

RESPONSABILIDADE CIVIL, AS RELAÇÕES DE CONSUMO E AS DIVERSAS FORMAS DE PUBLICIDADE ILÍCITA

Clayton Reis*

Anderson Donizete dos Santos**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Responsabilidade Civil; 2.1 Evolução da Responsabilidade Civil; 2.2 Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo; 3 Direitos do Consumidor e o CDC; 4 Publicidade; 4.1 Tipos de Publicidade Ilícita; 5 Publicidade Subliminar; 6 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: A sociedade contemporânea está sendo denominada de sociedade do consumo, isto porque desde a Revolução Industrial e todos os avanços tecnológicos que se seguiram, houve uma globalização de produtos e serviços. Mais do que isso, houve um super aumento da produção e para vender seus produtos os industriais buscaram formas de persuadir o consumidor a adquirir produtos que geralmente não precisavam, e o meio mais eficiente para atingir este objetivo se concretizou através da publicidade. Diante dessa nova forma de atividade comercial o constituinte sentiu a necessidade de proteger o mais fraco e garantir um ambiente justo, solidário e igual, assim nasceu o Código de Defesa do Consumidor. Entre seus principais objetivos está o dever de garantir que a publicidade e propaganda direcionadas ao consumidor sejam honestas, verdadeiras e não agridam seus direitos. Nosso objetivo nesse estudo é entender a evolução do direito do consumidor, que culminou com a promulgação do CDC e analisar mais profundamente a questão da publicidade subliminar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; Publicidade Subliminar; Responsabilidade Civil.

* Magistrado do TJPR aposentado; Pós-Doutorado na Universidade de Lisboa; Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Especialista em Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Maringá - UEM; Docente Titular do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA; Docente Adjunto da Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR; Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR/Maringá; Docente da Escola da Magistratura do Paraná; Membro fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

** Discente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Graduado pela Universidade Paranaense – UNIPAR, Campus Paranavaí; E-mail de correspondência: andersonpvai@hotmail.com

CIVIL RESPONSIBILITY, CONSUMERS´ RELATIONSHIPS AND SEVERAL FORMS OF ILLICIT PROPAGANDA

ABSTRACT: Contemporary society is commonly called consumer society. From the Industrial Revolution with all technological progress that followed a globalization of products and services ensued. A high increase in the production occurred and industrialists tried to convince their clients to acquire products which they did not need. Publicity was the way to achieve such aims. In the wake of such commercial activity, society felt the need to defend the weakest and guarantee a just, solidary and igualitarian environment in which the Consumer Defense Code was born. Among its aims there is the duty to have an honest and true publicity and propaganda that would not violate the citizens´ rights. Current paper deals with the evolution of consumers´ rights which culminated in the publication of the Code and analyzes deeply the issue of subliminar publicity.

KEY WORDS: Civil Responsibility; Consumers´ Rights; Subliminar Publicity.

RESPONSABILIDAD CIVIL, LAS RELACIONES DE CONSUMO Y LAS DIVERSAS FORMAS DE PUBLICIDAD ILCITAS

RESUMEN: La sociedad contemporánea está siendo denominada de sociedad del consumo, debido al hecho de que, desde la Revolución Industrial y todos los avances tecnológicos que han trascendido, hubo una globalización de productos y servicios. Además, hubo un súper aumento de la producción y, para vender sus productos, los industriales han buscado formas de persuadir al consumidor a adquirir productos que, generalmente, no necesitaban, el medio más eficaz para lograr ese objetivo se concretó por medio de la publicidad. Frente a esa nueva forma de actividad comercial, el constituyente sintió la necesidad de proteger al más débil y garantizar un entorno justo, solidario e igual, así nació el Código de Defensa del Consumidor. Entre los principales objetivos está el deber de garantizar que la publicidad y la propaganda direccionada al consumidor sea honesta, verdadera y no dañe sus derechos. Nuestro objetivo en ese estudio es entender la evolución del derecho consumidor, que colmó con la promulgación de CDC y analizar, de forma más profundizada, la cuestión de la publicidad subliminal.

PALABRAS-CLAVE: Responsabilidad Civil; Derecho del Consumidor; Publicidad Subliminal.

INTRODUÇÃO

Não estaríamos errando se denominássemos o nosso milênio de Era do Consumo. O capitalismo, consolidado efetivamente após a Segunda Guerra Mundial, globalizou a forma ocidental de pensar e impôs uma nova ordem econômica, social e cultural: a do consumo.

Nesta nova sociedade do consumo há uma relação de hierarquia extremamente desproporcional: de um lado têm-se fornecedores de produtos e serviços com alta concentração de capital, e de outro lado há o consumidor, geralmente, em condições financeiras infinitas vezes inferiores ao do fornecedor.

Para equalizar esta relação, ou ainda melhor, para proteger o consumidor, a Constituição Federal de 1988 deixou disposta a necessidade, para não dizer obrigação, de se criar um sistema organizado que tutelasse e equilibrasse a relação de consumo.

Dois anos depois foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor que permite ao consumidor recorrer legalmente contra abusos, violações ou qualquer tipo de agressão que a aquisição ou ainda a possível compra de um bem possa lhe causar.

Além disso, esse Código consciente da influência da publicidade no consumo tratou de coibir qualquer publicidade que possa ser efetivamente, ou de forma camuflada, desonesta, abusiva, dissimulada ou enganosa.

Apesar de não proibir expressamente a publicidade subliminar, vimos ser necessário introduzir o tema em nosso trabalho, visto que se refere a uma das formas mais eficazes de induzir o consumidor a adquirir um determinado produto ou aceitar as ideias contidas na propaganda.

Não conhecemos estudos científicos que corroborem nossa opinião sobre o tema, mas a análise da temática é extremamente pertinente para que possamos compreender o significado desse tipo de publicidade que poderá induzir o consumidor de forma subliminar na aquisição inconsequente de determinado produto.

Antes de iniciarmos a abordagem do tema publicidade subliminar, faremos uma introdução sobre os pressupostos da responsabilidade civil, bem como sobre os procedimentos do processo indenizatório em razão dos danos ocorridos em virtude das relações consumo.

Na sequência serão objeto de abordagem os direitos do consumidor em face ao Código de Defesa do Consumidor, um microsistema autônomo que disciplina os direitos e obrigações presentes na sociedade de consumo.

Por fim dissertaremos sobre o conceito de publicidade para, em seguida, chegarmos ao estudo e conteúdo das mensagens subliminares, utilizadas pela publicidade como mecanismo psicológico capaz de induzir o consumidor a adquirir determinado produto, ou eliminar sua postura crítica em relação ao bem consumido.

2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com o pensamento de De Plácido e Silva, a palavra Responsabilidade Civil “designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem¹”. Na mesma linha, o termo Responsabilidade Civil segundo preleciona Maria Helena Diniz, lembra a dificuldade enfrentada pela doutrina para conceituá-la. Nesse sentido, autores renomados se baseiam na noção de culpa para definir responsabilidade, outros dotam a responsabilidade civil sob um aspecto mais amplo, não apenas relacionado à questão da culpabilidade².

Considerando essas dimensões doutrinárias, Maria Helena Diniz afirma que “a Responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal³”.

Sérgio Cavalieri Filho, na mesma linha de intelecção, define Responsabilidade de como: “o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”. Nesse caso, o “responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico⁴”.

A Responsabilidade Civil, segundo ainda a lição de Sérgio Cavalieri Filho, nasce do anseio que a Justiça possui: “[...] de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo,” quando “o dano causado pelo ato ilícito rompe com o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima⁵”. Silvio de Salvo Venosa ainda acrescenta que:

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.222.

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 33-34.

³ *Ibidem*, 2002, p. 34.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

⁵ *Ibidem*, 2010, p. 2.

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar⁶.

Para Maria Helena Diniz o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. A autora ainda acrescenta que a Responsabilidade Civil objetiva à reparação do dano causado a outrem⁷. José de Aguiar Dias⁸ explica que através da responsabilidade civil tem como objeto restituir o prejudicado ao *status quo ante*.

Silvio Rodrigues pontifica que o instituto tem como objetivo fundamental verificar, no primeiro momento, se o prejuízo deve ou não ser objeto de reparação pelo agente causador e, no segundo momento nos casos afirmativos, analisar qual será a melhor forma de reparação, aplicando nessas situações os princípios essenciais da responsabilidade civil⁹.

Para Maria Helena Diniz existem três pressupostos para a responsabilidade civil: a existência de uma ação comissiva ou omissiva que violou direito; a ocorrência de um dano patrimonial ou extrapatrimonial; e o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.

Nessa linha de ideias Carlos Roberto Gonçalves proclama que “a Responsabilidade Civil se assenta, segundo a teoria clássica em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano¹⁰”.

Tais pressupostos constituem os elementos formais que devem estar presentes na pretensão indenizatória ou ainda, como ensina Fernando Pessoa Jorge, em conjunto, no fato que gerou a obrigação de indenizar¹¹. O ato ilícito está situado no plano da existência, já a obrigação de indenizar se encontra situada no plano da eficácia. Para Cordeiro os pressupostos são o conjunto de elementos que devem estar

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção direito civil; v. 4), p. 2.

⁷ DINIZ, op. cit., 2002, p. 6.

⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. 22.

⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

¹¹ PESSOA JORGE, Fernando. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 9.

presentes no ato ilícito que acarretam a obrigação de indenizar¹².

Quanto às espécies de Responsabilidade Civil Maria Helena classifica-as em três espécies: quanto ao seu fato gerador, relação contratual ou extracontratual; em relação ao seu fundamento, responsabilidade objetiva ou subjetiva; e relativamente ao agente, responsabilidade direta ou indireta.

Como efeitos da Responsabilidade Civil, a autora nominada argumenta que se têm: reparação do dano; liquidação do dano; garantias de indenização; e efeito no nível da decisão prolatada no crime.

2.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Sobre a evolução da responsabilidade civil, ou seja, a obrigação do agente lesionador de reparar dano causado a outrem, tivemos dois momentos essenciais: o primeiro ocorrido quando o ser humano abandonou sua condição de nômade e passou a viver em sociedade, gerando os primeiros conflitos de interesse e, respectivamente, em buscar a solução mais adequada e justa possível. O segundo momento foi quando o Estado assumiu essa responsabilidade de solucionar os conflitos, com o propósito de apaziguar os ânimos exaltados¹³.

Assim, de acordo com essa concepção metodológica nasceu o Código de Hamurabi, como forma punitiva para desestimular o ofensor à prática de atos ilícitos. Os monarcas nesse período da história tinham a preocupação fundamental “de reprimir os atos ofensivos e lesivos a outrem, de forma a manter o equilíbrio social perturbado pelas ações ilícitas de terceiros”, como explica Clayton Reis¹⁴.

Este Código datado de dois milênios antes da Era Cristã originou-se do Código de Talião consistente na ideia: “olho por olho, dente por dente”. Esse mesmo conceito foi mais tarde incorporado na bíblia em face do conceito de reciprocidade de que: “Quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Esses conceitos primários foram posteriormente – no curso da história – incorporados e recepcionados pela legislação romana na Lei das XII Tábuas.

Neste período da história, o Estado intervinha para coibir abusos declarando quando e como a vítima teria o direito à retaliação, em face do dano provocado

¹² CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, v. 2, p. 279.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 303.

¹⁴ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 21.

pelo agente agressor, assegurando a esta o direito de produzir dano semelhante ao que sofreu¹⁵.

Durante esse momento da história, José de Aguiar Dias recorda não haver distinção formal entre ilícito civil e criminal, como atualmente se encontra presente na doutrina contemporânea. Ainda assim, o direito romano contribuiu para consolidar a ideia “para que a noção de ressarcimento ganhasse seu verdadeiro e real espaço¹⁶”.

Daniela Fernandes Bacellar afirma que com a busca dos plebeus romanos, por volta do século V a. C., por condições de vida um pouco mais cidadã, iniciou-se o que a autora denominou de “terceira etapa histórica do desenvolvimento do instituto da responsabilidade: a tentativa de eliminar da aplicação estatal da Justiça o livre-arbítrio, os desmandos e os excessos, comuns às primeiras noções de aplicação desta¹⁷”.

Neste momento histórico, em torno do ano de 450 a. C., o Direito Ocidental conhece as XII Tábuas, em que se buscava introduzir um novo conceito de responsabilidades e delimitar sanções de caráter exclusivamente vingativos. A responsabilidade neste momento era objetiva e independia da culpa, sendo apenas uma reação do lesado contra o dano produzido pelo agente lesionador. Posteriormente, segundo leciona Maria Helena Diniz, houve o momento:

Da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante a prestação da **poena** (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direitos relativos à **res pública**), e do lesado, se se tratasse de delito privado (efetivado contra interesses de particulares) – do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido¹⁸.

Em seguida através da *Lex Aquilia de damno* a reparação pecuniária por dano se efetivou, cabendo ao patrimônio do acusado suportar o ônus pelo dano ilícito. No momento presente, a reparação se daria a partir da culpabilidade comprova-

¹⁵ DINIZ, op. cit., 2002, p. 10.

¹⁶ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 100.

¹⁷ Ibidem, 2009, p. 101.

¹⁸ DINIZ, op. cit., 2002, p. 10.

da do acusado, tornando-se as bases da responsabilidade extracontratual, segundo ensina Diniz.

Todavia, somente na Idade Média que se distinguiu a Responsabilidade Civil da pena, devido à estruturação da ideia de dolo e culpa *stricto sensu*. Contudo, segundo preleciona Maria Helena Diniz, foi a doutrina defendida, especialmente pelo jurista francês Domat, que a teoria da Responsabilidade Civil se consolidou definitivamente na sociedade moderna.

Na realidade, pode-se afirmar que somente em 1804 a Responsabilidade Civil foi recepcionada por uma codificação, presente no Código Civil de Napoleão, que acolheu as ideias relacionadas com o tema desenvolvido pelos romanos, quando então foram delineados os contornos da moderna teoria da Responsabilidade Civil¹⁹.

Outra evolução sofrida pela Responsabilidade Civil descrita por Maria Helena Diniz foi com relação ao fundamento, ou seja, a razão por que alguém deveria ser obrigado a reparar um dano. O fundamento não se ligava exclusivamente à noção de culpa, hipótese subjetiva, mas também na de risco, hipótese objetiva, possibilitando que houvesse a garantia da vítima ser indenizada mesmo sem a existência da culpa.

A expansão da Responsabilidade Civil, ensina Maria Helena Diniz, também evoluiu com o translado do tempo. Através dessa realidade, sua extensão ou área de incidência ampliaram o número de pessoas responsáveis pelos danos às vítimas beneficiárias da indenização e dos fatos que prescindem da culpa em face da teoria do risco.

A densidade ou profundidade da indenização está alicerçada no princípio da *restituto in integrum* ou da restituição integral dos danos perpetrados pelo agente lesionador. Este princípio afirma que a pessoa culpada responderá com seu patrimônio pelo pagamento integral dos prejuízos que causou a outrem, conforme assinala Carlos Alberto Bittar²⁰.

Quanto ao valor da indenização os limites são arbitrados pelo magistrado, levando-se em consideração a extensão dos danos produzidos pela ação ilícita do agente ofensor de acordo com as normas prescritas nos artigos 944, 945 e 946 do Código Civil. Nesse caso, deverá o magistrado valorar os danos considerando o grau de culpa do agente ofensor, a influência da situação econômica da vítima e do agente, os acontecimentos naturais ou sociais, e também a influência do lucro obtido pelo lesado. Esta regra é a *compensatio lucri cum damno*, de acordo com o magis-

¹⁹ FERNANDES, op. cit., 2009, p. 102.

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. 1982. Tese (Livre-docência em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1982, p. 44.

tério de Maria Helena Diniz²¹.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Sérgio Cavalieri Filho ensina que a Responsabilidade Civil passou por uma série de evoluções. E, nesse processo evolutivo introduziu novos conceitos nas relações de consumo, como se deduz das considerações do doutrinador: “a responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil ²²”.

Atento à realidade de que a Responsabilidade Civil tradicional não poderia proteger o consumidor a partir da Revolução Industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, surgiu no ordenamento jurídico um novo sistema: o Código de Defesa do Consumidor (CDC), como apontado por Sérgio Cavalieri Filho.

Na perspectiva do novo Código procura-se proteger o consumidor contra “os danos oriundos dos equipamentos produzidos pela sociedade científica e tecnológica”, que tiveram uma expansão alarmante a partir do século XIX²³.

Nessa ordem de inteligência, Sérgio Cavalieri Filho apresenta alguns casos em que o desenvolvimento tecnológico e científico, aliado à produção em série causou prejuízos a um número significativo de vítimas. Dentre as inúmeras situações de danos, com imensas repercussões mundiais, é lícito apontar “o caso da Talidomida contergan, um sedativo grandemente utilizado entre 1958 e 1962, principalmente por gestantes. Esse medicamento foi retirado do mercado porque provocou deformidade em milhares de nascituros, principalmente na Alemanha e Inglaterra²⁴”.

Ao relembrar estes e outros casos semelhantes o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho alerta para os riscos do consumo, para os riscos em série, para os riscos coletivos, todos agravados pela globalização gerada pelo desenvolvimento científico e tecnológico.

Maria Antonietta leciona que era indispensável ao Direito moderno implementar uma reformulação e reestruturação do sistema de direito positivo para tutelar uma classe inteira de consumidores lesados ou prejudicados por determinado produto ou serviço. Isto porque, ao tutelar estes conflitos que ultrapassam a individualidade, em face da teoria do risco presente no mundo moderno, o novo instituto salvaguarda os direitos patrimoniais e extrapatrimoniais das pessoas, considerando

²¹ DINIZ, op. cit., 2002, p. 17.

²² CAVALIERI FILHO, op. cit., 2010, p. 481.

²³ REIS, Clayton. **Responsabilidade civil em face da violação dos direitos da personalidade**: uma pesquisa multidisciplinar. Curitiba: Juruá, 2001, p. 15.

²⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., 2010, p. 482.

que historicamente o Direito acolhia tão-somente os interesses subjetivos²⁵.

Até a promulgação do CDC cabia ao consumidor arcar com as possíveis e reais consequências do consumo. Não havia prescrição legal que garantisse ao consumidor qualquer tipo de reparação por dano oriundo da aquisição de um produto ou serviço, independentemente de culpa como recorda Sérgio Cavaliere Filho. Houve um longo percurso da história para que se chegasse a responsabilizar de forma direta e objetiva pelos riscos dos produtos colocados no mercado de consumo em face do consumidor.

Nas hipóteses em que os casos eram levados aos tribunais cabia ao consumidor a obrigação de provar a culpa subjetiva do demandado. Por sua vez, o consumidor era igualmente obrigado a mover a ação contra o fabricante no local de sua sede, o que geralmente ficava distante do domicílio do consumidor lesado²⁶. O novo instituto criou um sistema de proteção ao consumidor considerada a parte fragilizada nas relações de consumo e, portanto, digno de receber proteção especial. Por essa razão, Sérgio Cavaliere Filho pontificou que:

Aos poucos a responsabilidade foi **deslocada da conduta do autor do dano para o fato causador do dano**. Identificou-se um dever de guarda pela coisa perigosa, uma **cláusula de incolumidade** na atividade de risco, até se chegar a um **dever de segurança** ou **garantia de idoneidade** pelo produto lançado no mercado.

Finalmente, reconheceu-se um vínculo jurídico direto entre o fabricante e o produto, em razão do qual o primeiro torna-se responsável pelo dano que o segundo vier a causar. A garantia inerente do produto deixou de estar circunscrita à simples relação contratual interposta na cadeia de venda da mercadoria, passando pelo produto lançado no mercado²⁷.

Assim, na perspectiva da Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º erigiu-se a base jurídica da responsabilidade por atos praticados por servidores públicos, que passou a ser direta e objetiva para os prestadores de serviços públicos, ou seja, os prestadores de serviços públicos passaram a responder pelos atos de seus empregados e preposto.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, essa responsabilidade direta recaiu também para todos os demais prestadores de serviços, públicos e privados. Segundo as lições de Sérgio Cavaliere Filho foram três

²⁵ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29.

²⁶ VENOSA, op. cit., 2008, p. 235-236.

²⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., 2010, p. 483.

as grandes modificações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo:

1. Ação direta do consumidor prejudicado contra o fornecedor de produto ou de serviço, afastado nessa área o mecanismo da responsabilidade indireta.
2. Superação da dicotomia – responsabilidade contratual e extracontratual. O fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual, ou de fato ilícito, para se materializar na relação contratual, ou o fato ilícito, para se materializar na relação jurídica de consumo, contratual ou não.
3. Responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos e de serviços, vinculado que está a um dever de segurança²⁸.

Tais fatos demonstram, *quantum satis*, uma nova mentalidade no campo da proteção do ser humano, em atenção ao princípio do direito fundamental inscrito no princípio da dignidade da pessoa humana, que atualmente consiste em normas de proteção do consumidor que tornem eficácia do valor supremo da pessoa. Por outro lado, a culpa objetiva do fabricante ou do prestador de serviço consagra a teoria do risco do empreendimento, em razão dos riscos de danos físicos e psicológicos que os produtos colocados no mercado de consumo podem gerar ao consumidor.

3 DIREITOS DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na perspectiva do doutrinador Silvio de Salvo Venosa, “o direito do consumidor exige um estudo autônomo. Esse direito pertence à categoria denominada de novos direitos”, ensina Venosa, “surgidos todos no curso do século XX, frutos das transformações sociais e tecnológicas, e que colocaram em berlinda o aspecto de abrangência dos grandes códigos²⁹”.

Na sociedade de consumo o direito do consumidor passou a ser a força motriz dos novos direitos no mundo ocidental. A ordem econômica baseada no consumo fez com que a defesa do consumidor fosse um dos ordenamentos jurídicos mais importantes na pré-modernidade, segundo ensina Silvio de Salvo Venosa.

Nesse cenário “os direitos do consumidor surgem como forma de proteção do indivíduo perante o desenvolvimento que as sociedades de consumo atingiram.

²⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., 2010, p. 484.

²⁹ VENOSA, op. cit., 2008, p. 227.

A vulnerabilidade do consumidor é sua própria essência³⁰”.

Carlos Alberto Bittar, por sua vez, proclama que com:

A aceleração nos negócios, impulsionada pela evolução tecnológica nos campos da comunicação e da informática, modificou sensivelmente a vida na sociedade, que, a cada passo, sofre transformações de vulto, sempre sobre o domínio de novas e sofisticadas técnicas e da concentração de capitais e de empresas na produção e na distribuição de bens de consumo, que uma publicidade ampla e agressiva põe ao conhecimento de toda a coletividade, em cada centro consumidor³¹.

Esse novo problema jurídico, ou seja, a proteção ao consumidor foi primeira levada ao plano penal para, em seguida, verificando a pouca eficiência penal em proteger o consumidor surgiu a necessidade de uma legislação específica de defesa do consumidor. Assim, o Código de Defesa do Consumidor foi erigido à condição de norma legislativa para tutelar amplamente o consumidor em face da sua fragilidade nas relações do consumo.

O Código de Defesa do Consumidor em face da desigualdade entre as partes participantes da relação de consumo, ou seja, entre consumidor e fornecedor, nasceu com o propósito de eliminar toda e qualquer possível diferença anteriormente existente entre as partes contratantes.

Para Silvio de Salvo Venosa o Código de Defesa do Consumidor foi um “divisor de águas do próprio direito brasileiro. Podemos afirmar que há um direito anterior e um direito posterior à lei do consumidor no ordenamento brasileiro³²”.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor “procurou municiar o consumidor, vulnerável na relação de consumo. Com instrumentos eficazes, outorgando-lhe superioridade jurídica em relação ao fornecedor que, em tese, possui supremacia econômica³³”.

O caráter do Código de Defesa do Consumidor é interdisciplinar, constituindo, portanto, um microssistema jurídico. Sobre sua promulgação ocorrida em 11.09.1990 na forma da Lei 8.078/90, Arnaldo Rizzardo recorda que o Código de De-

³⁰ Ibidem, 2008, p. 228.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 10.

³² VENOSA, op. cit., 2008, p. 227.

³³ Ibidem, 2008, p. 232.

fesa do Consumidor surgiu em cumprimento à disposição prescrita no art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V, ambos da Constituição Federal de 1988, na qual o Direito do consumidor introduziu princípios presentes nas relações que se formaram diante da Sociedade de Consumo³⁴.

Para Bruno Mirgem, o legislador constituinte brasileiro assegurou os direitos do consumidor como direito e princípio fundamental. No mesmo sentido, determinou que o legislador criasse um sistema de caráter normativo, que garantisse de forma ampla e irrestrita proteção ao consumidor exigida pela Constituição³⁵.

Por essa razão, Bruno Mirgem assinalou que “O Código de Defesa do Consumidor, consagrando um novo microsistema de direitos e deveres inerentes às relações de consumo, aproxima de modo mais efetivo suas proposições normativas dos fatos da vida que regula³⁶”.

Por sua vez, Paulo de Tarso Sanseverino descreve que o Código de Defesa do Consumidor como microsistema normativo que “se insere dentro do ordenamento jurídico brasileiro como um todo e, particularmente, no interior do sistema de direito privado, que tem como eixo central o Código Civil³⁷”.

A análise correta das normas integrantes desse microsistema normativa, segundo prescreve Paulo de Tarso Sanseverino, se orientada em consonância com a evolução do sistema jurídico dos últimos dois séculos, que resultou em leis específicas que tutelam amplamente os direitos do consumidor.

Inicialmente o surgimento do microsistema ocorreu por meio de leis extravagantes, estas por sua vez são oriundas das pressões e reivindicações sociais, dos que não estavam protegidos no Código Civil. Nessa linha, podemos concluir que estes estatutos têm como finalidade proteger os socialmente excluídos, os economicamente vulneráveis que se encontram afastados do cenário projetado pelo capitalismo patrimonialista.

Na ótica de Carlos Antonio Efig, essa necessidade de se proteger o consumidor “só adquiriu aspecto relevante com a promulgação da Carta Magna de 1988, assumindo neste momento, estado de garantia constitucional e princípio norteador

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 407.

³⁵ MIRGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

³⁶ MIRGEM, op. cit., 2013, p. 45.

³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 73.

da atividade econômica³⁸”.

A doutrinadora Maria Helena Diniz ao dissertar sobre os direitos do consumidor inseridos na Lei 8.078/90, ou seja, no CDC, arts. 8º a 10º; 7º; 6º, I a VII, X; 26; 19; 18, + 1º; 27; 42; 43; 44, assim os resume:

- proteção da sua vida, saúde e segurança;
- educação e divulgação sobre o consumo do produto ou serviço;
- informação clara sobre os caracteres e riscos do bem ou serviço;
- proteção contra publicidade enganosa, ou abusiva, e contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas;
- modificação ou revisão de cláusulas contratuais desproporcionais ou excessivamente onerosas;
- prevenção e reparação de danos patrimoniais ou morais, individuais, coletivos e difusos;
- acesso aos órgãos judiciários e administrativos para a defesa de seus direitos e interesses;
- inversão do ônus da prova a seu favor;
- prestação adequada e eficaz dos serviços públicos;
- reclamação pelos vícios aparentes e ocultos;
- pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço;
- não-exposição a ridículo ou a constrangimento na cobrança de seus débitos;
- repetição do indébito nos termos do art. 42, parágrafo único;
- acesso às informações existentes em cadastros, fichas, e registro a seu respeito;

Diante dessas normas legislativas, assume questão de importância valorativa a pessoa humana, representada na relação de consumo como consumidor. E, em razão dessa circunstância a propaganda enganosa ou abusiva, bem como, a propaganda subliminar que subtrai do consumidor, através de artifícios psicológicos, o inalienável direito fundamental de ser correta e devidamente informada sobre

³⁸ EFING, Carlos Antônio. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

as qualidades do produto a ser adquirido, será amplamente tutelado pela ordem normativa.

4 PUBLICIDADE

Segundo os estudos de Luiz Otávio de Oliveira Amaral, a publicidade pode ser definida como: “a atividade que tem por fim fazer conhecer uma marca, incitar o público a comprar um produto, utilizar um serviço; é um anúncio, encarte”. Sendo, pois, “uma atividade profissional dedicada à difusão pública de ideias associadas a empresas, produtos ou serviços³⁹”.

O autor referenciado também recorda que há uma diferença fundamental entre propaganda e publicidade, esta o autor já conceituou acima, quanto à propaganda seria em sua concepção, uma forma particular de apresentar uma informação, seja ela de cunho político, religioso ou ideológico e não está ligada diretamente com a noção de mercantilização presente no instituto da compra e venda.

Nessa linha de ideias, filiamo-nos às ideias presentes nos ensinamentos de Ezequiel Morais nos quais o autor diferencia de forma clara publicidade e propaganda quando afirma que “a publicidade visa o negócio, o comércio. Por sua vez, a propaganda possui caráter ideológico, político⁴⁰”.

No mesmo sentido os autores Giancoli e Araujo Junior apontam dois fatores que contribuíram para a efetivação da publicidade na sociedade contemporânea: “o aperfeiçoamento dos meios físicos de comunicação; e o aumento da produção industrial pelo aperfeiçoamento tecnológico⁴¹”.

O aperfeiçoamento tecnológico e a produção em massa obrigaram os fabricantes a buscar novas formas de convencer os membros da sociedade a adquirirem seus produtos, comentam Giancoli e Araujo Junior; havia a necessidade de se escoar toda a produção da forma mais rápida possível. Por esse motivo, os industriais e empresários viram na publicidade a forma mais eficaz para vender seus produtos⁴².

³⁹ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

⁴⁰ MORAIS, Ezequiel. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.

⁴¹ GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Difusos e coletivos direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 130.

⁴² Idem. Os autores usam em seu estudo o termo propaganda, mas por entendermos que publicidade e propaganda designam formas diferentes de comunicação usaremos o termo publicidade.

Ao tratar da história da propaganda Luiz Otavio de Oliveira Amaral ensina que a publicidade e também a propaganda datam da mesma época que a mercancia, sendo encontrada por arqueólogos uma tabuleta em argila contendo inscrições babilônicas com anúncio de venda de gado e alimento. O que revela, segundo as pesquisas do autor, indícios primários da utilização da publicidade na Antiguidade como fator psicológico para atrair clientes para a compra de seus produtos comercializados⁴³.

Contudo, o autor lembra que somente depois da Revolução Francesa em 1789, que a publicidade passou a se desenvolver da forma como a conhecemos atualmente. Outro fator de importância crucial para o desenvolvimento da publicidade, ensinado pelo autor, foi a Revolução Industrial, que impulsionou a produção em escala, a standardização dos produtos e o surgimento dos grandes monopólios.

A publicidade é, na atualidade, a forma mais eficaz de comunicação persuasiva, de acordo com Neusa Demartini Gomes⁴⁴, se consagrando em um instrumento indispensável para a Sociedade de Consumo. Claudia Lima Marques explica que a publicidade busca incentivar o consumidor a adquirir um produto ou serviço.

Para Antonio Herman Benjamin a publicidade é toda forma de oferta comercial e massificada, que busca de forma direta ou indireta promover um produto ou serviço, usando a persuasão e/ou a informação⁴⁵.

As funções da publicidade, nos dizeres de Wilson Carlos Rodyces, “consiste em ressaltar as qualidades do produto ou do serviço, persuadir as pessoas a comprá-lo e recordar àqueles que já o adquiriram que podem fazê-lo novamente⁴⁶”.

A meta primeira da publicidade para Gino Giacomini Filho é “fomentar a transação econômica, principalmente diminuindo a resistência do consumidor⁴⁷”. A publicidade visa atrair a atenção do público para determinado produto ou serviço, ensina Valéria Falcão Chaise⁴⁸.

Para Carlos Antonio Efig a sociedade de consumo acabou transformando a publicidade em um meio de enganar sutilmente o consumidor, persuadindo-o a

⁴³ AMARAL, op. cit., 2010, p. 172.

⁴⁴ GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: comunicação persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 78.

⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 9, p.25-57, 1994, p. 50.

⁴⁶ RODYCES, Wilson Carlos. O controle da publicidade. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, p. 58-68, 1993, p. 58.

⁴⁷ GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 14.

⁴⁸ CHAISE, Valéria Falcao. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

adquirir bens que não precisam⁴⁹. Neste mesmo caminho seguindo as palavras de Guido Alpa, Antonio Benjamin, os doutrinadores afirmam que “a função atual da publicidade, nos termos que vem sendo praticada, não é mais aquela de informar o consumidor, mas a de estimular e direcionar o consumo, promovendo o escoamento da produção⁵⁰”.

A importância da publicidade tanto para a sociedade contemporânea quanto para a atual ordem econômica é imprescindível. Nesse sentido, basta analisar os dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística para conscientizarmos da influência da publicidade para a manutenção da ordem econômica.

Infelizmente, apesar de sua importância existem constantemente casos em que através da publicidade o consumidor é induzido em sua boa-fé para adquirir produto que não precisa ou ainda, formula abuso de direito quando apresenta diferença significativa entre o proposto na publicidade e o produto ou serviço real. Já vimos que o Código de Defesa do Consumidor proíbe expressamente a publicidade enganosa e abusiva. Essa questão será o objeto principal do estudo sobre os modelos de publicidade ilícitas atualmente existentes nas relações de consumo.

4.1. TIPOS DE PUBLICIDADE ILÍCITAS

Como descrevemos acima, o Código de Defesa do Consumidor assegura direitos básicos do consumidor e a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, enfatizando situações em que ocorrem formas do uso irregular do direito de propaganda.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 37, § 2º prescreve 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Para Fernando Gherardini o objetivo do CDC ao proibir a propaganda enganosa, era coibir abusos concernentes a tal falsidade⁵¹. Antonio Carlos Efiging entende que a publicidade que seja total ou parcialmente falsa, que leve o consumidor a

⁴⁹ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, p. 186.

⁵⁰ BENJAMIN, op. cit., 1994, p. 33.

⁵¹ HERARDINI SANTOS, Fernando. **Direito de marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14), p. 212.

adquirir um bem indesejado, por acreditar nas informações veiculadas é enganosa. Apenas a mera possibilidade de indução do consumidor ao erro já caracteriza como sendo publicidade enganosa⁵².

Isabella Henriques explica que o conceito de enganosidade retirado do Código de Defesa do Consumidor é muito amplo, e não se limita a publicidade falsa, já que a verdadeira também pode ser enganosa, quer seja por omissão, ou por ser apresentada de modo a causar confusão ao consumidor⁵³.

Rafael Tocantis Maltez lembra que independente da culpa ou dolo, ou da intenção do fornecedor ou do fabricante, basta que haja a existência de fato publicidade enganosa. O autor ainda classifica publicidade enganosa como sendo aquela: dissimulada, oculta, clandestina ou indireta, subliminar, totalmente falsa, totalmente verdadeira que possa induzir o consumidor em erro, ou que seja parcialmente verdadeira⁵⁴.

Fábio Ulhôa Coelho afirma que qualquer publicidade cuja mensagem induza a erro o mais desinformado entre os consumidores-padrões específicos do produto ou serviço será entendida como enganosa. Isto vale inclusive para publicidade verdadeira⁵⁵.

A respeito de publicidade enganosa o STJ através do RESp. 1.342.899 proclamou: **“Daí a necessidade de que as informações sobre o produto sejam apresentadas ao consumidor, antes e durante a contratação, de forma clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas e assegurar o equilíbrio da relação entre os contratantes, sendo de se salientar que um dos principais aspectos da boa-fé objetiva é seu efeito vinculante em relação à oferta e à publicidade que se veicula, de modo a proteger a legítima expectativa criada pela informação, quanto ao fornecimento de produtos ou serviços”** (destaque do autor).

Com relação à publicidade abusiva Rafael Tocantis Maltez explica que o Código de Defesa do Consumidor não a conceitua, como aliás, deveria, para melhor orientar o consumidor em seu processo de escolha do produto. Na realidade, ela

⁵² FING, op. cit., 2006, p. 191-192.

⁵³ HENRIQUES, IsabellaVieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 72

⁵⁴ MALTEZ, Rafael Tocantis. **Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar**. Curitiba: Juruá, 2011, p.177-180.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor, São Paulo**, v. 8, p. 69-78, out./dez. 1993.

“tem caráter residual em relação à publicidade enganosa, abrangendo qualquer violação dos interesses e valores da sociedade ou que possa influenciar ou acarretar conduta danosa⁵⁶”.

Para Fernando Gherardini Santos, à luz do CDC, entende abusiva a publicidade que viole valores essenciais da sociedade, por exemplo, o meio ambiente, igualdade de raças, deficiência da criança; que gera ou poderá gerar dano de natureza material ou não; além disso, os danos a serem evitados terão a característica de difusos ou coletivos⁵⁷.

O conceito de abusividade relaciona-se somente com a mensagem veiculada, “está relacionada à própria forma de abordagem do consumidor não sendo obrigatório qualquer vínculo da nocividade da publicidade com a lisura do produto⁵⁸”.

Para Suzana Federighi a própria noção de publicidade dota-se de certa abusividade, por isso mesmo é que os efeitos da publicidade sobre o consumidor levam à conclusão de que a publicidade será sempre abusiva.

Jorge Guimarães lembra que a doutrina não conceituou publicidade abusiva, mas que para ele esta seria a publicidade “que ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa⁵⁹”.

A responsabilidade pela publicidade enganosa ou abusiva tem base na responsabilidade objetiva, independe da culpa, verificando somente o nexo de causalidade entre o vício ou o defeito do produto ou serviço, ou de forma potencial, o consumidor e o fornecedor e o dano decorrente dessa situação.

5 PUBLICIDADE SUBLIMINAR

A publicidade subliminar pode ser entendida como aquela “veiculada de uma maneira que atinge, tão somente, o inconsciente do destinatário⁶⁰”. O termo subliminar de acordo com o dicionário Houaiss é definido como um estímulo indireto atuando no subconsciente.

Para Christiane Gade, “por percepção subliminar se entende a influência

⁵⁶ MALTEZ, op. cit., 2011, p. 189.

⁵⁷ GHERARDINI SANTOS, op. cit., 2000, p. 225-226.

⁵⁸ FEDERIGHI, Suzana Maria. P. C. P. **Publicidade abusiva**: incitação à violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 69.

⁵⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 136.

⁶⁰ AMARAL, op. cit., 2010, p. 173.

exercida sobre a atitude ou o comportamento por uma mensagem ou informação que não é percebida conscientemente. Isto nos leva então a níveis do inconsciente ou a camadas mais profundas do psiquismo⁶¹.

Daniela Bacellar Fernandes narra que as primeiras menções de mensagens subliminares foram vistas na Bíblia, especificamente no livro do Gênesis, que narra a história de Jacó: este teria se tornado homem próspero ao colocar nos bebedouros e nas bicas dos rebanhos aos seus cuidados, varas de álamo, aveleira e castanheiro, descascados, de forma a aparecer à parte clara dos caules em forma de listras ou malhas.

O objetivo de Jacó, explica Daniela Bacellar Fernandes, é fazer com que os animais geralmente com peles lisas tivessem crias com peles listradas, pois estas lhes pertenceriam. O rebanho tinha suas crias diante das varas e as ovelhas nasciam listradas, salpicadas ou malhadas. E, nesse particular aspecto, a doutrinadora ensina que,

Ou seja, conclui o livro sagrado que, ao beber água, a imagem das varas que não era objeto de desejo do rebanho, ficava registrada no inconsciente dos animais repetidas vezes durante o dia. Esses estímulos subliminares eram remetidos diretamente ao ventre das fêmeas, interferindo na formação genérica dos embriões. Segundo a parábola, Jacó veio tornar-se, dos homens mais prósperos da época⁶².

Calazans⁶³ comentando o processo evolutivo histórico da publicidade subliminar lembra que Demócrito em 400 a. C. foi quem primeiro teve a percepção subliminar mencionando que “*nem tudo o que é perceptível pode ser claramente percebido*”.

Posteriormente Platão, Aristóteles e outros filósofos da Antiguidade Clássica aprofundaram o tema. Autores como Montaigne, Leibniz, Freud também deram sua contribuição para o tema. Santo Agostinho ensinou que há informações que são esquecidas, mas que de certa forma ficam armazenadas na memória.

Para Calazans a técnica de inserção de publicidade subliminar originou-se nos Estados Unidos por volta dos anos de 1960, período em que no Brasil também foram vistas as primeiras publicidades subliminares.

Entretanto Fernandes recorda que a propaganda nazista durante a Segunda Guerra Mundial teria, de acordo com alguns estudos, utilizado a técnica subliminar

⁶¹ GADE, Christiane. **Psicologia do consumidor e da propaganda**. São Paulo: EPV, 1998, p. 42.

⁶² FERNANDES, op. cit., 2009, p. 28.

⁶³ CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar e multimídia**. 3. ed. São Paulo: Summus, 1992, p. 28-32.

para convencer as pessoas a adotarem o nazismo, alguns acreditam que foi o próprio Joseph Goebbels, o ‘pai’ da propaganda nazista quem criou esta técnica.

Para Fernandes os estudiosos do tema acreditam que somente assim o nazismo conseguiu recepcionar tantos adeptos, apesar de sua crueldade de ideais. Mas para a autora foi o lançamento do livro *Hidden Persuader* de Vance Packard, que tornou a técnica conhecida mundialmente, interessando especialmente às agências de propagandas e publicidades.

Porém, foi em 1990 com a publicação da obra *Aera da manipulação* de W. B. Key que a matéria foi minuciosamente estudada, revelando como é o processo de utilização da técnica subliminar na publicidade e na propaganda.

A eficácia ou os resultados da publicidade subliminar ainda são incoerentes, entretanto fica claro que a mensagem subliminar não se direciona ao consciente, antes visa atingir o inconsciente do indivíduo de forma que posteriormente quando precisar do produto ou serviço o inconsciente deixe vir à tona a mensagem que até então estava oculta.

Seguindo as palavras de Reynaldo Silveira “veicula-se a publicidade subliminar por meio de imagem visual ou simplesmente sonora de pouca intensidade. O apelo da mensagem é sutil, discreto, e alcança o inconsciente do consumidor, que não percebe a finalidade da informação⁶⁴”.

Apesar da sua eficácia não ser comprovada e das críticas severas que a publicidade subliminar recebe esta técnica é muito utilizada hodiernamente, adquirindo os contornos de sofisticação que a revolução digital promove.

Calazans mostra-se preocupado com o uso indiscriminado das mensagens subliminares, de forma a influenciar até mesmo na escolha de presidentes da república⁶⁵.

Fernandes também atenta e preocupada com o tema explica que a ciência do Direito não examina essa matéria, mas que outros campos de estudos dedicam-se ao estudo da técnica das mensagens subliminares, tais como a psicologia e a medicina, e principalmente a publicidade, entretanto o interesse dessa ciência está relacionado em se buscar uma maior eficácia dessas mensagens⁶⁶.

Para a autora o uso da técnica subliminar tem como objetivo construir um atalho na mente que possibilite à informação se fixar de forma independente de

⁶⁴ SILVEIRA, Reynaldo Andrada da. *Práticas mercantis no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 127.

⁶⁵ CALAZANS, op. cit., 1992.

⁶⁶ FERNANDES, op. cit., 2009, p. 30-31.

seu conteúdo, permitindo certo controle sobre a vontade das pessoas, este controle poderá ser utilizado de diversas formas desde a venda de mercadorias até mesmo para a propagação de ideias.

A técnica subliminar se realiza com mais frequência por meio de recursos visuais, e sem dúvida, explica Fernandes, o maior campo de atuação da técnica subliminar é a televisão. Esta como forma de entretenimento utiliza-se da técnica subliminar para alcançar o inconsciente por via emotiva, tornando mais fácil a impregnação da mensagem subliminar veiculada no inconsciente.

As pesquisas de Daniela Bacellar Fernandes acabaram por fazê-la conceituar publicidade e propaganda subliminares “como aquelas elaboradas com técnicas especiais, centradas na inserção de mensagens no inconsciente das pessoas, que têm como objetivo persuadi-las a um determinado comportamento⁶⁷”.

Para Rafael Tocantis Maltez “a publicidade subliminar é caracterizada como o anúncio que contém informações emitidas fora do limiar da percepção⁶⁸”.

Isto acontece porque a publicidade subliminar é captada pelo inconsciente permanecendo lá por dias, meses, anos, ou até mesmo por toda a vida. A publicidade subliminar só possui efeito porque o inconsciente é capaz de captar muito mais informações do que a parte consciente do cérebro.

Por poder influenciar inconscientemente, ou seja, sem que o indivíduo saiba o porquê, a publicidade subliminar tem sido proibida veementemente em muitos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a critério de conhecimento citamos os Estados Unidos, onde a utilização da técnica subliminar é considerada, além de antiética nos meios publicitários, injusta e enganosa pela aclamada Comissão Federal de Comunicações.

Nosso legislador atento à necessidade de proteger o consumidor antes mesmo da celebração do contrato, mais especificamente na fase da oferta, em que a publicidade é uma das técnicas de estimulação do consumo mais comum e percebendo a sofisticação técnica da publicidade impôs determinados limites à publicidade, tentando evitar possíveis enganos do consumidor, induzidos pela publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor instituiu uma série de normas e princípios que controlam a publicidade, coibindo anúncios enganosos e abusivos, assegurou ao consumidor o direito à informação sobre os produtos e serviços que adquire

⁶⁷ Ibidem, 2009, p. 60.

⁶⁸ MALTEZ, op. cit., 2011, p. 182.

e resguardou os direitos do consumidor diante de abusos do mercado publicitário.

Além disso, o legislador preocupou-se com a tutela penal da publicidade, ao considerar crimes contra as relações de consumo a utilização da publicidade enganosa ou abusiva, ou que induza o consumidor a comportar-se de forma a colocar em risco sua saúde e segurança.

O Código de Defesa do Consumidor adotou alguns princípios que devem ser seguidos pela publicidade, previsto nos artigos 36 a 38 do seu texto. Estes princípios são: o da identificação da publicidade; da vinculação contratual da publicidade; da veracidade; da não-abusividade da publicidade; da inversão do ônus da prova; da transparência da fundamentação publicitária; e da correção do desvio publicitário. No mesmo sentido, através dos artigos 39 a 42 prescreveu as práticas abusivas que devem ser evitadas.

Entre esses sete princípios dois ligam-se efetivamente à publicidade subliminar: o princípio da veracidade e o da identificação da publicidade. Quanto aquele é o princípio basilar que rege a publicidade, de acordo com os ensinamentos de Daniela Bacellar Fernandes.

As mensagens publicitárias no entendimento da autora “devem ser verdadeiras, fidedignas, em respeito à boa-fé e em reconhecimento da situação de vulnerabilidade do consumidor no mercado⁶⁹”.

O que está sendo anunciado deve estar em acordo com as expectativas dos consumidores, de forma como veiculadas nas peças de publicidade. É exigido legalmente que as qualidades e características veiculadas na mensagem publicitária sejam verídicas e autênticas.

O princípio da veracidade tem como objetivo coibir a publicidade enganosa. O Código de Defesa do Consumidor descreve três tipos de publicidade ilícita: a simulada, cujo “caráter publicitário do anúncio é disfarçado para que o seu destinatário não perceba a intenção promocional ínsita à mensagem veiculada”; a enganosa, na qual “o anúncio induz o consumidor em erro afirmando falsidades ou sonhando informações essenciais acerca do objeto da mensagem”; e a abusiva, em que “valores socialmente aceitos são denegridos ou deturpados com objetivos meramente comerciais⁷⁰”.

Em relação à publicidade subliminar, apesar de o princípio não vetá-la, “im põe substancial limite: o conteúdo da mensagem deve ser verdadeiro, ou seja, as ca-

⁶⁹ FERNANDES, op. cit., 2009, p. 86.

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 243.

racterísticas do produto têm de ser aquelas divulgadas, assim como a idéia difundida não pode se amparar em dados falsos⁷¹”.

Entendemos também ser aplicável ao caso de publicidade subliminar o princípio da vinculação da publicidade, o qual é definido pelo STJ: **“O princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor”** (In STJ – REsp 1.188.442 - j. 6/11/2012 - rel. Luis Felipe Salomão - WEB - Área do Direito: Civil; Consumidor) (destaques pelo autor).

A análise do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, permite verificar a presença do princípio da identificação da publicidade, pois segundo descrito neste dispositivo legal o fornecedor deve veicular a publicidade relativa ao seu produto de forma clara, inteligível, possibilitando ao consumidor compreender que se trata de um anúncio publicitário. Desta forma, o legislador entendeu que a publicidade que utilizada de forma camuflada, ou imperceptível, como a subliminar, viola uma série de princípios e regramentos, atingindo, também, direitos constitucionalmente garantidos ao cidadão-consumidor.

Adalberto Pasqualotto ensina que a dificuldade de identificação da publicidade pode enganar não só o consumidor como também pode estar fraudando a lei, já que a falta de identificação permite transgressões de regras legais⁷².

Assim, à luz do Código de Defesa do Consumidor ainda que não esteja descrito de forma clara é necessário que ao interpretá-lo entendamos que a vedação do uso da publicidade subliminar deve ser exigida, pois essa fere diretamente o princípio da identificação na publicidade.

Essa proibição evita que os fornecedores graças à ignorância e com a influência do subconsciente do consumidor tirem proveito comercial desse tipo de publicidade. O consumidor tem o direito de conhecer de forma honesta e espontânea o produto ou serviço ofertado, optando conscientemente por adquiri-lo ou não⁷³.

Para Daniela Bacellar Fernandes, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade e propaganda subliminares violam os princípios fundamentais

⁷¹ FERNANDES, op. cit., 2009, p. 87.

⁷² PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais na publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82-83.

⁷³ FERNANDES, op. cit., 2009, p. 89.

deste dispositivo, e se enquadram em espécies de práticas enganosas e abusivas, principalmente abusivas, já que há uma intenção deliberada e efetiva de persuadir o consumidor de forma sutil e desonesta.

O uso da publicidade subliminar é de cunho totalmente premeditado, por isso aqueles que a criam, se utilizam ou se beneficiam da publicidade subliminar, no entender de Daniela Bacellar Fernandes devem ser incurso nos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Como proclamou o Código de Defesa do Consumidor aquele que se sentiu lesado de alguma forma pela publicidade enganosa e abusiva, também terá esse mesmo direito quando sentir-se enganado e maculado pela publicidade subliminar, sendo certa a possibilidade de acionar o Judiciário para buscar a reparação dos danos sofridos. Nesses casos, é plausível ao consumidor lesado acionar o responsável pela propaganda enganosa, abusiva ou subliminar, para o fim de postular indenização por perdas e danos, cumulada com danos morais devidamente comprovados e demonstrados nos casos devidos. Outras indenizações (perda de uma chance) serão admissíveis dentro do princípio da *restitutio in integrum*, conforme prescreve a Súmula 37 do STJ ao admitir a cumulação dos danos materiais e imateriais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não poderíamos terminar essa pesquisa sem relatar alguns casos em que a publicidade subliminar ocorreu de forma a violar direitos fundamentais do consumidor. A primeira vez que se constatou cientificamente a presença de uma publicidade subliminar foi durante a exibição do filme *Picnic*, nos Estados Unidos, segundo pesquisas realizadas por Daniela Bacellar Fernandes, em 10.06.1956.

Durante a exibição do supracitado filme projetou-se por meio de um aparelho denominado de taquiscópio a frase “Beba Coca Cola”, isto aconteceu de forma tão rápida que o consciente seria incapaz de captar esta mensagem. O aumento nas vendas do produto foi de cerca de 57,7% depois da exibição do filme.

Em 1957 foi a vez de a televisão iniciar seu percurso diante da publicidade subliminar. Durante a exibição de um filme publicitário de jogo infantil *Kusher Du* foram projetadas quatro vezes uma frase escondida que dizia “compre-o”, resultando aumento surpreendente na venda do produto.

Um dos exemplos mais significativos para o tema se referem aos desenhos da Disney, pois vários dos seus desenhos possuíam publicidade subliminar. Como exemplos citados por Daniela Bacellar Fernandes que ocorreram no desenho animado “Bernardo e Bianca”, que após exame minucioso e fragmentado apresentou uma imagem escondida de uma mulher com os seios expostos.

No clássico Rei Leão, realizado um processo de fracionamento, detectou-se a presença de duas mensagens subliminares: neste desenho aparecia a palavra sexo em uma das cenas, estas imagens duram em torno de um centésimo de segundo e como já afirmamos anteriormente só podem ser percebidas pelo nosso inconsciente.

Vale à pena fazer uma ressalva, parafraseando as palavras de Daniela Bacellar Fernandes de que nem toda mensagem subliminar é nociva. A título de exemplo temos os tratamentos usados por psiquiatras e psicólogos para recuperar pessoas que sofrem de depressão.

Infelizmente esses casos são minorias e escassos, por isso cabe a nós consumidores estarmos atentos, ainda que pareça ser muito difícil, às violações dos preceitos legalizados no CDC; se não conseguimos detectar a publicidade subliminar devemos ao menos nos opor incisivamente contra publicidades que se enquadram ou como enganosas ou como abusivas.

Diante desse tipo de publicidade temos o direito, para não dizer o dever, de exigir que a responsabilidade civil cumpra sua missão e responsabilize quer seja o fornecedor do produto ou serviço quer seja o dono da agência de publicidade, ou ainda, ambos, para que possam arcar com as consequências de sua ganância.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 9, p. 25-57, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. 1982. Tese (Livre-docência em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, Faculdade de

Direito da USP em 1982.

CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar e multimídia**. 3. ed. São Paulo: Summus, 1992.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 8, p. 69-78, out./dez. 1993.

CHAISE, Valéria Falcao. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, p. 10.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v. 2.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

DONATO Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

EFING, Carlos Antônio. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 186.

FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009.

FEDERIGHI, Suzana Maria. P. C. P. **Publicidade abusiva: incitação à violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

GADE, Christiane. **Psicologia do consumidor e da propaganda**. São Paulo: EPV, 1998.

GHERARDINI SANTOS, Fernando. **Direito de marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14).

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Difusos e coletivos direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade: comunicação persuasiva**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2012.

MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar**. Curitiba: Juruá, 2011.

MIRGEM, Bruno. **Curso de Direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAIS, Ezequiel. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais na publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PESSOA JORGE, Fernando. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REIS, Clayton. **Responsabilidade civil em face da violação dos direitos da personalidade**: uma pesquisa multidisciplinar. Curitiba: Juruá, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

RODYCS, Wilson Carlos. O controle da publicidade. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 8, p. 58-68, 1993.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVEIRA, Reynaldo Andrada da. **Práticas mercantis no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2004

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção direito civil, v. 4).

Recebido em: 12 de dezembro de 2013

Aceito em: 13 de dezembro de 2013