetiva), porém tendo por base a sociedade massificada, o Direito possui ferramentas jurídicas para proteger de forma coletiva e difusa todos os cidadãos que tiverem sua honra maculada.

Considerando a dignidade como fundamento da sociedade almejada pela Constituição Federal de 1988 (seja em termos coletivos ou difusos), é perceptível que os demais princípios decorrem de sua consagração. Quer-se dizer que a boa-fé, a solidariedade, a transparência, a confiança e a lealdade são os instrumentos que o Direito dispõe para proteger o cidadão (seja individualmente ou coletivamente).

Os princípios que regem a nova teoria contratual servem de indicador jurídico para avaliar se a publicidade e os seus efeitos atendem à teoria obrigacional e à plena satisfação contratual; em outras palavras, se tal instrumento mercadológico consente substancialmente os interesses reais dos contratantes. Deste modo, o contrato deve prioritariamente atender a sua função social.

A função social deverá alcançar todo tipo de contrato e igualmente na atividade empresarial, a publicidade e todas as suas formas.

A responsabilidade das empresas no direito brasileiro assume proporções de regulação da ordem econômica e é meio de se permitir o desenvolvimento equilibrado da sociedade. Em que pese a notória importância da função social das empresas, constata-se que a boa-fé é princípio balizador e fundamental para as contratações e também para se concretizar os interesses das partes.

A boa-fé (seja como princípio ou como cláusula geral) deve permear todos os atos contratuais (desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual) e, dela decorrem importantes ferramentas para a celebração e para a execução do contrato.

Deste modo, Teizen Junior¹⁹ explica que a boa-fé objetiva (cláusula geral) é aplicável ao direito das obrigações, determinando delimitação ao conteúdo dos negócios jurídicos (quer pela inserção de deveres e obrigações acessórias, quer pela hermenêutica da declaração de vontade). Já a boa-fé subjetiva é princípio informador da validade e da eficácia contratual.

Em consonância com o tema proposto neste estudo, a boa-fé é pressuposto essencial ao dever de informar. Schier²⁰ esclarece que não basta haver quantidade de informações, sobretudo na sociedade moderna altamente massificada por produtos e serviços, mas é necessário qualidade de informações para se dotar as relações negociais com segurança.

Logo, a publicidade e oferta de produtos e serviços não servem apenas para vender, mas, igualmente, para informar.

A boa-fé orienta outros princípios como a transparência, a confiança, a lealdade das partes na relação contratual. Novais²¹ sintetiza a aplicação da boa-fé objetiva na nova teoria contratual: “1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos”.

Conforme a análise da função social e da boa-fé contratual chega-se ao conceito de solidariedade contratual. Judith Martins-Costa²² define solidariedade contratual considerando o disposto na Constituição sobre a consecução de uma sociedade solidária (justa, livre), nos termos do artigo 3º.

Nalin²³ – sobre o conceito de “solidariedade contratual” – entende que, na falta de critérios que possam melhor definir a aplicação desta conduta, é aceitável a aproximação deste valor constitucional ao princípio da boa-fé contratual. Concorde-se com a posição do autor a respeito do conceito de solidariedade contratual; todavia, entende-se que além do princípio da boa-fé deve constar a aproximação ao princípio da função social do contrato.

Assim, a solidariedade contratual seria decorrente da análise e aplicação conjunta dos princípios da boa-fé e da função social, pois a boa-fé deverá ser observada pelas partes no momento da celebração contratual; já quanto à função social remete-se aos efeitos a terceiros, ao meio ambiente e às demais consequências muitas vezes até impensadas no momento da contratação.

Nesse sentido, o *neuromarketing*, assim como as demais práticas comerciais, deve visar ao desenvolvimento socioambiental, seja por uma aplicação voltada à educação e consolidando o direito à informação dos consumidores, ou ainda por um estudo prévio na verificação de produtos que efetivamente atendam às necessidades dos consumidores, evitando o desperdício de matéria prima na produção de produtos supérfluos.

Por fim, estende-se que ao se preservar a solidariedade contratual não será apenas a segurança jurídica que estará sendo garantida para o desenvolvimento equilibrado, mas primordialmente a dignidade humana que, como visto anteriormente, é o meio de permitir a plena satisfação contratual.

Somente seria possível se falar em nova teoria contratual se as técnicas de convencimento e persuasão do consumidor fossem adequados à lei consumerista.

2.1 Análise jurídica dos direitos fundamentais frente ao *neuromarketing*

Os direitos fundamentais correspondem a explicações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade humana.²⁴

Devido ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, as práticas comerciais assumem novos contornos, não podendo conflitar com os interesses constitucionais de proteção à dignidade humana, de desenvolvimento equilibrado, de redução das desigualdades sociais, entre outros.

Neste sentido, como já pontuado, a nova teoria contratual impõe limitações econômicas, éticas e jurídicas ao fenômeno comercial. Benjamin ressalta que as restrições legais impostas às práticas comerciais não tratam somente da eficiência econômica, pois incluem outras finalidades, como a mitigação das desigualdades e o reequilíbrio do poder de barganha do mercado.²⁵

A constitucionalização do Direito Civil determina às práticas comerciais (tais como a informação precisa e a oferta, como meio pré-contratual) uma função social, devendo estar em consonância com a boa-fé e com a solidariedade. Logo, não se restringe aos interesses das partes e dos terceiros interessados, mesmo porque, conforme visto, a oferta poderá atingir um número indeterminado de cidadãos.

Bessa menciona a proteção que a Lei nº 8078/90 confere ao cidadão na fase pré-contratual, destacando que a experiência demonstra que justamente neste momento inicial de atração do consumidor é quando mais se falta com a verdade, omitem-se informações e adotam-se procedimentos para induzir o consumidor a erro.²⁶

A ofensa a direitos fundamentais obsta, ainda o preconizado pela Constituição da República, ao prever um desenvolvimento justo e solidário.

A Constituição da República Federativa dispõe em seu art. 3º que constitui objetivo fundamental da sua forma de governo “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos”.

A importância do desenvolvimento econômico é analisada por Grau como dinâmicas mutações na sociedade, promovendo um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O referido autor acredita que o desenvolvimento deve elevar uma estrutura social acompanhada do aumento do nível econômico, cultural-intelectual comunitário: “Importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento”. Crescimento seria, assim, apenas uma parcela da noção de desenvolvimento.²⁷

O desenvolvimento é processo de transformação econômica, política e social pelo qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo, consoante Pereira.²⁸ Na concepção do autor, não faz sentido falar em desenvolvimento apenas econômico, ou apenas político, ou apenas social, pois o desenvolvimento é processo de transformação global.

Evidencia-se a relação do consumo nesse processo de produção, haja vista que não se produz o que não se consome, ainda que se considere o argumento de Bauman a respeito das necessidades criadas.²⁹ Portanto, o consumidor terá papel decisivo no desenvolvimento do País.

A interação entre consumo e meio ambiente é ressaltada por Milaré que alerta que todas as necessidades dos consumidores (as reais, as suntuárias)

nunca cessam de crescer, contrapondo-se as demandas infinitas do consumo à finitude dos recursos ambientais³⁰.

O principal reflexo da atuação dos consumidores como agentes de controle dos produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo pode ser percebido na ponderação crítica a respeito das consequências do consumo para o desenvolvimento da sociedade.

3 CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 fundamentou a proteção da dignidade humana e a do cidadão brasileiro enquanto consumidor.

As obrigações assumidas após a constitucionalização do direito civil preconizam, entre outros, os princípios de solidariedade contratual, de boa-fé, de função social, de transparência nos atos, de lealdade, que têm por fim avaliar se tais obrigações assumidas são condizentes com a determinação constitucional da dignidade humana e, por tal razão, atendem materialmente aos interesses das partes.

Logo, a publicidade assumiu nova roupagem com a teoria contratual vigente, não se admitindo no ordenamento jurídico hodierno que práticas comerciais que afrontem à dignidade do cidadão brasileiro sejam empregadas sem a devida punição jurídica, a título de exemplo ressalta-se o *neuromarketing*.

Consoante a solidariedade contratual, as obrigações assumidas devem atentar para suas consequências, não somente entre as partes, mas igualmente a terceiros, e ao meio ambiente, promovendo sempre a construção de uma sociedade justa e solidária, nos termos constitucionais. Desta forma, não se vislumbra outra forma de promoção da solidariedade contratual sem a atenção aos princípios da função social do contrato e da boa-fé contratual, que convergem na dignidade humana.

Quaisquer tipos de oferta que não sejam facilmente percebidas pelo consumidor afrontam o ordenamento jurídico brasileiro e, por tal razão, a dignidade humana, devendo ser combatidas pelo direito pátrio.

Reforça-se o importante papel que o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária) desempenha ao fiscalizar tais atos comerciais.

Conforme se depreende da lei n. 8078/90 é ilícita a publicidade que engane o cidadão quanto às características dos produtos, às consequências da utilização do produto e/ou serviço.

Portanto, para se favorecer o desenvolvimento equilibrado do País e se preservar plenamente o cidadão brasileiro (quer em sua esfera física ou psíquica) é necessário que a publicidade que não for facilmente percebida, seja veementemente combatida por ser contrária às novas teorias contratuais e, por consequência, refletir nas obrigações assumidas às pessoas que a veicularam.

Deve a dignidade da pessoa por todo o exposto neste trabalho, prevalecer frente à publicidade de produtos e serviços.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. In: MEDEIROS, Carlos Alberto (Trad.). **Vida Liquida**. 2. ed. 2001.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. [et al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev., atual., refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.
- BESSA, Leonardo Roscoe, *et al.* **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. Planalto. **Código de Defesa do Consumidor**. Art. 37, § 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 31 fev. 2011.
- CAMARGO, Pedro Celso Julião de. **Neuromarketing: a nova pesquisa de comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2013.
- CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: consumo e sustentabilidade**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.
- _____; BERGSTEIN, Laís Gomes ; Gibran, F. M. . A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 81, p. 91-115, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). Mercado e solidariedade social entre cosméticos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista de Tribunais, 2002.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.

ROSEN, Jeffrey. The brain on the Stand. *New York Times Magazine*. Nova Iorque: mar/ 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/03/11/magazine/11Neurolaw.t.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 30 jul. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2006.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

-
- 1 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.
 - 2 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: consumo e sustentabilidade*. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 206.
 - 3 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. [et al.] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual., refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 265.
 - 4 BRASIL. Planalto. *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 37, § 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 31 fev. 2011.
 - 5 PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 44.
 - 6 conforme o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor.
 - 7 CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 131.
 - 8 In verbis: “§ 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.”, enquanto que “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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. 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/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

- 9 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1026.
- 10 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.
- 11 JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Publicidade no Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 67.
- 12 EFING, A. C.; BERGSTEIN, Laís Gomes; Gibran, F. M. . A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 81, p. 91-115, 2012.
- 13 CAMARGO, Pedro Celso Julião de. Neuromarketing: a nova pesquisa de comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2013, p. 119.
- 14 Pesquisadores acreditam que no processo de escolha de produtos e marcas preferidas, até 95% destas escolhas são embasadas em atividades mentais abaixo do nível da consciência. CAMARGO, Pedro Celso Julião de. Neuromarketing: a nova pesquisa de comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122.
- 15 LINDSTROM, Martin. A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 22.
- 16 ROSEN, Jeffrey. *The brain on the Stand*. New York Times Magazine. Nova Iorque: mar/ 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/03/11/magazine/11Neurolaw.t.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 30 jul. 2013.
- 17 EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 248.
- 18 SANTOS explica qual é a concepção de dignidade para os cidadãos na sociedade em que estão inseridos: “Por isso, a comunidade para que aponta é vorazmente inclusiva, permeável, alimentando-se das fontes que lança para outras comunidades, buscando na comparação e na tradução intercultural o sentido mais profundo da dignidade humana que habita e os modos de estabelecer coligações de dignidade humana comunidades identitárias”.
- 19 TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. A função social no código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 177.
- 20 SCHIER, Flora Margarida Clock. A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar. Curitiba: Juruá, 2006, p. 53.
- 21 NOVAIS, Alinne Arquette Leite. A teoria contratual e o código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 78.
- 22 MARTINS-COSTA, Judith (Org.). Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: A reconstrução do direito privado. São Paulo: Editora Revista de Tribunais, 2002, p. 620-621.
- 23 NOVAIS, Alinne Arquette Leite. A teoria contratual e o código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 179.
- 24 Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77.
- 25 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual., refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 273.
- 26 BESSA, Leonardo Roscoe, et al. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 12.
- 27 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 252.
- 28 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Desenvolvimento e crise no Brasil. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 21-22.
- 29 BAUMAN, Zygmunt. In: MEDEIROS, Carlos Alberto (Trad.). Vida Líquida. 2 ed. 2001, p. 105-107.
- 30 MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

THE GOOD FAITH SIDE OBLIGATIONS AND THE NEUROMARKETING IN CONSUMER RELATIONS: A LEGAL ANALYSIS BASED ON FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

The obligatory theory inserted in the 2002 Civil Code, and its interpretation in the light of the constitutional principle of human dignity, in its aspects of: good faith, solidarity and social function of the contract (considering the private law was constitutionalized), requires the inclusion of the pre-contractual phase, and the post-contractual phase as its zones of application. Thus, the analysis of market practices, from a legal perspective, gains relevance, regarding these techniques are employed to increase consumer's needs. Some of these techniques, like neuromarketing, assume an invasive approach, exploring consumers' vulnerabilities. Therefore, aiming a balanced consumption relationship, consistent with the objectives of a democratic society of rights, practices like subliminal messages, merchandising, teasers and neuromarketing, when abusive or deceitful, must be prohibited, for violation to consumer's rights. As a result of study, it has been concluded that the current legislation, mainly for the application of principles, is able to protect the community from illicit pieces of advertisement.

Keywords: Marketing. Neuromarketing. Annexes duties of good faith. Fundamental Consumer Rights. Social Environmental Development.