

FERNANDO GHERARDINI SANTOS

DIREITO DO  
*MARKETING:*

*Uma abordagem jurídica do  
marketing empresarial*

---

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR – v. 14

---

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
1. O <i>MARKETING</i> E A SOCIEDADE DE CONSUMO .....	17
1.1 O <i>marketing</i> no contexto sócio-empresarial .....	17
1.1.1 Breve evolução histórica .....	17
1.1.2 <i>Marketing</i> e administração de <i>marketing</i> : conceito e delimitação .....	19
1.1.2.1 O produto .....	24
1.1.2.2 O preço .....	28
1.1.2.3 O ponto .....	29
1.1.2.4 A promoção .....	29
1.1.3 A função social do <i>marketing</i> .....	36
2. O AMBIENTE JURÍDICO DE <i>MARKETING</i> .....	40
2.1 Considerações propedêuticas .....	40
2.2 Ensaio para o estudo do direito do <i>marketing</i> segundo a teoria tridimensional do direito .....	41
2.2.1 As estruturas normativas ou sistemas de modelos .....	43
2.2.2 O mundo histórico-cultural e o direito .....	48
2.2.3 A ideologia como processo de neutralização dos valores ..	53
2.2.4 Síntese conclusiva .....	53
2.3 A integração fático-valorativa do <i>marketing</i> no direito positivo brasileiro .....	55
2.3.1 A Constituição Federal de 1988 .....	55
2.3.1.1 O novo papel do Estado diante da crise novecentista do liberalismo .....	59
2.3.1.2 A ordem econômica na Constituição Federal de 1988: princípios informadores .....	66
2.3.1.3 O mercado e o direito constitucional .....	96
2.3.1.4 O abuso do poder econômico e sua coibição constitucional .....	97

2.3.1.5 A proteção aos interesses metaindividuais em âmbito constitucional .....	100
2.3.2 O Código de Defesa do Consumidor e sua princiologia ..	110
2.3.3 A legislação antitruste brasileira .....	114
2.4 Síntese conclusiva .....	116
3. A FUNÇÃO SOCIAL DO MARKETING .....	118
3.1 O direito difuso ao <i>marketing</i> como corolário lógico da função social da empresa .....	118
4. A NATUREZA JURÍDICA DO MARKETING E SUA RELAÇÃO JURÍDICA PRIMÁRIA .....	128
4.1 A empresa inserta na relação jurídica de consumo .....	128
4.2 O <i>marketing</i> empresarial qualificado juridicamente como "prática comercial" .....	131
4.2.1 Delimitação dos conceitos de apresentação, informação, publicidade e oferta dentro da concepção jurídica de <i>marketing</i> .....	134
4.2.2 A natureza jurídica triplíce do <i>marketing</i> .....	137
4.2.3 A atividade de <i>marketing</i> e a formação do contrato de consumo .....	139
4.2.3.1 Confronto entre a proposta tradicional, regulada pelo direito civil, e a oferta do CDC; os novos princípios contratuais informadores do instituto da oferta .....	139
4.2.3.2 As negociações preliminares, os requisitos da oferta e a aceitação na formação do contrato de consumo .....	149
4.2.3.3 O <i>marketing</i> como nova fonte de obrigações .....	153
4.2.3.4 A regra da execução específica .....	158
5. ASPECTOS JURÍDICOS DO PRIMEIRO P: O MARKETING DE PRODUTO .....	161
5.1 Introdução .....	161
5.2 Política de produtos e serviços e seus limites legais; o princípio da garantia de adequação .....	162
5.3 A apresentação de produtos e serviços e a função social do <i>marketing</i> .....	167
5.3.1 O princípio da informação .....	169

5.3.2 O princípio da veracidade .....	170
5.3.3 Elementos e conteúdo da apresentação: teoria do composto informacional do produto .....	171
5.3.3.1 Os limites do dever de informar: análise da culpa exclusiva do consumidor .....	177
5.3.4 Tipos especiais de apresentação: embalagem e rotulagem .....	183
6. O MARKETING DE PREÇO (2.º P) .....	185
6.1 O preço-oferta .....	185
6.2 A política de preços da empresa .....	186
6.2.1 A política de controle de preços .....	187
6.2.2 Do preço abusivo; aumento arbitrário de lucros .....	189
6.2.3 Fixação de preços concertada em prejuízo dos consumidores .....	195
6.2.4 A política de descontos; problemática específica do cartão de crédito e das vendas a prazo .....	195
7. O COMPOSTO PROMOCIONAL (3.º E 4.º Ps) .....	197
7.1 Introdução .....	197
7.2 A publicidade .....	198
7.2.1 Considerações propedêuticas .....	198
7.2.2 Conceito jurídico de publicidade .....	199
7.2.3 Princípios constitucionais e infraconstitucionais informadores da publicidade .....	201
7.2.3.1 Princípio da liberdade .....	201
7.2.3.2 Princípio da identificação da mensagem publicitária .....	203
7.2.3.3 Princípio da veracidade .....	203
7.2.3.4 Princípio da lealdade .....	203
7.2.3.5 Princípio da ordem pública ou da legalidade ou da não abusividade .....	204
7.2.3.6 Princípio da transparência da fundamentação .....	204
7.2.4 A regulamentação privada da publicidade e a nova disciplina introduzida pelo CDC .....	206
7.2.5 Os excessos na atividade publicitária coibidos pelo CDC .....	209
7.2.5.1 A publicidade enganosa .....	209
7.2.5.2 A publicidade-oferta: problemática da publicidade enganosa por omissão .....	217

7.2.5.3 A publicidade abusiva .....	220
7.2.5.3.1 Exame da tipologia prevista em lei para a configuração da publicidade abusiva .....	222
7.2.5.4 A publicidade simulada; aceção vulgar do termo <i>merchandising</i> .....	228
7.3 A venda pessoal .....	230
7.3.1 A venda "casada" .....	231
7.3.2 A hipossuficiência do consumidor prevista no art. 39, inc. IV, CDC .....	232
7.4 A promoção de vendas e o <i>merchandising</i> (em sentido técnico: aplicação subsidiária das normas relativas à publicidade) .....	233
7.4.1 Aspectos específicos da promoção de vendas .....	234
7.4.1.1 A promoção por telefone ou reembolso postal .....	234
8. O MARKETING DE PÓS-VENDA .....	235
8.1 Inrôito .....	235
8.2 O sistema misto de garantia previsto pelo CDC .....	235
9. O MARKETING NA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE DOIS FORNECEDORES .....	239
9.1 O conceito de consumidor contido no art. 29, CDC .....	239
9.2 Aspectos jurídicos do <i>marketing</i> concorrencial .....	243
9.2.1 Inrôito .....	243
9.2.2 A política de preços e a concorrência .....	244
9.2.3 A publicidade comparativa .....	248
BIBLIOGRAFIA .....	251
ANEXO: LEI DE PUBLICIDADE DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA .....	263
OBRAS JÁ PUBLICADAS NESTA COLEÇÃO .....	275

## INTRODUÇÃO

As profundas transformações que a sociedade vem sofrendo a partir de um passado não muito distante requerem um estudo aprofundado da parte de todos os estudiosos das denominadas "ciências sociais", entre as quais, inevitavelmente, inclui-se a Ciência do Direito.<sup>1</sup>

O liberalismo acentuado advindo da Revolução Francesa de 1789 e da doutrina iluminista formada nesse período histórico<sup>2</sup> propugnava uma concepção individualística do homem, a qual findou por influenciar todo o pensamento social reinante em fins do século XVIII e, principalmente, no século XIX.

Assim, o denominado "Direito Codificado", pelo qual organizou-se a legislação dos povos de tradição romano-germânica em códigos (civil, comercial, penal etc.), foi fruto dessa mesma cultura individualista, como, aliás, não poderia deixar de ser.

Contudo, aproximadamente a partir da década de 20 deste século, iniciou-se um processo conhecido como "massificação", ou seja, um acesso das massas ao poder social,<sup>3</sup> em que a sociedade começaria a sofrer uma profunda transformação a culminar com a realidade hodierna.

Conseqüentemente, não há dúvida, a sociedade contemporânea caracteriza-se como de produção em massa, em que se realizam trocas e consumo de massa e, portanto, geram conflitos sociais de mas-

<sup>(1)</sup> Embora o estudo do Direito não se constitua, própria e rigorosamente, em uma ciência, e sim em uma tecnologia, na qual os resultados são alcançados muito mais pela retórica do que pela lógica. V. Fábio Ulhoa Coelho. *Direito e poder*. Saraiva, 1992. p. 13 *et seq.*; Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito*. p. 85 *et seq.*

<sup>(2)</sup> Particularmente, nas obras de Rousseau e Voltaire.

<sup>(3)</sup> Ortega y Gasset. *La rebelión de las masas*. 30. ed. Madrid, 1956. p. 49.