

ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO DO MARKETING PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sander Roberto Maurano Filho - FURG
sandermaurano@hotmail.com
Altamir da Silva Souza - FURG
asouza@vetorial.net

RESUMO

O Marketing como prática empresarial é considerado uma ferramenta de sustentação do modelo de produção capitalista ao fomentar a cultura do consumo na sociedade atual. Diante da influência exercida pelas estratégias de Marketing no comportamento dos consumidores, estes se encontram vulneráveis nas relações de consumo. Buscando a harmonia dessas relações, o movimento consumerista defende a posituação dos Direitos do Consumidor, reagindo ao desenvolvimento do capitalismo e do Marketing. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor propõem-se a regular as ações de Marketing para garantir o equilíbrio das relações de consumo em defesa do consumidor vulnerável. Assim, o presente ensaio teórico busca analisar os preceitos legais do CDC que visam regular as estratégias de Marketing, através de uma abordagem interpretativista e interdisciplinar. A aproximação da literatura dos Direitos do Consumidor e do Marketing permite a comparação dos discursos majoritários dessas áreas sobre um tema comum: as relações de consumo.

ABSTRACT

Marketing as a business practice is considered an instrument to maintain the capitalist model of production promoting the culture of consumption in today's society. Facing the influence made by the Marketing strategies on consumer's behavior, they become vulnerable in the relations of consumption. Trying to establish harmony in these relations, the consumerist movement defends the legal protections of Consumer's Rights reacting to the development of capitalism and Marketing. In Brazil, the Code of Consumer's Rights intend to regulate the Marketing practice to ensure the equivalence in the relations of consumption defending the vulnerable consumers. Thus, the present article intends to analyze the legal protections of the Code of Consumer's Rights that seek the regulation of Marketing strategies, based on a interpreting and interdisciplinary approach. The combination of Consumer's rights and Marketing literature enables the correlation of the predominant speeches of these areas about the same subject: relations of consumption.

1. Considerações iniciais

Particularidade marcante do desenvolvimento do capitalismo e da evolução do marketing ao longo da história, o movimento consumerista emerge em defesa do ser humano, investido de consumidor, frente aos abusos das práticas empresariais e do poder econômico. Assim como outros movimentos sociais despontaram para garantir os Direitos Humanos em detrimento de variadas formas de opressão do ser humano, o movimento consumerista surge para lutar pelos Direitos do Consumidor.

Acompanhando o tardio processo de industrialização do país, o movimento consumerista brasileiro é impulsionado pela internacionalização da noção de Direitos do Consumidor. A posituação dos Direitos do Consumidor em ordenamentos jurídicos apresenta-se como a forma de garantir a defesa do ser humano no mercado consumidor. Assim, frente aos novos desafios do neoliberalismo e da globalização no período pós ditadura militar, surge o Código de Defesa

do Consumidor, que expressa a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor como princípios básicos. Dentre outras intervenções estatais no mercado consumidor, o Código propõe-se a regular as técnicas do marketing para garantir a harmonia e o equilíbrio das relações entre fornecedores e consumidores. Duas principais seções do CDC apresentam relações diretas com a regulação do marketing: Da Oferta e Da Publicidade.

Na busca pela compreensão do tratamento dado pelos defensores dos Direitos do Consumidor na regulação do Marketing como influenciador do consumo, torna-se imprescindível considerar os discursos predominantes nessas áreas do conhecimento. Por estarem tão relacionados na influência que exercem nas relações de consumo, os discursos do marketing e dos Direitos do Consumidor relacionam-se intimamente, gerando efeitos recíprocos. Assim, tem-se como objetivo no presente ensaio analisar os preceitos da legislação brasileira de proteção aos Direitos do Consumidor de efeito proibitivo aos princípios de Marketing. Para tal pretensão, realizou-se um estudo nos termos da *bricolage* interpretativa conceituada por Denzin e Lincoln (1994), quando o pesquisador busca extrair conteúdos de múltiplas disciplinas, utilizando um conjunto variado de práticas interpretativas das representações do mundo, sem estabelecer rígidos critérios metodológicos, como em uma *soft science*. Além disso, procurou-se compreender a legislação brasileira de proteção aos direitos do consumidor com o uso da hermenêutica, buscando valores, princípios e significados intrínsecos, abandonando o positivismo jurídico rígido. Pois, uma norma jurídica possui significados e intenções legislativas que vão além de sua letra expressa. Como explica Maximiliano (2001 apud Pedra 2003) “com as luzes da hermenêutica, o jurista explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma”. O abandono do conceito de *hard law* é complementado com o pensamento de Ferraz (2001) de que é hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação.

Nesse sentido, realizou-se um confronto entre os preceitos legais, de doutrinadores e legisladores do Direito com os princípios, as estratégias, os discursos e as práticas do Marketing. Logo, baseia-se na análise de material bibliográfico, sobretudo, do Marketing e do ramo dos Direitos do Consumidor. Serão considerados os principais instrumentos jurídicos dos quais o consumidor brasileiro dispõe, a saber: a própria Constituição Brasileira e o Código de Defesa do Consumidor.

2.1. A evolução do marketing e a reação do movimento consumerista

Considera-se que, ao defender os Direitos do Consumidor, o movimento consumerista emerge resultante de uma vertente maior: dos Direitos Humanos. Lembrando o Marshal (1967), segundo o qual os movimentos em defesa dos Direitos Humanos foram surgindo ao longo da história como reação às formas de opressão, propõe-se que o movimento consumerista nasce frente à opressão do consumo sobre o ser humano. Parece cabível a comparação da evolução do Marketing com a formação do movimento consumerista, já que se considera o Marketing como grande influenciador e propagador dessa cultura do consumo.

A preocupação com a proteção dos consumidores já existia nos primórdios do comércio e do consumo, entretanto, segundo histórico do PROCON (2008), somente no final do século XIX com a Revolução Industrial o movimento em defesa do consumidor surge com essa denominação, quando ganhou força nos Estados Unidos em virtude do avanço do capitalismo e da industrialização. Assim, considera-se a Revolução Industrial o marco inicial do movimento consumerista, quando os Direitos do consumidor eram englobados nas reivindicações trabalhistas, protestadas através do boicote a produtos e serviços.

Da mesma forma, considera-se que a Revolução Industrial é um marco na propagação da cultura do consumo. Apesar de a cultura do consumo ser, muitas vezes, considerada anterior à própria Revolução Industrial, esse momento de transformação histórica mostra como o consumo passou a atingir de forma mais significativa os seres humanos. Segundo Vergara (2003) antes da Revolução Industrial o artífice sabia o que fabricava e o que vendia, porém, com as transformações no processo produtivo a distribuição passou a ser feita por atacadistas que não permitiam ao consumidor abrir e testar os produtos antes de comprar.

A cultura do consumo do início do século XX surge para acompanhar o modelo de produção em massa então vigente, iniciando o desenvolvimento tecnológico no campo da comunicação que passou a disseminar informações e padrões de comportamento, encurtar distâncias entre pessoas e invadir países e lares (HARVEY, 1992). Esse período marca o início do marketing como área de conhecimento. Bartels (1978): refere as cinco primeiras décadas desse século como, respectivamente, períodos: do descobrimento, da conceitualização, da integração, do desenvolvimento, e da reflexão.

Com relação a cultura do consumo, cabe ressaltar que, segundo Slater (2002), essa é o modo dominante de reprodução cultural no Ocidente (desde a modernidade), determinando como devemos ou queremos organizar a sociedade e a vida cotidiana. A cultura do consumo não se restringe a determinar a vida cotidiana no âmbito privado, mas estende-se à esfera pública, que, segundo Slater (2002) tornou-se um espetáculo passível do consumo. O autor chega a afirmar que “o consumo tem se tornado um meio cada vez mais crucial de exercermos nossa cidadania no mundo social, as lutas de poder de dispor de forças e recursos naturais, financeiros e simbólicos tornaram-se fundamentais para a reprodução cultural do mundo cotidiano” (ibid, 2002, p 14).

A primeira metade do século XX, por sua vez, representou uma intensificação da atuação do movimento consumerista. Segundo o histórico do PROCON (2008), em 1906 nos Estados Unidos, resultante das pressões dos movimentos sociais, foi elaborada a Regulamentação Para Inspeção de Carne (*Meat Inspection Act*) e a Lei de Alimentos e Medicamentos (*Pure Food and Drug Act*) e, em 1927, foi criada a FDA (Food and Drugs Administration), que posteriormente passou a abranger atribuições e competências também do segmento de cosméticos, mostrando a importância da defesa dos Direitos do Consumidor.

Os avanços do movimento consumerista durante a primeira metade do século XX podem ser associados ao desenvolvimento do capitalismo e à evolução do Marketing. A força que a cultura do consumo tomou na vida das pessoas e na sociedade em geral durante a primeira metade do

século XX é perceptível na análise de Slater (2002) ao considerar que esse período mostra a cultura do consumo como forma de administrativismo social e político, ou seja, desempenhava o papel de assegurar a docilidade política do povo através da política de massa para garantir o pão e circo.

Já o pós-guerra acaba gerando novas conseqüências para o movimento consumerista: a internacionalização dos Direitos do Consumidor como reação à propagação da cultura do consumo. A força que a cultura do consumo tomou na vida das pessoas e na sociedade em geral é perceptível na análise de Slater (2002) ao considerar que esse período mostra a cultura do consumo como forma de administrativismo social e político, ou seja, desempenhava o papel de assegurar a docilidade política do povo através da política de massa para garantir o pão e circo.

A partir da década de 1950 começa a emergir “a idéia de que o conceito de marketing depende de uma orientação para o consumidor, apoiada pelo marketing integrado e mediante a satisfação do cliente, a empresa alcançaria o lucro (KOTLER, 1972)”. Algumas expressões que representam a orientação do marketing nesse período são “o consumidor é o rei”; “o cliente é quem manda”, “o cliente em primeiro lugar” (SOUZA, 2005). Assim, as novas estratégias de marketing “orientado para o consumidor” passaram a ser utilizadas pelas empresas justamente em um momento economicamente favorável, o pós-guerra, majorando a cultura do consumo.

Ao final da década de 1960 é iniciado um amplo debate no âmbito do marketing, que envolvia discussões sobre a ampliação do conceito e a preocupação com o impacto negativo do marketing no bem-estar da sociedade (SOUZA, 2005). Em meio a esse contexto e em resposta aos desrespeitos das empresas na relação com os consumidores, o consumerismo adquire força no EUA. Para Drucker (1973 *apud* Chauvel, 1999) o movimento constituía a vergonha do marketing

Foi somente a partir da década de 1970 que a idéia de proteção efetiva dos interesses dos consumidores chega a países menos industrializados. Nesse período a influência dos novos conceitos de globalização e neoliberais passa a ser mais notada na dinâmica das relações de consumo. A concorrência de empresas transnacionais criou mercados consumidores de proporções globais, trazendo mudanças fundamentais para as tecnologias de produção, que caracterizam o capitalismo em sua fase flexível.

De acordo com Slater (2002, p. 19) “o milagre ideológico realizado pela cultura do consumo na década de 1980 foi vincular essa imagem de superficialidade desarticulada aos valores mais íntimos e profundos e a promessas da modernidade: liberdade pessoal, progresso econômico, dinamismo cívico e democracia política”. Como defende o autor, nos anos 80 houve uma grande redescoberta do consumismo inspirada pelo neoliberalismo, quando o consumidor passaria a ter um papel fundamental na movimentação da economia.

No Brasil, os reflexos do consumerismo foram tardios, sendo que a proteção jurídica dos Direitos do Consumidor emergiu apenas em 1988 com a promulgação da Constituição Federal e conseqüente criação do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Estando ciente da vulnerabilidade do consumidor diante das práticas empresarias no mercado de consumo, o CDC

assume a filosofia, segundo Filomeno (2001), de buscar a harmonia nas relações de consumo. Essa harmonia consiste em positivar direitos básicos ao consumidor para que ele esteja protegido do abuso do poder econômico, equilibrando as relações de consumo em favor do consumidor, parte vulnerável.

3. O código de defesa do consumidor e a regulamentação do marketing

Segundo Benjamin (2001), a proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa um dos temas mais atuais do direito. O autor explica que, em busca do equilíbrio e da harmonia nas relações de consumo, os ordenamentos jurídicos propõem-se a regular o mercado consumidor por meio do regramento de *todos* os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como instrumentos fundamentais para a produção e circulação dos bens, como o marketing.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro não é uma lei que trata tão somente do regramento do marketing em favor do consumidor, entretanto, de acordo com Benjamin (2001), é inegável que ao longo do seu texto existam inúmeros dispositivos legais que afetam, direta ou indiretamente, o marketing como prática empresarial.

Assim, ao expressar as normas para uma conduta adequada no que tange às práticas comerciais, o Código de Defesa do Consumidor divide-se em diversas seções, das quais duas seções específicas carregam objetivas ligações com as ações de marketing, a saber: Da Oferta e Da Publicidade, que se referem, respectivamente, à promoção de vendas e à publicidade.

3.1 Da Oferta

Na seção “Da oferta”, destaca-se o artigo 30 do CDC que estabelece:

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, vinculada 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.

Ao analisar o disposto no artigo 30, percebe-se que este visa regular, além da promoção de vendas, o processo de comunicação integralmente, pois cita “toda a informação”. Dessa forma, torna-se relevante analisar garantias oferecidas pelo art. 30 do CDC paralelamente ao estudo do processo de comunicação integrada de marketing – CIM.

Visando a proteção do consumidor, considerado parte vulnerável nas relações de consumo e alvo dos esforços de comunicação, o art. 30 do CDC traz expressamente dois princípios essenciais à regulação da informação disposta pelos fornecedores no mercado consumidor: o Princípio da Vinculação e o Princípio da Precisão.

Quando o artigo 30 do CDC estabelece que toda informação veiculada pelo fornecedor “obriga o fornecedor” e “integra o contrato”, ressalta-se o Princípio da Vinculação. Ulhoa (1991, p. 149) explica: “A oferta ou veiculação de mensagem publicitária sobre determinado produto ou serviço, seja ressaltando suas qualidades ou características, seja definindo condições e preços para sua

aquisição, tem força vinculante a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor”. A regra para o fornecedor é “prometeu, cumpriu”.

O Princípio da Precisão, por sua vez, surge no artigo 30 do CDC na expressão “suficientemente precisa” atribuída como característica à informação que vincula o fornecedor. A Precisão refere-se à necessidade de a informação em questão não ser absolutamente genérica, devendo possuir um mínimo de concisão. De acordo com Garcia (2006, p. 96) “os exageros (puffing), a princípio não obrigam os fornecedores, justamente por lhes faltar a característica da precisão. Assim, expressões do tipo *o melhor carro do mundo* ou *o mais elegante terno* não se aplicam ao artigo.

Por outro lado, Benjamin (2001) diz que até mesmo expressões exageradas podem ganhar precisão e influenciar o consumidor a comprar, obrigando o fornecedor a honrar a informação que vinculou. Exemplificando os casos em que os exageros podem vincular o fornecedor Benjamin (2001, p. 232) sugere “quando o fornecedor afirma ter *o melhor preço da capital* ou *a garantia mais completa do mercado*”. Ao tratar dos exageros nas informações, o autor ainda defende que “são eles (os exageros), inegavelmente, elementos perturbadores das relações de consumo e aumentam [...] os riscos e insegurança do consumidor como destinatário do Marketing” (ibid, p. 232).

Os princípios da Vinculação e da Precisão são as garantias oferecidas pelo artigo 30 do CDC ao consumidor no que tange à informação. Esses princípios baseiam-se, essencialmente, no direito que os consumidores têm de receber tudo o que lhe foi prometido na veiculação da informação. Porém, entende-se que diante das complexas formas de comunicação que integram o marketing, os referidos princípios podem não ser facilmente identificados ou, ainda, serem insuficientes para regular todo o processo de CIM. Uma vez que tal comunicação vai além da simples criação de promessas a serem cumpridas pelos fornecedores do produto.

Kotler e Armstrong (2003, p. 364) explicam que a CIM integra e coordena uma série de ferramentas de comunicação (propaganda, promoção de vendas, marketing direto, relações públicas e marketing pessoal) a fim de transmitir uma mensagem atraente sobre a organização e sobre seus produtos, buscando causar “o maior impacto possível” no comportamento dos consumidores. Para isso, segundo o autor, as empresas utilizam diversos apelos no conteúdo nas mensagens que veiculam, entre eles os racionais, os emocionais e os morais.

Esses apelos, que fazem parte da praxe publicitária, indicam que os fornecedores não veiculam as informações dos produtos que comercializam baseados, tão somente, em atribuições que poderão cumprir ao vender o produto ao consumidor, como pretende o Código de Defesa do Consumidor. Além disso, a propaganda, uma das ferramentas que são utilizadas para a composição da CIM de muitas empresas, de acordo com Kotler e Armstrong (2003), carregam mensagens que visam atrair e induzir o consumidor à compra. A associação dos produtos com cenas da vida real, estilos de vida, atmosferas e fantasias são conceitos, a princípio, “prometidos” pelos fornecedores àqueles que adquirirem seus produtos, e nem por isso podem ser realizados pelas empresas. Ademais, segundo os autores a propagandas têm apelos significativos e críveis, “destacando os benefícios que tornam o produto mais desejável ou

interessante para os consumidores” e fazem o consumidor “acreditar que o produto ou serviço oferecerá os benefícios prometidos” (ibid, p. 391).

Assim, considerando que é objetivo da CIM a elaboração de um programa coordenado para despertar a reação que se deseja do público e gerenciar as relações com os consumidores em longo prazo (KOTLER e ARMSTRONG, 2003), atribuindo, muitas vezes, símbolos e significados intangíveis aos produtos que são oferecidos, as garantias (Vinculação e Precisão) que o artigo 30 do CDC oferece à veiculação da informação mostram-se insuficientes na proteção dos consumidores como parte vulnerável das relações de consumo.

3.1.2 O dever de informar e os objetivos da propaganda

Dentre os aspectos significativos envolvidos nas relações de consumo, o acesso à informação (ou falta de acesso) destaca-se como um dos elementos que explicam a vulnerabilidade do consumidor diante das práticas empresariais. Considerada a importância do acesso à informação aos consumidores no estabelecimento das relações de consumo, o CDC traz em seu artigo 31, expressamente, como deve ser o conteúdo das informações passadas aos consumidores pelos fornecedores:

A oferta e apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (Art. 31 CDC)

Destaca-se como um dos objetivos principais do disposto no Art. 31 do CDC o Princípio da Transparência. Segundo Ulhoa (1991, p. 151), “prevê este princípio que o consumidor deve ter conhecimento da exata extensão das obrigações que ele e o fornecedor estão assumindo quando celebram um contrato” e assim o faz porque, como defende Garcia (2006), é um direito de o consumidor saber de todas as informações e características do produto ou serviço que está adquirindo.

Dessa forma, o CDC pretende, de acordo com Benjamin (2001), garantir o “dever de informar” que os fornecedores têm em relação aos consumidores, estando, os últimos, protegidos contra os abusos das práticas empresariais no que tange à informação, garantindo a harmonia nas relações de consumo.

Entretanto, Kotler e Armstrong (2003) ao tratar da propaganda como um dos componentes da CIM, explica que o conteúdo das mensagens publicitárias, além de informar, tem por objetivo persuadir e lembrar; indicando que os objetivos da propaganda desempenham um papel significativamente mais importante nas relações de consumo entre consumidores e fornecedores do que simplesmente o “dever de informar” que o CDC busca regular.

Comparando os objetivos contidos nas propagandas, como propõem Kotler e Armstrong (2003), comparativamente ao “dever de informar” sugerido pelos juristas ao comentar o artigo 31 do CDC que regula a veiculação de informações sobre produtos e serviços pelos fornecedores, percebe-se que através do marketing os fornecedores podem influenciar o comportamento do

consumidor utilizando aspectos subjetivos ou intangíveis não abordados pelo CDC. No mesmo sentido Souza (2005, p. 129) defende que:

Os discursos, as imagens e os símbolos criados nas propagandas sempre focalizam significados e idéias positivas sobre os produtos. No entanto, a propaganda como ferramenta de comunicação, informação, lembrança e persuasão tem sido acusada pelo fato de ao mesmo tempo em que presta informações importantes, não retrata o que efetivamente ocorre na sociedade.

Mesmo o objetivo de informar proposto por Kotler e Armstrong (2003) já transcende o “dever de informar” estabelecido pelo CDC. O elemento “construir a imagem de uma empresa” citado pelos autores não faz parte daquilo que o CDC considera ao tratar da informação. Além disso, os outros objetivos de “persuadir” e “lembrar” não são regulamentados pelo CDC, que aborda apenas o “dever de informar” na apresentação dos produtos.

Quando o CDC defende o referido “dever de informar” através dos princípios anteriormente tratados (Vinculação, Precisão e Transparência) busca-se regular, prioritariamente, aspectos tangíveis dos produtos e serviços, como qualidade, quantidade, preço. Porém, aspectos não facilmente mensuráveis podem estar presentes na veiculação da informação, como “construir a imagem de uma empresa” e persuadir o consumidor.

Dessa forma, parece que o Código de Defesa do Consumidor estipula apenas o que deve estar contido na oferta e apresentação dos produtos, ou seja, informação precisa, verdadeira, clara. Porém, deixa em aberto tudo que pode ser acrescentado pelo marketing além do “dever de informar”. Assim, os processos de produção de sentidos e de subjetivação não considerados pelo Código.

3.2 Da publicidade: princípio da identificação e o merchandising

Um dos principais temas que merecem destaque no CDC em sua busca pela harmonia nas relações de consumo é a publicidade. Devido à relevância da publicidade na sociedade de consumo na qual vivemos, o CDC dedica sua Seção III ao tema. Como propõe Guido Alpa (1986 apud Benjamin 2001, p. 263) “a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna. Por isso, segundo Benjamin (2001) há necessidade de que o fenômeno publicitário seja regulado pelo Direito.

Ao tratar da publicidade, a Seção III do CDC traz o Artigo 36: “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Logo, considera-se relevante tratar sobre o Princípio da identificação obrigatória da publicidade a título de comparação com algumas ferramentas freqüentes nas práticas empresariais oferecidas pelo marketing, em especial, o merchandising.

O Princípio da identificação obrigatória da publicidade visa, segundo Garcia (2006), proteger o consumidor a fim de torná-lo consciente de que é o destinatário de uma mensagem publicitária e de garantir que tenha condições de identificar o fornecedor e o produto ou serviço oferecido. O autor explica que “ao adquirir um produto ou serviço, o consumidor deve fazê-lo de modo

racional e consciente, sem ser enganado ou induzido pelos anúncios publicitários, harmonizando e equilibrando as relações contratuais” (ibid, 2006, p. 105).

Assim, vedam-se através do Artigo 36 do CDC, segundo Benjamin (2001), as reportagens, os relatos “científicos”, os informes “econômicos”, que são verdadeiras comunicações publicitárias transvestidas de informação editorial, objetiva e desinteressada, além da publicidade clandestina ou subliminar. Da mesma forma Ulhoa (1991, p. 158) quando da implantação do CDC afirmava que “com esta norma (Art. 36 do CDC), algumas técnicas publicitárias não poderão continuar a ser praticadas pelos fornecedores. Principalmente duas: a propaganda transvestida de reportagem e o merchandising disfarçado”. De acordo com o conceito proposto por Pinho (1988 apud Benjamin 2001, p. 283) tais técnicas se caracterizam como merchandising, que consiste na “inclusão de menções ou aparições de produto, serviço ou marca, de forma aparentemente casual, em programas de televisão ou de rádio, filme cinematográfico, espetáculo teatral, etc”.

Porém, mesmo após 18 anos da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, continua sendo freqüente a veiculação em jornais, revistas, periódicos e outros meios de comunicação de reportagens com conteúdo que aparentemente são de interesse geral dos leitores, mas que na verdade carregam mensagens publicitárias vinculadas a um produto ou serviço. Como exemplo da referida prática proibida pelo CDC, Ulhoa (1991, p. 158) propõe: “o tema da reportagem pode ser, por exemplo, a mudança dos hábitos alimentares da população e sua leitura acaba por sugerir a plena adequação de um determinado restaurante aos novos hábitos noticiados”.

Essa “comunicação implícita e disfarçada é [...] é mais natural, sutil, espontânea, suave [que a comunicação explícita], podendo, inclusive, ter uma conotação subliminar” (SOUZA, 2005, p, 125). Na mídia brasileira é facilmente perceptível a presença do merchandising, proibido pelo CDC. Jimenez (2002) descreve diversos exemplos de programas de televisão que adotam “discretamente” esse tipo de estratégia. Por sua vez, Valladares (2005) revela que:

Hoje, as novelas de todas as faixas de horário da Globo têm esse tipo de publicidade. A cada ação de merchandising, a emissora fatura até 550.000 reais. Uma fração desse dinheiro vai para o autor do folhetim. Durante o tempo em que Senhora do Destino ficou no ar, o roteirista Aguiinaldo Silva embolsou em torno de 200.000 reais ao mês com o merchandising.

O merchandising é responsável pelo custeio das produções de telenovelas e sem a técnica seria difícil, para as emissoras de TV, o financiamento da produção de uma telenovela. A sutileza de alguns casos de merchandising comerciais leva à febre de consumo (TRINDADE, 1999).

O discurso do merchandising seria uma espécie de conversão de discurso da telenovela para o discurso publicitário que se dá através de um processo metassemiótico, que acarreta na inversão da sobremodalização do discurso da telenovela, pois ação de merchandising visa um fazer-criar naquela situação ficcional, que poderia ser real, para estimular um querer no telespectador (ibid, 1999, p. 154).

Percebe-se que o merchandising continua em alta na mídia brasileira e, por sua capacidade de disfarce, não solta aos olhos dos defensores dos Direitos do Consumidor. Mesmo estando claramente proibida pelo Princípio da identificação da publicidade, como defende Benjamin

(2001), a mera apresentação de um produto ou serviço em um contexto como o das telenovelas continua sendo considerado inofensivo pelos aplicadores do Direito sobre o fato concreto.

Entende-se que a publicidade de produtos e serviços é uma estratégia multifacetada ao englobar tantas formas de manifestação que se torna incomensurável, mesmo quando identificada, não podendo ser perfeitamente regulada através da positivação dos Direitos do Consumidor.

4 A predominância dos discursos do marketing

Com a pretensão de regular as relações de consumo garantindo o equilíbrio e a harmonia em favor do consumidor, os Direitos do Consumidor são positivados pelos ordenamentos jurídicos. Para manter essas relações de consumo vantajosas para ambas as partes das relações de consumo, os Direitos do Consumidor normatizam, entre outras práticas empresariais, diversas técnicas do marketing.

A regulamentação do marketing como influenciador das relações de consumo, entretanto, mostra-se insuficiente segundo o discurso dos defensores dos Direitos do Consumidor, sobretudo, dos criadores do CDC brasileiro. Os preceitos legais do CDC tratam as relações de consumo como relações objetivas, ou seja, conseguem coibir os efeitos que o marketing exerce nas relações de consumo somente quando esses efeitos são exteriorizados, tangíveis, perceptíveis. A positivação dos Direitos do Consumidor não consegue atingir o âmbito subjetivo do marketing, aquele mais poderoso, influenciador e, até, manipulador.

Os Direitos do Consumidor estabelecem normas dizendo que a informação deve ser verdadeira, correta, transparente, identificada, não abusiva. Porém, as técnicas do marketing mostram-se capazes de transcender esses aspectos tangíveis da informação para produzir sentidos e verdades que influenciam os desejos e necessidades dos consumidores, quando estão disfarçadas em diferentes linguagens publicitárias. Mesmo que o CDC garantisse que as informações veiculadas fossem verdadeiras, corretas, identificadas, não abusivas, ainda assim não estaria coibindo todos os abusos praticados.

No entanto, o próprio discurso dos Direitos do Consumidor é dominado pelos discursos do marketing. Benjamin (2001, p. 224), apesar de considerar que a função do CDC é defender o lado vulnerável do consumidor frente a abusos, refere que "Marketing e defesa do consumidor não são valores incompatíveis. Ambos visam ao consumidor, ou melhor, à satisfação do consumidor. Ambos são reflexos e dependem do comportamento do consumidor", propondo que o papel a ser desempenhado pelos Direitos do Consumidor é renovar o conceito de marketing, adequando-o aos Direitos do Consumidor.

De acordo com essa opinião, o ramo consumerista do Direito não se propõe a acabar com a relação de dominação, manipulação e induzimento do pensamento do consumidor exercida pelo marketing, mas mantê-la de uma forma menos dolorosa. Até mesmo porque, o Direito brasileiro não visa a mudança do sistema capitalista vigente onde vigora o marketing, mas tenta adaptá-lo às vontades do ser humano, até porque a livre iniciativa e livre concorrência são garantias

constitucionais no Brasil e não podem ser violadas (Art. 170 CF). Conforme Benjamin (2001, p. 225)

A função do Direito ao controlar o Marketing é, portanto, a de estabelecer parâmetros mínimos de conduta, respeitando sempre – como o quer a Constituição Federal – a livre iniciativa. É por esse prisma que se deve buscar a compatibilização entre a “defesa do consumidor” e a “liberdade de Marketing”. Seria tal objetivo um simples ideal? Acreditamos que não.

[...] Ao restaurar a sanidade do mercado, (o Direito) fortalece o papel do Marketing na sociedade de consumo. Aqui, o Marketing é protegido à medida que o Direito assegura a perfeição da relação de consumo, purificando, dessa forma, o mercado e, pela via transversa, também a atividade de Marketing. Tudo isso porque os objetivos finais do Marketing e da defesa do consumidor são idênticos: garantir, ao máximo, a satisfação do consumidor.

Conforme Kotler e Armstrong (2003) o processo de marketing consiste em identificar as necessidades dos consumidores para, assim, oferecer estratégias de marketing que possam satisfazê-las. Tal discurso corresponde ao discurso dos Direitos do Consumidor apresentado por Benjamin (2001), segundo o qual o marketing e os Direitos do Consumidor visam, ao final, a satisfação do consumidor, podendo ser compatibilizados.

Contrariamente, entende-se que o marketing tem sido utilizado como “função gerencial responsável pela construção da insatisfação do consumidor como forma de manter o permanente e incessante consumo e, com isso, propiciar o lucro das empresas e o crescimento do sistema capitalista” (SOUZA, 2005, p. 171). Nesse sentido, é possível destacar a obsolescência planejada, a redução de embalagens e as estratégias de precificação como ações que reforçam tal condição, e que são evidenciadas nos diferentes gêneros de discurso do marketing (acadêmico, organizações e mídia) (ibid, 2005) e opostas aos Direitos do Consumidor.

6. Considerações finais

As reflexões a cerca do papel que o consumo passou a desempenhar na sociedade ocidental conduzem o pensamento à consideração de que, como propõe Slater (2002), a cultura que prevalece entre os seres humanos é a do consumo. Paralelamente, o marketing tornou-se função responsável para estimular o consumo e influenciar as necessidades, desejos, expectativas e percepções dos seres humanos e, conseqüentemente, suas decisões de compra. Reconhecendo o marketing como influenciador de uma relação unilateral, ou seja, de condições às quais os consumidores devem se sujeitar, já que não são proprietários dos meios de produção, o consumerismo emerge, ao longo do século XX, como movimento em defesa do ser humano, através da garantia jurídica dos Direitos do Consumidor.

Assim, surgiram associações da sociedade civil, organizações estatais e, principalmente, leis. Nesse contexto, o ramo consumerista do Direito pretende, através da positivação dos Direitos do Consumidor, garantir a harmonia e o equilíbrio das relações de consumo em defesa do elo mais fraco, o consumidor, considerado vulnerável e hipossuficiente frente aos abusos do poder econômico.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, segundo seus criadores, foi criado para regular todos os aspectos das relações de consumo, entre eles, o marketing. As idéias e princípios que sustentam os preceitos legais do CDC na sua regulamentação do marketing e das relações de consumo como um todo, parecem, a priori, cabíveis e coerentes, entretanto, falham quanto à sua aplicabilidade. Ora e lembrando Baudrillard (1995), são os signos, representações, marcas, imagens que criam a intangibilidade dos produtos e serviços, chegando a atribuir significados mágicos e transcendentais que vão muito além da materialidade. Assim, a mera positivação dos Direitos dos Consumidores não seria suficiente para regular essa relação. Igualmente, é preciso considerar a dificuldade e complexidade de analisar os efeitos que o marketing gera na mente dos consumidores.

A força dos discursos daqueles que defendem o Marketing (do meio acadêmico, das empresas, da mídia) como forma pela qual os consumidores podem satisfazer suas necessidades baseados na livre escolha, domina também os defensores dos Direitos do Consumidor. Os próprios aplicadores do Direito, investidos de protetores dos consumidores, não enxergam o Marketing e os Direitos dos Consumidor como antagônicos, mas como complementares. Isso porque, além da predominância dos discursos do marketing sobre os Direitos do Consumidor, o próprio sistema jurídico brasileiro, do qual o CDC faz parte, se por um lado dedica-se à defesa da pessoa do consumidor, por outro tem compromisso e prevê a garantia do atual sistema econômico, baseado na livre iniciativa (garantia constitucional). E a quebra da submissão do consumidor na sociedade de consumo seria devastadora para o atual sistema econômico.

Entretanto, considera-se que o papel desempenhado pelo Marketing na sociedade, em sua essência, consideradas suas conseqüências nas relações de consumo, é incompatível com essa suposta comunhão de interesses. Os conceitos de Marketing que consideram a satisfação do consumidor, o seu bem-estar em longo prazo, ou o respeito pelos Direitos do Consumidor, só o fazem visando a própria sobrevivência. Ou seja, o objetivo maior da implementação de uma estratégia de Marketing é o sucesso e o lucro da empresa que a aplica, mesmo que para isso tenha que fazer concessões aos consumidores.

Essas concessões, por sua vez, não compensam a relação de submissão que os consumidores têm em relação aos fornecedores. Além disso, mesmo que o discurso sobre igualdade nas relações de consumo fosse verdadeiro, a satisfação gerada pelo marketing é sobre necessidades que ele mesmo cria, o bem-estar é segundo o estilo de vida que ele determina e os direitos só existem porque ele mesmo viola.

A exploração do consumidor dá-se nos mesmos moldes da exploração do trabalho, já que os excedentes criados pela exploração do trabalho devem ser transformados em lucro através da exploração do consumidor. Se o trabalho humano fornece tantos produtos e serviços às empresas (ou aos proprietários dos meios de produção), a mesma quantidade produzida deve ser consumida.

Assim se descreve o complexo sistema dominante (e de dominação) de organização social do mundo contemporâneo. A cultura do consumo provavelmente surgiu das interações sociais dos seres humanos, mas hoje é certamente incentivada a favor da sustentação do sistema vigente: o

capitalista. Dessa forma, o marketing pode ser alvo, analogicamente, das mesmas críticas feitas a outras formas de sustentação do sistema outrora predominantes, como a religião e o Estado.

Enquanto o capitalismo se desenvolvia, chegando a ser considerado o modelo definitivo para a humanidade, com a evocação do fim da história, as formas de sustentação desse sistema foram sendo adaptadas.

O Estado, por exemplo, como aliado do capitalismo, utilizou-se de inúmeras estratégias para manter a submissão popular, fazendo pequenas concessões ao cidadão, como a política do pão e circo. Da mesma forma, o marketing tenta manter-se legítimo através de sua evolução, com o surgimento de novos conceitos, como o marketing societal ou o marketing dos Direitos do Consumidor, ou seja, fazendo algumas concessões aos consumidores. A relação de dominação do marketing sobre o ser humano, no entanto, permanece estável, e a defesa do modelo capitalista também.

Referências

BARTELS, R. **El desarrollo del pensamiento en mercadotecnia**. México: Compañía Continental S. A, 1978.

BAUDRILLARD, J. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BENJAMIN, A. Visão Geral do Código. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____, A. Das Práticas Comerciais. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. **Código de defesa do Consumidor**. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. 31ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHAUVEL, M. A. A Satisfação do consumidor no pensamento de marketing: revisão de literatura. In: XXIII Encontro Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração (1999: Foz do Iguaçu). **Anais ... Marketing**. Foz do Iguaçu: ANPAD, 1999. em CD-ROM.

DENZIN, N. LINCOLN, Y. A disciplina e a prática da pesquisa qualitativa. p. 15-41; In: NORMAN, D. K.; LINCOLN, Y.. **O Planejamento da Pesquisa Qualitativa: Teorias e Abordagens**. 2ª ed., Porto Alegre: Artmed, 2006.

FERRAZ JR. T. S. **Introdução ao estudo do direito**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FILOMENO, J. G. Dos Direitos Básicos do Consumidor. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- FINK, D. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARCIA, L. M. **Direito do Consumidor**: Código comentado e Jurisprudência. Niterói: Impetus, 2006.
- GIGLIO, E. **O Comportamento do consumidor**. 2ª ed., São Paulo: Pioneira, 2002.
- HARVEY, D. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 7ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 1992.
- JIMENEZ, K. Quanto mais discreto, melhor. **O Estado de S. Paulo**, 7 de julho 2002. Disponível em: www.observatoriodaimprensa.com.br. Acesso em: 2 de novembro de 2008.
- KLEIN, N. **Sem Logo: a tirania das marcas em um planeta vendido**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.
- KOTLER, P. A generic concept of marketing. **Journal of Marketing**, v. 36, Apr, pp. 46-54, 1972.
- KOTLER, P.; ARMSTRONG, G. **Princípios de Marketing**. 9ª.ed. São Paulo: Prentice Hall, 2003.
- MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- PEDRA, A. **Interpretação e Aplicabilidade da Constituição**: em busca de um Direito Civil Constitucional. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>. Acesso em: 30 de maio de 2008.
- PROCON, **Histórico Institucional**. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br>. Acesso em: 13 de agosto de 2008.
- SCHIFFMAN, L. G; KANUK, L. L. **Comportamento do Consumidor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1997.
- SLATER, D. **Cultura do consumo e modernidade**. São Paulo: Nobel, 2002.
- SOUZA, A. S. 2005. Sobre a construção da insatisfação: reflexões críticas sobre o discurso do marketing. **Tese de Doutorado** em Engenharia de Produção. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, UFSC, Florianópolis, 2007.
- SOUZA, R. V. **Comunicação integrada de marketing: natureza e desafios a sua implementação**. I EMA – Encontro de Marketing da ANPAD, Porto Alegre, 2004. Anais... . Porto Alegre: ANPAD, 2004. em CD-ROM

TRINDADE, E. Merchandising em Telenovela: A Estrutura de um Discurso para o Consumo. p. 154-166; In: CORRÊA, T. G., FREITAS, S. G. (Org.) **Comunicação, marketing, cultura: sentidos da administração do trabalho e do consumo.** São Paulo: ECA/USP; CLC, 1999.

ULHOA, F.C. et al. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva: 1991.

VERGARA, S. C. Impacto das Direitos dos Consumidores na Práticas Empresariais. São Paulo: FGV, 2003.

VALLADARES, R. **O merchandising em novelas cresce cada vez mais.** VEJA online, 16 março de 2005. Disponível em: www.veja.abril.com.br. Acesso em: 2 de novembro de 2008.