

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Laura Balbinot

PUBLICIDADE SUBLIMINAR

Casca  
2013

Laura Balbinot

## PUBLICIDADE SUBLIMINAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Professora Especialista Bruna De Witt Faccini.

Casca  
2013

Dedico à querida Professora Especialista Bruna De Witt Faccini,  
pelo carinho, incentivo e paciência na orientação...

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por estar aqui...

Aos meus pais Vicente e Lóide, pela força e pelo apoio nos momentos de dificuldade.

À minha irmã Daniele por iluminar os meus pensamentos.

À minha orientadora, Professora Especialista Bruna de Witt Faccini, pela dedicação, pela compreensão e pelo carinho no desenvolvimento desta monografia.

À Coordenadora do Curso de Direito de Casca, Professora Mestra Nadya Regina Guzela Tonial, pelos conselhos e pelo apoio.

A todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para este momento.

“Não há melhor maneira de exercitar a imaginação do que estudar direito. Nenhum poeta jamais interpretou a natureza com tanta liberdade quanto um jurista interpreta a verdade.”

Jean Giraudox

## RESUMO

O presente estudo compõe-se na análise do fenômeno da publicidade subliminar. Ao relacionar-se com o consumidor, público alvo, e sua proteção jurídica no ordenamento jurídico, que possui como base a dignidade da pessoa humana. O direito do consumidor, como direito fundamental encontra amparo na Constituição Federal de 1988 e em seu sistema próprio, balizado pelo Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de proteger o consumidor, tendo em vista que este se encontra numa situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor. Para realizar a pesquisa, utilizam-se os métodos hermenêuticos, com uma análise frente à importância da publicidade na atual conjuntura do mercado de consumo, e nos princípios orientadores da defesa do consumidor, a partir dos preceitos existentes no referido Código. Todavia, a essência da publicidade rebate-se nas consequências oriundas da vulnerabilidade do consumidor, eis que a realidade moderna fez surgir uma sociedade que se sobrepõe o desejo à necessidade. Observa-se como problemática a penalização ou não pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor frente à publicidade subliminar. Assim, constata-se a importância do tratamento especial ao consumidor por ser a parte mais frágil da relação. E conclui-se no sentido de que elementos como clareza, veracidade e boa-fé, são essenciais na busca ao equilíbrio da relação consumerista.

**Palavras-chave:** Boa-fé. Consumidor. Ilicitude. Publicidade. Relação Consumerista. Vulnerabilidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1 A TUTELA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO</b> .....	9
1.1 Princípios aplicados a Política Nacional das relações de consumo .....	9
1.2 Consumidor e fornecedor.....	17
1.3 Bens de consumo: produtos e serviços.....	22
<b>2 DAS PRÁTICAS COMERCIAIS</b> .....	25
2.1. Da oferta e seus requisitos .....	25
2.2 Da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.....	30
2.2.1 Publicidade x Propaganda.....	34
2.2.2 Publicidade infantil .....	36
2.3 Responsabilidade do fornecedor perante o descumprimento da publicidade.....	40
<b>3 (A PROTEÇÃO DO) CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE SUBLIMINAR</b> .....	44
3.1 As funções da mente no comportamento do consumidor .....	44
3.2 Publicidades ilícitas.....	46
3.2.1 Publicidade enganosa e publicidade abusiva .....	47
3.2.2 Responsabilidade pela prática destas publicidades.....	53
3.2.3 Publicidade subliminar .....	54
3.3 A responsabilidade ou não da publicidade subliminar .....	58
<b>CONCLUSÃO</b> .....	63
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	66

## INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a evolução dos direitos dos consumidores os problemas ligados a ele, enfatizando a publicidade subliminar nas relações de consumo, e sua proteção frente ao ordenamento consumerista brasileiro.

Escolheu-se dissertar sobre o consumidor e a publicidade subliminar, tendo em vista a relevância e a situação de vulnerabilidade em que se encontra o consumidor frente à realidade social e a revolução no modo de vida, pois, verificam-se cada vez mais crescentes e complexos a realidade e os aspectos publicitários, com capacidade de influência sobre os receptores.

Tem-se por objetivo analisar as relações e as práticas de consumo, discorrer sobre os princípios que protegem o consumidor, identificando os sujeitos dessa relação. Com base na doutrina, pretende-se dar ênfase à publicidade, buscando algumas práticas publicitárias que induzem erradamente à percepção de novas necessidades de consumo, cuja prática, entretanto, é cada vez maior. A problematização, em si, diz respeito à prática publicitária subliminar, que não possui previsão complexa para proteger o consumidor frente a tal ilicitude.

O caminho usado para abordar o tema foi o hermenêutico, sendo este um método usado para buscar o conhecimento, procurando interpretar os textos, utiliza-se o método de procedimento documental, por meio do entendimento da jurisprudência e da doutrina, e o método de procedimento histórico, que busca relacionar acontecimentos do passado associados ao tema.

O trabalho está dividido em três capítulos. Inicialmente, trata-se dos princípios aplicáveis às relações de consumo, e dos sujeitos que a compõem. Depois, abordam-se as práticas comerciais, destacando a oferta e a publicidade para, em seguida, dar-se enfoque às publicidades tidas por ilícitas no Código de Defesa do Consumidor, sobretudo a subliminar.

Dessa maneira, no primeiro capítulo busca-se exemplificar os princípios aplicados nas relações de consumo por meio de seus dispositivos legais, conceituar e reconhecer em tal relação quem é o consumidor e quem é o fornecedor. Da mesma forma, trata-se dos bens de consumo, abordando-se serviços e produtos.

Num segundo momento, estudam-se as práticas comerciais, a definição de oferta e de publicidade. Quanto a esta, há uma noção básica de diferenciação entre ela e a propaganda, o

que se tangencia. Também se dá ênfase à preocupação e à influência da publicidade frente ao público infantil. Analisa-se, igualmente, a responsabilidade dos fornecedores frente ao descumprimento do que ofertaram ou publicizaram, elencada no artigo 35 do Código e Defesa do Consumidor.

Já no terceiro e último capítulo do trabalho aborda-se o funcionamento do inconsciente humano frente às técnicas publicitárias usadas nos anúncios, diferencia-se a publicidade enganosa da publicidade abusiva e elencam-se as hipóteses de responsabilização por tais ilicitudes. E, sobretudo, analisa-se a questão da publicidade subliminar, prática considerada ilícita por infringir as normas protetivas do consumidor, já que desrespeita a boa-fé e a clareza necessárias a esse tipo de relação. Ao final, verifica-se a incidência ou não da responsabilidade por essa prática.

No entanto, adianta-se, o presente estudo não pretende solucionar ou esgotar as questões pautadas no tema escolhido. Sua importância reside no fato de por ser uma matéria atual e importante a partir do momento em que todos os membros da sociedade se tornam necessariamente consumidores, além de ser uma forma de aprimorar cada vez mais o conhecimento.

## **1 A TUTELA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Avanços tecnológicos vêm invadindo as últimas décadas, transformando fortemente a comercialização e os meios de produção. Nessa medida de evolução, a sociedade busca no Estado o dever de proteger os seus direitos fundamentais através dos princípios aplicáveis e que promovem o amparo daqueles ponderados hipossuficientes nas respectivas relações entre consumidor e fornecedor na aquisição de bens ou serviços.

### **1.1 Princípios aplicados à Política Nacional das relações de consumo**

Ao ser humano, é essencial a convivência entre semelhantes; desse convívio e dessa liberdade surgem as relações e os conflitos que, de alguma maneira, exigem soluções. No período pós-positivista, os princípios alcançam sua normatividade, possuindo diversas finalidades, em valores morais, éticos; instituídos no ordenamento jurídico, visando a um melhor atendimento à necessidade dos consumidores, e em suas relações de consumo.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas reside no fato de que, por “natureza lógica, os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem”. São elementos essenciais, na expressão dos direitos fundamentais, tanto os princípios quanto as regras. Dessa forma, as regras são aplicadas no “tudo-ou-nada, [...] então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Já, para Alexy, tanto os princípios quanto as regras podem ser diferenciados, eis que:

“Por lo tanto, los principios son mandatos de optimizaon, que están caracterizados por El hecho de que pueden ser cumplidos de lãs posibilidades jurídicas ES determinado por los principios y reglas opuestas. Em cambio, lãs reglas son normas que solo pueden ser cumplidas ou no. Suma regla Es válida, entonces do hacerse exatamente o que Ella exige, no más, ni menos. Por o tanto, lãs reglas contienen determinaciones em El ámbito delo factica y juridicamente posible. Esto significa que La diferencia entre reglas

y principios ES cualitativa y no de grado. Toda norma ES o bien una regla o un principio.” (Alexy, 2002, p. 31-32).<sup>1</sup>

Os princípios representam ideia de começo, “as verdades primeiras”, o ponto base, dotado de validade. Observa-se que os princípios “gozam de vida própria e valor substanciado pelo mero fato de serem princípios”. (BONAVIDES, 2003, p. 256). Nessa mesma linha, “são normas fundamentais [...] sem eles o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações de vida de uma determinada sociedade.” (2009, p. 264).

O direito se promulga por meio de normas, que, pois, se manifestam através de princípios ou de regras. Os princípios são o centro do sistema, possuem maior valor e eficácia, desempenham o papel de suprir eventual lacuna que ocorra no ordenamento, conforme o fato concreto. As regras disciplinam um determinado caso, que preceituam uma exigência, estabelecem, pois, pressuposições e efeitos.

As regras e os princípios destacam-se por possuir elementos essenciais na organização e na proteção dos direitos fundamentais. Os princípios são mandados de otimização da conduta, podendo ser aplicados no todo ou não. Portanto, são verdades dotadas de obrigatoriedade, validade; necessários para estabelecer um equilíbrio justo na relação existente entre consumidor e fornecedor.

Doutrinadores como Nery Junior entendem que os princípios e as regras orientam fornecedores e consumidores, eis que conduzem os operadores do direito, irradiam-se no ordenamento jurídico e agem como dispositivos hierarquicamente superiores aos demais preceitos. Dessa forma, “os princípios gerais das relações de consumo estão enumerados nos artigos 1º ao 7º do Código, [...] tudo o mais que consta da lei é, por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais, isto é, uma espécie de pormenorização daqueles princípios”. (1992, p. 51).

---

<sup>1</sup>Para tanto, os princípios são mandamentos de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Em câmbio, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se, uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Para tanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é bem uma regra ou um princípio. <sup>1</sup>(2002, p. 31-32) (Tradução livre da autora).

Nesse conjunto, os princípios assumem um papel essencial no ordenamento: são eles que informam o sistema do Código de Defesa do Consumidor, para Rizzato Nunes:

[...] os princípios exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Por serem normas qualificadas, os princípios dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fato aglutinante. Embora os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, aqueles têm maior pujança axiológica do que estas. São, pois normas qualificadas, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientando e condicionando a aplicação de todas as demais normas. (2000, p. 3-4).

A Constituição Federal de 1988, por meio da dignidade da pessoa humana, que hoje é a matriz de tudo o que diz respeito às relações sociais, passa, a partir daí, a amparar o indivíduo com o Estado. E, por meio dos Direitos Fundamentais, surgem as normas em prol do indivíduo, amparando-o. Elas têm autonomia de vontade, mas são limitadas pelos Direitos Fundamentais que são autoaplicáveis, dividindo-se, portanto, em regras e princípios. (CAVALCANTE, 2013, p. 69-71).

Em suma, destacam-se na relação consumerista alguns princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, o da vulnerabilidade, o da presença do estado, o da boa-fé e o da transparência. Sua função primordial é a proteção das pessoas nas relações de consumo.

Com o surgimento de vários fenômenos sociais a partir do século XIX, procurou-se adaptar o sistema normativo a tal realidade, a humanidade passou a reconhecer a existência de direitos inerentes ao homem “com certa carga protetiva, constituindo-se em verdadeiros direitos [...] concretizando as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana”. (HOLTHAUSEN, 2006, p. 19-21).

Um dos “fundamentos do Estado Democrático de Direito” é o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra expresso no artigo 1º, inciso III,<sup>2</sup> da Constituição Federal. (PEREIRA, 2011, p. 185).

---

<sup>2</sup> Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”.

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se como estado moderno, que escolheu a pessoa humana como característica maior, possuindo como valor maior a lei. Ou seja, a Constituição passa a ser o centro, sem deixar de lado os fundamentos na defesa dos direitos do homem de forma livre, impondo a dignidade como valor maior do homem.

O princípio da dignidade humana encontra-se estruturado na origem constitucional, em princípios e cláusulas gerais regulando, portanto, as “relações entre desiguais” na procura da “igualdade material”. (PEREIRA, 2011, p. 186-187). Preocupa-se, portanto, com as “relações intersubjetivas” na proteção da parte mais fraca, havendo disparidade de fato, como a que ocorre entre os consumidor e fornecedor. (2011, p. 185). Além disso, a dignidade humana irradia força no ordenamento jurídico aos demais princípios.

Tal princípio requer, além da “atuação de toda a sociedade”, ou seja, de cada um, o desempenho do estado. Assim sendo, atua na busca de uma melhor instrução para o consumo:

A promoção da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo implica, portanto, o engajamento entre os Poderes Públicos e particulares, através de ações que visem á conscientização dos consumidores acerca de seus direitos e deveres, fomentando, com isso, um maior poder de reflexão e de formulação, de um juízo crítico acerca da oportunidade e da conveniência da contratação e, por conseguinte, uma melhor postura do consumidor no mercado de consumo. (PEREIRA, 2011, p. 193).

Por se encontrar como valor maior do ordenamento jurídico, todo cidadão faz jus à proteção de sua dignidade. Constata-se, então, que a abrangência da dignidade da pessoa humana vai além das normas definidoras de garantias e direitos, atingindo, portanto os deveres fundamentais.

Em relação ao princípio da vulnerabilidade, o consumidor mostra-se, na relação de consumo, com sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico do fornecedor, sendo, notadamente, a parte mais fraca das relações de consumo. (ALMEIDA, 2003, p. 17). Portanto, todo consumidor presume-se vulnerável, necessitando, dessa forma, de amparo constitucional.

E, por ser considerado a parte mais fraca, o consumidor não pode ser tratado de forma igual à parte que detém os meios de produção. Nesse sentido, o Ministro Eros Grau proferiu

decisão citada pela doutrina, com o seguinte teor: “a igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais,” (ALMEIDA NETO, 2010, p. 5) e, portanto, a vulnerabilidade é uma medida inicial ligada à consolidação da igualdade, e garantida pela Constituição Federal.

Presume-se que o fornecedor detenha sobre o bem ou sobre o serviço, “determinadas informações que são tecnicamente inacessíveis ou dificultosas ao consumidor”, razão pela qual todo indivíduo definido como consumidor no mercado de consumo é tido por vulnerável, na forma do artigo 4º, I<sup>3</sup>, do Código de Defesa do Consumidor, inclusive frente às ofertas feitas por mensagens publicitárias. (MARQUES, 1994, p. 55). Em realidade, nem mesmo o fato de um determinado consumidor ser entendedor técnico afasta, “para efeito da lei, a qualidade de vulnerável”. (SANTOS, 1999, p. 4).

Para Almeida, o princípio da presença do Estado baseia-se na proteção da parte mais fraca, através de meios administrativos e legislativos. É um princípio corolário ao da vulnerabilidade, já que ocorre fragilidade, desigualdade de uma parte em relação à outra. Objetiva-se uma igualdade no atendimento à população, a prestação de serviços corretos a ela, no atendimento satisfatório, de modo a que qualquer cidadão possa exigir a prestação adequada de serviço, inclusive público, por ser um direito dos usuários, gerando-se uma obrigação da administração, não sendo apenas a esfera privada obrigada a prestar serviços seguros e eficientes, mas também a pública. (2003, p. 17-20).

Vários autores discorrem sobre o princípio da proteção geral, como Cavalieri Filho que sustenta a importância e o destaque que merece ser dado a tal princípio, haja vista estar ligado ao princípio da transparência. O consumidor deposita confiança na relação contratual e nos produtos que venha a adquirir, possuindo o fornecedor o dever de prestar informações precisas e claras. (2006, p. 228).

A obrigação de informar decorre do fornecedor, e “a violação desse dever de informar importa em ineficácia do contrato ou cláusula contratual”, os cuidados veem desde a fase pré-contratual até fase pós-contratual. O fornecedor deve agir com comprometimento em prestar informações corretas, claras, e precisas sobre o serviço que venha a ser oferecido, ou o produto a ser comercializado. (CAVALIERI, 2000, p. 97).

---

<sup>3</sup> Artigo 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

No entendimento de Santos, o princípio da proteção geral ou da eficiência como é chamado, está no poder que o Estado tem, definido como “o poder de polícia nas relações de consumo [...] para garantia dos produtos e serviços, exigindo padrões de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”. Criam-se, dessa forma, nas relações de consumo, organismos para dissolução de conflitos. (1999, p. 5). O estado, ao incentivar os fornecedores na utilização de mecanismos alternativos por eles próprios criados e custeados, trata da modernização das relações de consumo, havendo necessidade de controle, o que se dá de três maneiras:

[...] pelo eficiente controle de qualidade e segurança de produtos defeituosos no mercado, o que refletirá na diminuição ou eliminação de atritos com o consumidor. Em segundo lugar, pela prática do *recall*, ou seja, a convocação dos consumidores de bens protegidos em serie e que contenham defeitos de fabricação que possam atender contra a vida e a segurança dos usuários, arcando o fornecedor com as despesas de substituição de peças defeituosas. [...] em terceiro lugar, pela criação, pelas empresas, de centros ou serviços de atendimento ao consumidor, resolvendo o fornecedor diretamente a reclamações ou queixa apresentada contra seu produto ou serviço (ALMEIDA, 2003, p. 19).

Através dos princípios da harmonização e da transparência elencados no artigo 4º, caput, no e inciso IV,<sup>4</sup> além do artigo 6º, III,<sup>5</sup> do Código de Defesa do Consumidor, e no artigo 5º, XIV<sup>6</sup> da Constituição Federal, busca-se não um acirramento de interesses envolvidos, ou confronto, mas, um entendimento entre ambos.

O princípio da harmonia e da transparência têm como embasamento a boa-fé e a equidade nas relações consumeristas. (MARTINS, 2002, p. 104). Só se finalizam com êxito as relações de consumo em que forem especificados seus aspectos essenciais à sua constituição, como, por exemplo, em razão do caráter expressivo num ato negocial, a possível falta de

<sup>4</sup>Artigo 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: [...] IV – “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”.

<sup>5</sup> Artigo 6º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

<sup>6</sup>Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

clareza. (ROSA, 1995, p. 39). Deve-se levar em conta, além da indústria e do trabalho, a existênciado consumidor, havendo a necessidade desnivelá-los. (ALMEIDA, 2003, p. 18).

Ao fornecedor corresponde, na “cultura consumista de nossos tempos”, o dever de prestar o acesso à informação para o consumidor de forma transparente, bem como “franqueá-lo” na realização de suas escolhas, fundadas não “apenas em motivações emocionais”, pois nem sempre a ideia de consumidor racional é verdade. (COELHO, 1994, p. 135). Assim, manifesta-se o princípio da informação, que atua no sentido de que, em caso de “omissão de informação relevante ao consumidor”, serão interpretadas as cláusulas de maneira mais favorável a ele. (MARTINS, 2002, p. 104 – 105).

O consumidor possui o direito de receber informação de forma correta, e clara dos serviços ou produtos oferecidos no mercado de consumo, com afinidade de não causar danos às partes. Denota-se, assim, como garantia de respeito e fidelidade nas relações entre consumidores e fornecedores.

Da mesma forma, a lei do consumidor adotou o princípio da boa-fé objetiva em seu artigo 4º, III,<sup>7</sup> que origina um dever de comportamento, de conduta entre as partes. Leciona Martins que tal princípio é “um dos pilares fundamentais das relações de consumo”. Mesmo que consumidor e fornecedor nada tenham combinado sobre esse princípio, considera-se existente, no que se cognomina de “cláusula geral de boa-fé”. (2002, p. 109-110). A boa-fé é um instrumento de cooperação entre as partes, exigindo-se delas respeito à confiança, à honestidade, à lealdade e aos interesses recíprocos; sempre que incompatíveis com a boa-fé tornam-se nulas as cláusulas contratuais. (SILVA, J., 2004, p. 16).

Nessa linha de entendimento, Vilela Guglinski assegura que as partes devem proceder com “probidade, lealdade, solidariedade e cooperação na consecução do objeto no negócio jurídico, de forma a manter a equidade nesse tipo de relação”. A boa-fé objetiva também se faz presente na relação contratual, e, como objetivo principal, observa-se o interesse de harmonizar a relação entre consumidor e fornecedor, já na maioria das vezes, o equilíbrio não é sentido. Nessa contextualização, o princípio da boa-fé objetiva veio como cláusula geral na lei consumerista, tornando-se mais aberta sua aplicação no “campo dos contratos”. (2012, p. 1).

---

<sup>7</sup>Artigo 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: [...] III – “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...]”.

O princípio da boa-fé objetiva “é fixado com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da liberdade, justiça e solidariedade, valores maiores trazidos pela Constituição Federal”, o que significa que, numa relação contratual, o sujeito deve ajustar-se nos parâmetros de honestidade, probidade e lealdade, e as partes devem comportar-se de modo a observar a boa-fé em suas relações recíprocas. (TONIAL, 2009, p. 188).

A boa-fé objetiva visa a garantir a ação sem abuso, exigindo das partes a lealdade e a transparência, sem que se ocasione dano a ninguém. Podem, desse modo, originarem-se expectativas recíprocas tanto na etapa pré-contratual, como na contratual e na pós-contratual, em virtude da confiança depositada na relação entre consumidor e fornecedor.

Quanto maior o grau de conscientização das partes envolvidas, tanto o consumidor quanto o fornecedor, menor será o índice de conflito no decorrer dessas relações. Mas, observa-se a necessidade de uma noção mais exata de consciência no momento da compra de produto ou de serviço que esteja efetivamente necessitando adquirir, o que significa dizer que o consumidor não pode ser induzido a consumir produtos desnecessários, através de técnicas de marketing envolventes e sedutoras. Necessita-se, assim, de uma educação, formal e informal nesta relação. (ALMEIDA, 2003, p. 20).

A política das relações de consumo dispõe claramente sobre a coibição dos abusos praticados no mercado de consumo. O Código do Consumidor criou o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e instituiu a Convenção Coletiva de Consumo. Ao mesmo tempo, tais instrumentos colaboram, programam a coibição e fazem as repressões necessárias contra abusos praticados no mercado e ao desrespeito aos princípios constitucionais. Isso é feito com base na garantia da repressão desses atos, da punição de seus autores e do respectivo ressarcimento, afastando-se aqueles que possam causar prejuízo. (ALMEIDA, 2003, p. 18).

O Código de Defesa do Consumidor adotou um “sistema de cláusulas abertas”, em que prevalecem os princípios e os objetivos norteadores deste setor, buscando harmonia nos interesses dos envolvidos. (VILELA GUGLINSK, 2012, p. 1). Em verdade, percebe-se que consumir, atualmente, tornou-se uma necessidade vital e básica, de maneira que, na relação consumerista, há que se ter um meio de harmonizar e compatibilizar os interesses envolvidos, o que é feito com base na dignidade da pessoa humana e no equilíbrio da tal relação.

Desse modo, percebe-se que os princípios constituem os pilares para o equilíbrio da relação consumerista, conferindo direito a informação de forma clara e comportamento ou

conduta dotada de respeito, de lealdade para ambas às partes. Haja vista que o consumidor é a parte mais fraca, ou seja, vulnerável, o Estado surge como um mediador, garantindo-lhe proteção, como parte mais desprotegida e fraca.

## **1.2 Consumidor e fornecedor**

A relação de consumo entre consumidor e fornecedor é definida pela Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que compreende as normas e a política de defesa com o desígnio de harmonizar as interações facilmente desiguais advindas dessa relação jurídica. Os limites desse liame são dados pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor, fazendo-se mister abordar o noção das figuras formadoras dessa relação.

O direito do consumidor é relativamente recente, fruto de uma nova estrutura que tem por objetivo a segurança da sociedade e do consumidor, especialmente, possuindo uma relevância maior a partir da década de 1960. (GOMES, 2001, p. 114-115).

Como já mencionado, as mudanças sociais ocorridas pós-revolução industrial possibilitaram o aumento do consumo e da produção, abrindo, assim, um “campo fértil para a ocorrência de danos”, em decorrência de produtos defeituosos lançados no mercado, ou mesmo não testados de maneira satisfatória. O Estado, a partir daí, busca dar proteção aos mais fracos. (CAVALCANTI, 1995, p. 25-28).

Inicia justamente o Código de Defesa do Consumidor com a definição do sujeito a proteger: o consumidor, distinguindo quem é o indivíduo da relação contratual ou extracontratual, já que o campo de aplicação é amplo e especial, com prioridade aos consumidores e fornecedores. (MARQUES, 2012, p. 80-83).

No Brasil, existe uma conceituação legal de consumidor, dada pelo artigo 2º, caput, e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, incluindo-se por equiparação “a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. (ALMEIDA, 2003, p. 37).

A figura do consumidor tão somente aparece frente a um fornecedor com um campo de aplicação subjetivamente específica, ou seja, numa relação de diferentes, para a proteção de diferentes.

Pela definição legal, seja física ou jurídica, não importando sua capacidade financeira, toda e qualquer pessoa pode ser considerada consumidora. A coletividade engloba grupos de pessoas, como por exemplo, os “determináveis (família)”, ou “indetermináveis (usuários de serviços bancários)”. (ALMEIDA, 2003, p. 37). Ou seja, uma relação em que surge um adquirente que compre diretamente, ou um utilitário, que utiliza seja em proveito próprio ou de outrem.

Trata-se de uma coletividade de consumidores, não mais daquele consumidor individual e determinado, havendo um conjunto de consumidores que se consagra como universal. Essa relação de consumo possuiu, de um lado, o adquirente de um produto ou de um serviço e, do outro, um fornecedor, ambos ligados por uma necessidade privada comum.

A relação de consumo caracteriza-se por alguns elementos, como por exemplo, o que “diz respeito aos partícipes dessa relação jurídica, ou seja, o consumidor e o fornecedor”, que se reconhece como subjetivo; o que se relaciona com a “existência de um produto ou serviço”, sendo esse reconhecido por ser objetivo; e, por último, o que constitui a “condição de destinatário final [...], que adquire ou utiliza um produto ou serviço”. (THOMAS, 2009, p. 43).

Na opinião de Gomes a identificação de consumidor não se dá “por sua classe econômica, por seu nível de instrução ou por sua nacionalidade; consumidor é aquele que adquire ou utiliza um produto como destinatário final. Ou seja, o consumidor é identificado pelo ato de consumo e não pelo sujeito que consome”. (2001, p. 117).

Na visão de Bulgarelli, consumidor é “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valorização jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando quer reparando os danos sofridos”. (1983, p. 44-49).

Benjamin discorre de forma detalhada a respeito do conceito jurídico do consumidor como sendo:

[...] todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais (1988, p. 78).

A caracterização do consumidor pode ser considerada em espécies, a partir da concepção psicológica, além da de ordem sociológica, literária e filosófica:

Do ponto *de vista psicológico*, considera-se *consumidor* o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Nesse aspecto, pois, perscruta-se das circunstâncias subjetivas que levam determinado indivíduo ou grupo de indivíduos a ter preferência por este ou por aquele tipo de produto ou serviço, preocupando-se com tal aspecto certamente a ciência do marketing e da publicidade, assumindo especial interesse quando se trata sobretudo dos devastadores efeitos dessa, se enganosa ou tendenciosa, diante das modernas e sofisticadas técnicas do mencionado marketing e *merchandising*. Já *do ponto de vista sociológico* é considerado *consumidor* qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social. Eis aí o elo entre o chamado ‘movimento trabalhista ou obreiro’ ou ainda ‘sindicalista’ e o ‘movimento consumerista’, vez que, por razões evidentes, a noção de melhor qualidade de vida pressupõe certamente o próprio poder aquisitivo para dar vazão ao desejo de consumir produtos e contratar serviços, em maior escala, e igualmente de melhor qualidade. Nas *considerações de ordem literária e filosófica*, o vocábulo *consumidor* é saturado de valores ideológicos mais evidentes, E, com efeito, o termo é quase sempre associado a denominada ‘sociedade de consumo’ ou ‘consumismo’, ou ao próprio ‘consumerismo’. Nesses casos, o chamado *homem consumidor* torna-se o protótipo do indivíduo-autômato, condenado a viver numa sociedade opressora, voltada exclusivamente para a produção e distribuição de todos os valores com que lhe acena a sociedade produtora-consumista, eis que fundada na inexorável e mecânica aquisição pelo consenso posto, de molde à até criar, muitas das vezes, necessidades artificiais (FILOMENO, 2012, p. 19-20).

Percebe-se que, do ponto de vista psicológico, para a definição de consumidor analisam-se as causas que levam o indivíduo ao consumo, e a identificar o que o leva a adquirir este ou aquele produto ou serviço; o sociológico é aquele que, analisa o consumidor a partir de uma dada classe social, ao usufruir bens ou serviços; e, no aspecto literário e filosófico, o termo é conexo ao consumerismo, partindo da ideia de que o sujeito vive numa sociedade que o obriga à compra ou ao consumo de produtos e de serviços nem sempre desejáveis ou de muita necessidade.

Para Pasqualotto, as mudanças ocorridas depois da segunda Guerra mundial, proporcionaram à publicidade uma nova função: “[...] a de orientar o consumo, estimulando necessidades e provocando demanda. [...] publicidade transformou-se na alma do comércio, [...], e no principal instrumento das empresas na luta concorrencial”. (1997, p. 28-29).

Prontamente, conceituar o consumidor revela-se como tarefa difícil, já que os doutrinadores não determinam de forma aberta o conceito de consumidor a partir da concepção de destinatário final. Nesse sentido, surgem duas correntes doutrinárias para ilustrá-lo: a finalista e a maximalista.

Na opinião de Almeida, entende-se por destinatário final como “aquele que usa para si próprio, familiar, e até para terceiros, desde que o repasse não se de por venda”, não estando incluído o intermediário, devendo a operação de consumo remeter-se ao consumidor, sem a aquisição com intenção de revenda. (2003, p. 38).

Marques também interpreta o conceito de consumidor por essas duas correntes, a finalista e a maximalista. A primeira embasa o conceito na utilização final do produto ou do serviço, sendo consumidor o destinatário final do produto, ou seja, aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço. A segunda interpreta de maneira manifesta o conceito de consumidor, entendendo-o como qualquer agente que adquire produto ou serviço. A doutrina adota a “corrente finalista”, pela estrutura mais adequada. (2006, p. 302-304).

Para os maximalistas, não importa a destinação que será dada ao serviço ou ao produto, eis que basta retirar o bem do mercado e essa medida já caracterizaria a proteção merecida pelo seu adquirente. Enquanto isso, a explicação finalista é feita conforme o caso concreto, considerando-se, portanto, consumidor como destinatário final pessoa física ou jurídica, seja o produto ou o serviço, fático ou econômico.

O fornecedor é outro protagonista das relações de consumo. Esse termo não guarda tantas dificuldades: denota um comerciante, importador, ou até mesmo um industrial. É o responsável pela função de pôr à disposição do consumidor produtos ou serviços. Conceitua-se claramente fornecedor no artigo 3<sup>o</sup> da legislação consumerista.

Filomeno, em sua obra, assim conceitua fornecedor:

---

<sup>8</sup>Artigo 3º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

[...] fornecedor é qualquer pessoa física, ou jurídica, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil de forma habitual. [...], o mesmo podendo ser *público* ou *privado*, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos, [...], abrangendo tanto os fornecedores nacionais como os estrangeiros que exportem produtos ou serviços para o País, arcando com a responsabilidade por eventuais danos ou reparos o importador que posteriormente poderá regredir contra os fornecedores exportadores. (2007, p. 47).

O conceito é vasto, não havendo uma distinção exata entre o comerciante, o produtor ou o intermediário; e, de certa forma, a atividade não precisa essencialmente ser lucrativa ao fornecedor, bastando que haja certo objeto na relação e que ele desenvolva a atividade descrita no artigo.

Gomes, quanto à natureza da relação de consumo, diz que pode ser pública ou privada, nacional ou estrangeira, não havendo distinção entre eles, sendo os fornecedores submetidos às mesmas exigências em ambos os casos. Os fornecedores podem até mesmo não possuir personalidade jurídica, como nas “sociedades de fato”, não excluindo deveres, seja quais forem, perante os consumidores. O fornecedor é um gênero de empresário, usando a empresa a fim de que se destine a gerar produtos e serviços para o mercado, ou seja, são agentes que fornecem bens e serviços em caráter habitual ao mercado. (GOMES, 2001, p. 143-148).

Entende-se também por “fornecedor como todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários ao consumo”. (FILOMENO, 2012, p. 42). É notória a fraqueza do consumidor nessa relação, embora seja importante frisar que muitos fornecedores preocupam-se em proporcionar informações e serviços adequados aos seus consumidores, pois, essas atitudes acabam refletindo no correspondente nome, título ou estabelecimento que possui e reverte no estabelecimento de maiores e mais vínculos de consumo.

Assim, tanto aquele que fornece “bens e serviços ao consumidor”, seja intermediário ou comerciante, “deve ser responsabilizado pelo produto que lança no mercado de consumo”, mesmo que seja produtor originário. Enfim, fornecedor é todo aquele que fornece produtos ou serviços, fazendo uma das atividades seguintes: produção, criação, montagem, transformação, exportação, importação, comercialização, dentre outras. (ALMEIDA, 2003, p. 40-42).

Portanto, pode-se destacar que o Código de Defesa do Consumidor seria um manual geral sobre o consumo, e, nessa relação jurídica, há um sujeito que se enquadra como consumidor e outro como fornecedor. Torna-se evidente, através da análise dos conceitos de consumidor e fornecedor, que o Código de Defesa do Consumidor visou a proteger o mais amplamente possível o consumidor, por ser geralmente a parte mais fraca e vulnerável da relação.

### **1.3 Bens de consumo: produtos e serviços**

As relações de consumo consistem na aquisição de bens ou coisas com valor econômico postas no mercado pelo fornecedor, cuja finalidade é suprir necessidades humanas, sendo atividade desenvolvida possivelmente mediante remuneração.

O Código de Defesa do Consumidor traz a definição de produto em seu artigo 3º, §1º: “produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Para Gomes, o direito econômico e o direito do Consumidor concebem produto como um “bem criado ou desenvolvido por um fornecedor, com o intuito de inseri-lo no mercado, sem que para isso seja necessário o fornecimento de uma atividade concomitante”. (2001, p. 156).

A expressão produto liga-se à imagem de bem, decorrência das sociedades modernas e do seu valor econômico. Entendem-se por bem móveis; imóveis; matérias e imateriais como:

Bens móveis são aqueles que podem ser removidos de um lugar para outro, por movimento próprio ou remoção por força alheia. Desse modo, fica evidenciado [...] de que o consumidor, no sentido estrito é o destinatário econômico, ou seja, o que arca com os custos da aquisição do bem-da-vida, não os repassando ao mercado de consumo. No que concerne aos imóveis, entendemos não existir maior problema conceitual, eis que são devidamente definidos. Os bens materiais igualmente não trazem maiores dificuldades de entendimento, pois, apesar de não se encontrarem definidos na lei, podem ser compreendidos quando contrapostos aos bens imateriais. Por sua vez, os bens imateriais são os insuscetíveis de serem apreendidos, pesados, ou medidos, por não serem palpáveis, embora possam ser avaliados economicamente. (BONATTO, 2001, p. 26).

São bens econômicos as coisas úteis e raras, porque só elas são suscetíveis de apropriação. Para Filomeno, os bens podem ser: duráveis, ou seja, os que resistem a muitos usos; ou bens não duráveis, ou seja, os consumidos em um ou em poucos usos. Tal classificação baseia-se ainda nos hábitos de compra do consumidor, através de bens de conveniência, ou seja, aqueles comprados frequentemente; bens comparáveis em que há um processo de pesquisa e escolha do mesmo; ou ainda os bens de uso especiais, sendo aqueles bens de qualidades singulares. (2012, p. 48).

Para outros, o produto é o fruto da produção, ou seja, “algo elaborado por alguém”, com o objetivo, de colocá-lo no mercado, para satisfazer uma necessidade da população consumerista. (GOMES, 2001, p. 156).

Dessa forma, o produto é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo e proposto a atender a uma necessidade do adquirente, podendo ela ser destinada a áreas como o lazer e a educação, dentre outras. Percebe-se, portanto, o envolvimento com uma infinidade de produtos circuláveis.

A definição de serviço encontra-se no artigo 3º, §2º,<sup>9</sup> do Código de Defesa do Consumidor, a mesma consiste basicamente em trabalhar à mercê de outrem, mediante pagamento pela atividade desenvolvida, ou seja, com intuito lucrativo, destinando-se direta ou indiretamente a satisfazer necessidades humanas.

Para fins do Código, o serviço é a decorrência de servir através de uma relação de consumo, pois a mesma encontra-se à disposição dos consumidores num total, e estes dela necessitam. O transporte de passageiros é um exemplo de serviço.

Importante destacar que não se inserem neste contexto as taxas, os tributos e as contribuições de melhoria, especialmente as do âmbito das relações de natureza tributária, pois nessa relação contribuinte não se confunde com consumidor. Já atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, como por exemplo, cobranças de contas de luz, concessão de mútuos, conceituam-se como serviços. (FILOMENO, 2007, p. 52-54).

Para a caracterização da prestação de serviço, a remuneração não é fator determinante, podendo ocorrer sem que haja qualquer pagamento. Ou seja, apesar de ser uma atividade fornecida habitualmente no mercado de consumo prestada com intuito de lucro, nada impede

---

<sup>9</sup>Artigo 3º, § 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: [...] “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

que não o sejam mediante remuneração. Para fins do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, as relações trabalhistas não são consideradas serviços, com exceção das empreitadas. (GOMES, 2001, p. 155-158).

Dessa forma, produtos e serviços são os objetos que, considerando as particularidades de cada perspectiva, interessam tanto ao consumidor como ao fornecedor. O primeiro liga-se à ideia do bem, e o segundo consiste em atividades desenvolvidas ao consumidor, como as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas apenas as de caráter trabalhista.

Em verdade, é correto dizer que qualquer cidadão inicia seu dia consumindo, seja pelo fato de acender uma luz, ligar o computador ou até mesmo ao utilizar uma escova dental para higiene pessoal. Em razão disso, observa-se quão importantes são os produtos e os serviços no cotidiano dos consumidores.

## **2 DAS PRÁTICAS COMERCIAIS**

As práticas comerciais encontram-se a partir das disposições do artigo 29 do capítulo V do Código de Defesa do Consumidor. Abarcam e tratam da oferta, da publicidade, das práticas abusivas, da cobrança de dívidas, dos bancos de dados e dados de cadastro de consumidores. A proteção consumerista alarga-se a todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Este trabalho se ocupará da oferta e da publicidade. Antes, contudo, cabe destacar que o fornecedor, para atingir o consumidor, precisa sair do anonimato ao transmitir sua mensagem, para que o ouvinte possa entender e assimilar seu significado.

A produção e a comercialização são as fases dos bens de consumo e as práticas comerciais encontram-se na fase “pós-produção da sociedade”, ou seja, na qual “o conjunto de atividades através das quais os produtos e serviços fluem do produtor para o consumidor final”, significando técnicas que fomentam, mesmo indiretamente, sua circulação no mercado consumerista. (BENJAMIN, 2007, p. 253).

A vida moderna é rodeada de instrumentos informativos com ânsia de estimular o consumidor, através de anúncios que, por vezes, contêm abusos que não são perceptíveis tão facilmente. Isso ocorre tendo em vista que não é priorizada a transparência nas relações celebradas, podendo vir a causar futuras lesões ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor trata de duas questões muito importantes nesse sentido: a oferta e publicidade. O estudo a seguir baseia-se na maneira como essas práticas são desenvolvidas no dia a dia e na sua influência na vida do consumidor.

### **2.1 A oferta e seus requisitos**

Busca-se encontrar uma definição junto à doutrina para oferta, a qual exige para sua validade o oferecimento de termos, ou seja, uma série de requisitos através de uma sugerida proposta de contratação para a concretização do negócio.

O tema está regulado nos artigos 30 a 35<sup>10</sup> do Código de Defesa do Consumidor. A oferta relativa a produtos e serviços prende o fornecedor ofertante com pretensão de que a execução seja cumprida, tendo como uma de suas características mais marcantes o direcionamento a um grupo indefinido de consumidores. (RIZZATO NUNES, 2004, p. 389).

Para Benjamin, oferta é a “manifestação de vontade unilateral através da qual uma pessoa faz conhecer sua intenção de contratar, [...] é o oferecimento dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar”. (2007, p. 265).

Dessa forma, nem sempre o fornecedor cumpre com boa-fé suas reais propostas com o consumidor que teve frustrada sua expectativa com o produto, não se utilizando de clareza, de elementos verdadeiros, além de dados técnicos corretos e cuidado com a segurança e a saúde do consumidor.

Para Filomeno, a oferta de produtos e serviços “se refere a toda e qualquer manifestação do anunciante fornecedor, com o objetivo de propor sua colocação no mercado”, feita inclusive por meio de mensagens transmitidas por veículos com alto-falantes, apresentação de produtos em vitrines de lojas, anúncios na internet, procurando dessa forma chamar a atenção, o anseio do consumidor. (2012, p. 47).

O fornecedor é quem faz a oferta, sendo, conseqüentemente, “interessado na apresentação, lançamento, divulgação ou venda de produto ou serviço”, já que possui o “propósito inicial de conseguir o consumidor como possível cliente”, mas nem sempre o faz “através de informações corretas, métodos leais, escolhas conscientes e livres “sem sofrer influência de oferta inverídica”. (ALMEIDA, 2003, p. 107).

---

<sup>10</sup> Artigo 30: do Código de Defesa do Consumidor: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Artigo 31: do Código de Defesa do Consumidor: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével”. Artigo 32: do Código de Defesa do Consumidor: “Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”. Artigo 33: do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial. Parágrafo único: É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina”. Artigo 34: do Código de Defesa do Consumidor: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”. Artigo 35: do Código de Defesa do Consumidor. “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

A oferta pode ser feita através de anúncios em rádio, televisão ou vitrines, por exemplo. Seu objetivo principal é atrair ou entusiasmar o consumidor, e, como forma de evitar atitudes enganosas ou abusivas, a legislação consumerista almeja apurar tais atitudes, proibindo vantagens excessivas, modos de apresentação disfarçados, ou, também, atitudes que se possam prevalecer-se da ignorância ou da fraqueza do consumidor.

A informação oferecida através de qualquer meio de comunicação integra automaticamente o contrato que porventura seja firmado entre fornecedor e consumidor, devendo assegurar às partes interessadas, em especial ao consumidor, informações certas na apresentação de seus produtos ou serviços. Requer-se, em primeiro lugar, ter a coisa e o seu preço, após ser dirigida ao destinatário, e, por conseguinte há de ser firme, pois, ausentes esses requisitos, tornam-se apenas “mero convite a fazer oferta”. (BENJAMIN, 2007, p. 265-266).

O dever de informar encontra-se no artigo 31<sup>11</sup> do Código de Defesa do Consumidor, com origem no princípio da transparência e da boa-fé objetiva, com o objetivo de preparar o consumidor em um ato de consumo consentido, livre, e baseado em informações adequadas. (BENJAMIN, 2012, p. 221).

Colaciona a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AQUISIÇÃO DE PRODUTO (ALMOFADA TERAPÊUTICA) MEDIANTE VONTADE VICIADA. VENDA E FINANCIAMENTO BANCÁRIO À DOMICÍLIO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE FACILITOU A CONTRATAÇÃO. Notória a ocorrência de inúmeros casos de fraude contra aposentados, **envolvendo oferta a domicílio de produtos com propriedades terapêuticas ‘milagrosas’**. **Vítimas, em sua grande maioria, constituídas de pessoas idosas, doentes e com pouca instrução, vulneráveis a esse tipo de manobra comercial**. Incontroverso, no caso, que o demandante foi convencido a aderir ao contrato mediante falsa promessa de que a mercadoria adquirida ofereceria benefício miraculoso à saúde, conduta ilícita e abusiva da fornecedora, prevista no art. 39, inc. IV, do CPC. Angústia e o abalo psicológico sofridos pelo autor reconhecidos, pois, com idade avançada e enfermo, se viu enganado e ludibriado pela propaganda enganosa praticada pela ré, restando privado de parcela significativa dos seus já parcos vencimentos. Responsabilidade solidária da instituição financeira, pois que deveria munir-se de maiores cuidados na contratação do mútuo, mormente em se tratando de

---

<sup>11</sup>Artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

empréstimo concedido fora do seu estabelecimento e intermediado por terceiros. Teoria do risco-proveito. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME (Apelação Cível Nº 70056069610, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 26/09/2013) (Grifou-se).

Quem recebe a oferta é o consumidor, emitida pelo fornecedor através de uma mensagem prestada por algum meio de comunicação. Sua transmissão deve procurar ser feita de uma forma precisa, em língua portuguesa, com suas características claras, e também oferecendo possíveis informações referentes à saúde e à segurança do consumidor.

A oferta para a “sociedade pré-industrial” exige um objeto a ser vendido, bem como seu preço, e posteriormente ser conduzida a um destinatário. Uma sociedade que vinha da produção em baixa escala e da manufatura passou a utilizar-se da produção em série. O consumo, a partir daí, caracteriza-se pela mudança de comportamento, tornando-se um fenômeno universal, pois a produção que era designada a um indivíduo em especial ampliou-se para a coletividade. (BENJAMIN, 2007, p. 265).

Portanto observa-se que são imprescindíveis, além da coisa e do destinatário, a seriedade e a precisão, pois o ofertante não é forçado a fazer publicidade ou ofertar, mas, se fizer, terá que ser de forma coerente e verdadeira, pois ela o vinculará ao cumprimento.

Os métodos e procedimentos de incentivo à venda denominam-se marketing que se perfaz

[...] mediante a aproximação induzida do consumidor em relação à marca, aos produtos e aos serviços, disponibilizáveis no mercado de consumo. Citam-se, entre esses mecanismos e técnicas, a premiação por sorteios ou achados, as promoções, as liquidações, a remessa de produtos não solicitados, os concursos e os descontos. (SILVA, J., 2004, p. 143).

Na opinião de Benjamin, o sinônimo de oferta vem a ser marketing, ou seja, “todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores”, ou também mediante a chamada “troca”, na busca da satisfação pessoal ou social do adquirente. (2007, p. 266).

O Direito, em relação ao marketing, possuiu como papel “estabelecer parâmetros mínimos de conduta, respeitando sempre – com o que quer a Constituição Federal – a livre

iniciativa”. Pois, como já mencionado, o consumidor encontra-se numa situação de vulnerabilidade e faz jus aos meios legais de proteção definidos pelo Código que lhe garante, ao máximo, a informação e, posteriormente, o seu contentamento. Pautando-se sempre nos princípios da transparência, da boa-fé objetiva e, especialmente, da confiança. (BENJAMIN, 2007, p. 262).

Quem ou o que define o que deve ser informado é o próprio serviço ou produto que está sendo oferecido, com definição de tudo que for necessário para seu uso e consumo efetivo. Porém, nem sempre é necessária a existência de todos os meios contidos na norma. Há serviços, por exemplo, que “não comportam a ideia de composição”, ou seja, a “não informação não o prejudicará”. (RIZZATO NUNES, 2004, p. 399).

Uma agenda não precisa necessariamente conter a quantidade de gramas de suas folhas, pois, a falta dessa composição não será um critério imprescindível para o consumidor decidir a sua aquisição. Entretanto, via de regra, os serviços e produtos devem apresentar informações corretas, precisas, ostensivas, trazidas na língua portuguesa, de forma legível, e dadas com qualidade, quantidade. Assim tem decidido o Tribunal de Justiça acerca da oferta:

CONSUMIDOR. OFERTA DE PRODUTO. RECUSA NO CUMPRIMENTO PELO FORNECEDOR. VINCULAÇÃO DO ANUNCIANTE. OBRIGAÇÃO FORÇADA. **Verificada a conduta ilícita da empresa requerida, que negou aos demandantes o cumprimento de oferta anunciada, está a empresa incondicionalmente vinculada à oferta.** Contudo, o cumprimento forçado da obrigação se dá nos termos da oferta, devendo a empresa vender o produto ao consumidor interessado pelo valor anunciado, responsabilizando-se a parte pelo pagamento do produto adquirido, sob pena de acarretar enriquecimento sem causa. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Reputa-se como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. A negativa da empresa ré em realizar a venda do produto pelo valor anunciado, por si só não configura dano moral. Tal incômodo constitui mero dissabor, não ensejando a reparação pelo dano moral. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DOS AUTORES DESPROVIDA (Apelação Cível Nº 70049561582, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 25/10/2012) (Grifou-se).

Tais informações são necessárias, pois fazem parte integrante da relação consumerista. Rizzato Nunes traz o seguinte exemplo: a “construtora diz num anúncio que o imóvel terá

armários embutidos nos quartos, dessa forma deve ter o que foi anunciado”, porque não procede anunciar uma coisa e apresentar ao cliente outra. (2000, p. 24).

Para finalizar, cabe ressaltar que, hoje em dia, observa-se cada vez mais uma sociedade consumerista, havendo um grande aumento na oferta em diversos setores econômicos. Logo, é importante sempre ter o cuidado em relação à qualidade, à composição, aos prazos de validade, dentre outros. Todos esses são deveres dos fornecedores, que devem ser respaldados por práticas claras e pautados na boa-fé.

## 2.2 Conceito de publicidade

Um símbolo da sociedade moderna é a publicidade, evoluindo de forma notável e gerindo a sociedade de consumo. A publicidade utiliza-se de uma mensagem ou de uma informação com o objetivo de convencer, direta ou indiretamente, o consumidor na aquisição ou na utilização de certo produto ou serviço.

A publicidade é disciplinada na seção II do Código de Defesa do Consumidor, que trata da oferta, nos artigos 36<sup>12</sup>, 37<sup>13</sup> e 38<sup>14</sup>.

Vista em forma de expressão “romanesca”, ou seja, sonhadora, a publicidade

[...] teria sido descoberta já pelo homem pré-histórico ao observar certos aspectos da natureza. Assim, o parente próximo do *Pithecanthropus erectus* teria intuído os benefícios da publicidade ao perceber o murmúrio do regato anunciando a existência

<sup>12</sup>Artigo 36: do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”

<sup>13</sup>Artigo 37: do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º 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. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

<sup>14</sup>Artigo 38: do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”

de água fresca, o rugido da fêmea no cio chamado a atenção do macho, o canto dos pássaros atraindo as suas companheiras e os frutos mais intensamente coloridos despertando a voracidade das aves, como as flores a dos insetos, e propiciando assim que suas sementes se espalhassem para outras paisagens. Inspirando nas lições da natureza, o homem desde então, teria feito da publicidade a arma suprema da competição com os seus semelhantes. (COELHO, 1994, p. 231).

Como forma organizada, a publicidade é recente. Para Jacobina, ela surge junto com a imprensa, isso por volta do ano de “1477, anunciando livros religiosos”. (1996, p. 23). Mas, é com a instalação dos mercados, consequência resultante da Revolução Industrial, que surge a publicidade. No Brasil, porém a publicidade aparece apenas em “1808, com o surgimento do primeiro jornal brasileiro”, com o seguinte anúncio:

Eu era assim (figura de uma pessoa doente). Cheguei a ficar quasi assim! (figura de uma cabeça de caveira). Soffria horrivelmente dos pulmões, mas graças ao milagroso Xarope Peitoral de Alcatrão e Jatahy, preparado pelo pharmaceutico Honorio de Prado consegui ficar assim!! (figura de um homem são). Completamente curado e bonito. Esse xarope cura tosses, bronchites, ashtmas, rouquidão e escarros de sangue. Preço do vidro: 1\$500. Único depósito na Capital Federal. J. M. Pacheco & Comp. Rua das Andradas, nº 58. (JACOBINA, 1996, p. 23).

Percebe-se que, mesmo em tempos passados, já havia a falta da preocupação com a prestação de informações corretas e verdadeiras, como o exemplo do cartaz do referido xarope, em que ficava visível apenas o intuito de vender.

O termo publicidade decorre “de público, do latim *publicus*”, expressando o “ato de tornar público, vulgarizar, divulgar”, sendo empregado no “início do século XIX”. Conceitua-se como o meio ou a forma de diálogo com o público, com finalidade de promover a utilização de um serviço ou a compra de um produto. Rotula-se como publicidade no momento que a mensagem aproxima-se do público, num número indefinido de pessoas, presente inclusive “o objetivo comercial e o incentivo”, estes ligados à compra ou à venda de serviços ou produtos. (CHAISE, 2001, p. 7-9).

A publicidade apresenta-se através do vínculo com o fornecedor e proporciona ao consumidor a possibilidade de obter aquilo que foi anunciado. Seu surgimento, como já mencionado, liga-se ao progresso industrial. Assim, à medida que cresce a indústria, cresce a publicidade, uma fonte de economia para produtores e de benefícios para o consumidor feito através de anúncios. (SILVA, M., 2004, p. 1-4).

Segundo Pasqualotto, conceitua-se publicidade como: “toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa.” Não se inclui nesse conceito a divulgação de ideias de cunho político, religioso, ideológico, sem interesse próprio nas relações de consumo. (1997, p. 25-26).

A publicidade tem como finalidade tornar popular um serviço, ou produto e, conseqüentemente, despertar anseio pela coisa divulgada aos consumidores. Na atualidade, a mídia impulsiona e influencia desde crianças até idosos. As novelas televisivas são um exemplo de controle no comportamento do consumidor. E, como resposta, tem-se um aumento na venda de tudo o que é oferecido. (NISHIYAMA, 2010, p. 2).

A mídia é um meio capaz de fornecer informação e conhecimento a um grande número de pessoas, consumidoras, em geral, através de uma mensagem publicitária. É nos meios de comunicação, num modo geral, que se formam as opiniões. Contudo, seu papel principal é informar, e, por vezes, essa informação é distorcida, vindo a induzir e a impulsionar o consumo de produtos sem necessidade. (SISSORS, 2001, p. 18).

O consumidor está submetido a ter um comportamento influenciado quanto aos produtos e serviços que irá provavelmente adquirir. A publicidade não vende somente um produto, vende uma imagem, um símbolo de consumo, com finalidade de contribuir para o desenvolvimento e para o crescimento econômico. (GOMES, 2001, p. 141-142).

Com a massificação da produção, houve mudança de hábitos e de costumes, e, como fenômeno social contemporâneo, a publicidade não deve ser repelida ou vedada, mas sim ser regrada, controlada, sem abusos.

Assim, sua importância para a economia moderna é grande, pois, atividades humanas se beneficiam com o uso da publicidade, seja através de divulgações ou anúncios. Mas, essa realidade, deve sempre estar em sintonia com os princípios da transparência, da confiança e

da boa-fé-objetiva, ao utilizar-se das práticas de indução pessoal e promoções em geral. (FILOMENO, 2007, p. 267).

Para Jacobina, a publicidade é o método de instituir no público “a necessidade de consumir”, através de um instrumento artístico, tendo em vista tão somente o anseio de atrair o consumidor. Utilizando-se de alguns objetivos tais como provocar a atenção e em seguida despertar o interesse, ou seja, “despertar a vontade de conhecer a mensagem imediatamente”, cuja terceira fase é o desejo, por exemplo, o de compra, surgindo, portanto, por último, a motivação de ação em querer adquirir o serviço ou o bem divulgado. (1996, p. 15-17).

Não basta, para o fornecedor, a simples menção do que será apresentado ao público através dos meios de comunicação, como televisão ou internet; são necessárias ideias novas que captem a atenção, a imaginação e o anseio pelo produto ou serviço.

Para Filomeno, a publicidade vem a ser a

[...], mensagem estratégica e tecnicamente elaborada por profissionais especialmente treinados e preparados para tanto, e veiculados igualmente por meios de comunicação de massa mais sofisticados (como, por exemplo, *outdoors*, mensagens por televisão, rádios, revistas, jornais, internet etc.), cujas finalidades específicas são: (1) tornar um produto ou serviço conhecidos do público-alvo potencial consumidor; (2) tentar convencer esse mesmo público a comprar o produto ou serviços anunciados. (2012, p. 209-210).

São essenciais dois elementos em qualquer publicidade: “difusão e informação”; porque, sem falar em difusão não há publicidade; é necessário que o anúncio chegue ao conhecimento de terceiros; o secreto não é publicidade, devendo ela trazer um mínimo de conhecimento. (BENJAMIN, 2012, p. 229).

A publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população, a ponto de modificar seus costumes e “ditar-lhe comportamento”. (MARQUES, 2006, p. 803). Compra-se, por exemplo, um artefato não por ter uma “marca” boa, mas, porque evoca uma atração irresistível. (ALMEIDA, 2003, p. 111).

É grande a criatividade agregada pelos profissionais que criam e divulgam seus produtos. Há uma diversificação de efeitos, frases, cores, sons, lugares até mesmo pouco

imaginados com mensagens que provocam no público curiosidade do que está sendo oferecido.

Frequentemente notam-se atletas ou atores, as chamadas celebridades, que supostamente inspiram confiança no mercado da comunicação, dando seus depoimentos e indicando produtos. Ressalta-se, nesse particular, que a liberdade de expressão está contida no artigo 5º, inciso IX<sup>15</sup> da Constituição Federal.

A grande preocupação encontra-se na veracidade das informações. O Estado Democrático de Direito, por meio da dignidade da pessoa humana, busca assegurar o direito de informação através da livre expressão. O povo expõe e participa das opiniões, com direito de acesso sobre atividades que digam respeito a interesses em geral, já o estado busca respeitar os direitos de forma plena. (RODRIGUES JÚNIOR, 2009, p. 55).

De acordo com o dissertado, torna-se claro que “o intuito do anúncio publicitário é vender,” (EFING; BERGSTEIN; GIBRAN, 2012, p. 92), seja na apresentação de frases, imagens ou sons. Porém, os anúncios não podem faltar com a verdade, ou apresentar informações de maneira confusa; ambígua com intuito de iludir o destinatário. (RIZZATO NUNES, 2004, p. 63).

Portanto, a publicidade é uma grande estratégia para impulsionar as vendas, tornando o consumidor vulnerável às ações dos fornecedores e produtores de bens e serviços, devendo sempre cumprir com a sua obrigação de trazer informação clara, que não afronte a boa-fé do consumidor.

### **2.2.1 Publicidade *versus* propaganda**

Para possibilitar a compreensão da matéria, é essencial trazer à discussão se há diferença entre publicidade e propaganda ou se ambas tratam da mesma coisa. Importante

---

<sup>15</sup> Artigo 5º da Constituição Brasileira: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

saber qual o termo correto a ser usado através de suas definições, interpretações, e qual sua finalidade.

O termo propaganda surgiu em Roma, no ano de 1597, incorporado pelo “Papa Clemente VII”, com finalidade de espalhar a fé católica no mundo. Significa do latim “*propagare*”, ou seja, “mergulhar, enterrar, plantar”, através de uma divulgação de “princípios, teorias, doutrinas”. Sua intenção é influenciar a partir de um determinado conjunto de ideias. (CHAISE, 2001, p. 10).

Muitos autores e profissionais da área publicitária utilizam indistintamente os termos publicidade e propaganda, mas eles não significam a mesma coisa. Para Pasqualotto, a primeira possui uma finalidade comercial, seja ela de serviços ou mercadorias; já a segunda manifesta-se por meio de ideias filosóficas, com um fim social. (1997, p. 26).

Como exemplo de propaganda, pode-se citar a transmissão de “campanhas conscientizadoras por parte do estado, da Igreja Católica ou de alguma associação beneficente, com a finalidade de educar a sociedade em relação a questões ambientais, de trânsito ou de saúde pública”. (FARIAS, 2006, p. 1)

A propaganda, ao contrário da publicidade, nem sempre identifica seu patrocinador, as duas não se confundem, pois a propaganda visa a um fim filosófico, religioso, ideológico, político, econômico, ou social, enquanto que a publicidade opera apenas o lado comercial. O objeto do Código de Defesa do Consumidor é apenas a publicidade; ele não cuida da propaganda. (BENJAMIN, 2012, p. 243).

O Código de Defesa do Consumidor aborda apenas a publicidade que possui como finalidade o lucro, ao contrário da propaganda, que afasta o valor econômico.

Existe uma zona de fronteira no conceito teórico de publicidade e propaganda quando se tratar de mensagens de “matéria política”, já que, na prática, muitas agências de publicidade incluem o termo propaganda na sua razão social, (PASQUALOTTO, 1997, p. 26), mas ela não deverá ter por fim promover atos de consumo. (MARQUES, 2006, p. 802).

Uma semelhança utilizada tanto para a propaganda como para a publicidade é o meio de divulgação: ambas utilizam rádio, televisão, portais de internet etc. Mas, como mencionado, a publicidade faz exposição comercial e a propaganda dirige-se à transmissão de uma ideia de conteúdo não consumista.

Entretanto, Rizzato Nunes não concorda que publicidade e propaganda sejam tratadas de forma diferente: para ele, são sinônimos. A propaganda comporta o sentido de propagação de princípios, ideias, ou teorias; a publicidade aponta para a qualidade daquilo que é público. Assim, os dois termos são adequados para dizer o sentido desejado pelo anúncio, não havendo, portanto, razões para distinção. (2004, p. 420-421).

Contudo, a maioria da doutrina insiste que tecnicamente os dois conceitos diferem: “enquanto a publicidade representa uma atividade comercial típica, de mediação entre o produtor e o consumidor, no sentido de aproximá-los. A propaganda significa o emprego de meios tendentes a modificar a opinião alheia, num sentido político, religioso ou artístico.” (ALMEIDA, 2003, p. 111). Acredita-se, dessa forma, que “publicidade difere-se de propaganda.” (GOMES, 2001, p. 143).

Assim, pode-se concluir que a publicidade consiste na aproximação e influência do fornecedor, com objetivo de estímulo à compra, ou seja, com fulcro na obtenção do lucro através de mensagens persuasivas pela mídia. Já a propaganda dedica-se à utilização de táticas de difusão de ideias, sem fins lucrativos, ou mercantis.

### **2.2.2 Publicidade infantil**

Considerando o escopo principal dessa pesquisa, ou seja, a publicidade subliminar, adiante abordada de forma específica, e a constatação de seu frequente uso em canais infantis ou mídias do gênero, impõe-se a abordagem desse viés publicitário.

Assim, como já referido, a publicidade deve firmar-se no elemento fundamental verdade, ou seja, o que será anunciado ao consumidor não pode ser transmitido de maneira confusa ou duvidosa, manipulando o seu destinatário através de sons, imagens, de maneira que venha a enganar, trazendo-lhe arrependimento ou malefício.

Frente ao público infantil, a preocupação é maior, já que se tem uma grande demanda de produtos infantis e a criança encontra-se em fase de crescimento e conseqüentemente será mais frágil e vulnerável. A criança é resguardada pela Constituição Federal e por outros estatutos. No Código de Defesa e Proteção do Consumidor, essa proteção transparece no

artigo 37, § 2º, que destacou a proibição da publicidade que se aproveite da deficiência e experiência da criança, pois, em comum, elas creem fielmente em tudo o que é veiculado pela publicidade. (JACOBINA, 2002, p. 99).

A Constituição Federal, por meio do artigo 227,<sup>16</sup> na busca de preservar o princípio da dignidade, traz em sua redação a necessidade de todos assegurarem à criança e ao adolescente educação, saúde, lazer, sempre a salvo de qualquer exploração. A criança não possui a formação, o entendimento de um adulto, e, por vezes, através de sua inocência, a publicidade é implantada, explorando-a em alguns momentos, já que nem sempre esse desejo de aquisição é determinado por ela mesma. (VILAS-BÔAS, 2011, p. 1).

As crianças encontram-se num grupo denominado de hipervulneráveis, ou seja, necessitam de uma proteção maior, porque cada vez mais elas atuam na escolha de produtos seja para si mesmas ou para a família. Os convites de marketing são encantadores aos consumidores em geral, esse presume que, em relação às crianças, a vulnerabilidade maior. (NISHIYAMA, 2010, p. 13).

Certamente, a vulnerabilidade é um traço mundial, engloba o consumidor pobre, rico, esperto, ingênuo, educado e ignorante. Mas, o público infantil, além de vulnerável, é ainda mais hipossuficiente, exatamente em razão de sua idade, pois sua pouca experiência de vida e incompleta formação não oferece ainda mecanismos de defesa.

---

<sup>16</sup>Artigo 227 da Constituição Federativa do Brasil: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas”.

Estudos feitos recentemente constataram que

[...] as crianças possuem dentro de seu núcleo familiar 70% das decisões de compra, e representam para as empresas fidelização de consumo para o futuro, tornando-as dependentes do produto. Houve a constatação de grande influência das crianças na compra de diversos produtos, especialmente alimentos 92%, brinquedos 86% e roupas 57%. No ano de 2000, 71% dos pais afirmavam sofrer a influência dos filhos na hora das compras. No ano de 2003, o índice subiu para 80% nesta pesquisa, com 38% influenciando fortemente na decisão. Na escolha da marca, 63% deles influenciam nas compras, sendo que metade das crianças com idade entre 07 e 13 anos influencia de maneira exagerada. A indústria alimentícia usa personagens licenciados para aumentar a venda de alimentos, [...]este foi um dos dados levantados pela pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) em outubro de 2010, que avaliou a qualidade nutricional de alimentos industrializados com apelo ao público infantil. Foram analisados 44 produtos de 27 marcas, dos quais 37 apresentavam quantidades elevadas de nutrientes não saudáveis (CAZZAROLI, 2011, p. 1).

São inúmeros os atrativos direcionados ao público infantil através de alimentos, personagens infantis, brinquedos capazes de seduzir e despertar interesse ao consumo, necessitando os pais consumidores estar atentos a tais encantos.

Para Coelho, lamentavelmente, a publicidade destinada ao público “infanto-juvenil” carece de proteção, sendo que, por vezes, ela incute “sentimento de inferioridade nos que não consomem o produto ou serviço anunciado” perante os outros. Como exemplo pode-se citar o “anúncio publicitário de tesouras infantis *Zivi*”. Nele, o produto era apresentado por crianças repetindo euforicamente para a tela da televisão: “eu tenho, você não tem”. (2012, p. 403).

Por vezes, quando os pais não compram ou não conseguem dar ao filho o que ele quer, surge um desentendimento “plantado e incentivado por essa publicidade”, que se prevalece da capacidade diminuída de compreensão. A dificuldade de “perceber o que é realidade, do que é ficção” manipula principalmente crianças pequenas, que não sabem ou não notam que a ambição surgiu da publicidade, ou seja, não nasceu de forma natural na criança. (VILAS-BÔAS, 2011, p. 7).

É notável o controle que os filhos têm sobre os pais, cuja influência é exercida e advinda por meio de um personagem famoso, ou aquela feita pela televisão, pela internet, nos outdoors com menção, por exemplo, a certa embalagem, cor ou modelo.

Explana Diniz, através de sua doutrina que

a criança e o adolescente possuem um espírito maleável suscetível a todo o tipo de influências ambientais, outorgou-lhe um cuidado especial, de prevenção e tratamento por parte da família, da sociedade e do poder público, para que possam se desenvolver de forma plena, sem correrem o risco de transformarem em fardos difíceis de serem suportados pela própria sociedade. (2008, p. 11).

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece regras a respeito da cultura, lazer, esportes, informação, diversão, sobre a proibição de venda de produtos e serviços. Já a publicidade frente a bebidas alcoólicas e produtos fumíferos está devidamente regulamentada pela Lei 9.294/1996,<sup>17</sup> dando fiel cumprimento ao artigo 220,<sup>18</sup>§4º, da Constituição Federal, com a advertência quanto ao horário de veiculação da publicidade, a maneira, o horário de veiculação de programas e sua classificação referente. (NISHIYAMA, 2010, p. 13).

É sempre bom preocupar-se com o que a criança irá assistir na televisão, pois, pode-se dizer que ela tem sido uma das responsáveis pelo comportamento da coletividade que, por vezes, se identifica com um personagem e busca agir e adotar a personalidade da figura ícone em seu modo de caminhar, vestir e agir.

A televisão é considerada como uma grande influência no desenvolvimento de crianças e de adolescentes, exercendo importante papel no dia a dia infanto-juvenil. “Enquanto pequenas, as crianças acreditam ser real tudo aquilo a que assistem. À medida que crescem, assumem uma nova realidade televisiva”, ou seja, de início confiam que tudo o que veem na televisão é autêntico; posteriormente, o que assistem na televisão traduz algo que, possivelmente, vivenciarão no “mundo real”. (PEREIRA, 2011, p. 763).

Os convites publicitários não são mais tão direcionados aos pais e sim às crianças. A forma saudável de se desenvolver com brincadeiras, futebol, bonecas, vem sendo substituída cada vez mais pela internet, pela televisão, através de anúncios mexendo com a imaginação com o oferecimento de brindes, ídolos infantis, embalagens diversificadas, guloseimas, fadas etc.

---

<sup>17</sup>Artigo 1º da Lei 9.294/1996: “O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Parágrafo único: Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac”.

<sup>18</sup>Artigo 220 da Constituição Federal do Brasil. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...]§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

Atualmente, a publicidade faz parte da vida das pessoas, presente nos meios de comunicação em massa, como revistas, emissoras de rádio, internet, nos jornais, outdoors, na televisão, entre outros. Num contexto social, é inadmissível o crescimento da publicidade que implique no desenvolvimento intelectual infantil. (CAZZAROLI, 2011, p. 4).

A publicidade dirigida ao público infantil é ampla, com a exposição das crianças nesta rede de consumo feita mediante personagens e marcas, com forte influência exercida sobre as compras da família.

Como se demonstrou, existe uma proteção constitucional aos consumidores, sejam eles pessoas idosas, homens, mulheres, crianças e adolescentes, exatamente por serem vulneráveis nas relações de consumo. E esse direito à dignidade e ao respeito deve ser compreendido amplamente pelo Estado, que possuiu como função o dever-poder de atingir tais finalidades, criadas a fim de garantir aprevenção e a proteção dos seus destinatários, especialmente quanto aos programas audiovisuais e entretenimentos públicos.

### **2.3 Responsabilidade do fornecedor perante o descumprimento da oferta ou da publicidade**

Os termos oferta e publicidade são relevantes em virtude da complexidade cada vez maior das relações sociais, pois estão inseridos e atuam diariamente nos meios de comunicação, por vezes no convencimento à compra ou prestação de serviços oriundos de uma pessoa, seja ela física ou jurídica.

Para ser eficiente, a legislação consumerista deve, por certo, proporcionar instrumentos necessários a uma perfeita e integral recomposição dos prejuízos que eventualmente o consumidor venha a sofrer, como forma justa de manter a igualdade e o equilíbrio social. (GONÇALVES, 2005, p. 400).

Ao tema em questão, o artigo 35<sup>19</sup> do Código de Defesa do Consumidor propõe que, diante do não cumprimento da oferta ou da publicidade veiculada, o consumidor possa

---

<sup>19</sup>Artigo 35 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou

escolher o que melhor lhe convém para ressarcir danos ou eventuais prejuízos sofridos. O fornecedor referido em tal artigo é o que “paga e dirige a preparação e veiculação do anúncio” ou também aquele que “se aproveita do anúncio de terceiro (o comerciante, por exemplo, em relação ao anúncio do fabricante)”. Por vezes, o meio de transmissão também pode ser responsabilizado. (BENJAMIN, 2007, p. 292-295).

O artigo 35 do Código e Defesa do Consumidor demonstra a preocupação perante a boa-fé do consumidor, procurando assegurar o cumprimento da palavra que deve ser honrada nos termos da promessa feita pelo fornecedor. (GONÇALVES, 2005, p. 975).

Rizzato Nunes cita exemplo:

O vendedor de automóveis, faz um anúncio no jornal ofertando certo veículo por preço 10% mais barato que seus concorrentes, e, quando o consumidor comparece ao estabelecimento para adquiri-lo, ele (vendedor) se nega a fazer a venda pelo preço anunciado, a exigência que a lei dá como prerrogativa ao consumidor acaba sendo dirigida ao processo, eis que não há alternativa não ser a judicial já que, o fornecedor não quer cumprir a oferta. (2001, p. 482).

Observa-se que a intenção do legislador, primeiramente, é exigir o cumprimento da oferta, da apresentação ou da publicidade, para que não ocorra a recusa do fornecedor em cumprir com o anunciado. Depois, há a hipótese do inciso I, do artigo referido anteriormente, que abre para o consumidor a possibilidade de exigir o cumprimento forçado. Entretanto, nada garante que o fornecedor cumprirá tal exigência, e, assim sendo, restará ao consumidor a via judicial.

Alternativamente, pode o consumidor aceitar prestação de serviço ou outro produto diferente do que desejava adquirir no início, conforme previsto no art. 35, II do Diploma Consumerista. Rizzato Nunes ressalta que se trata da união de duas condições, ou seja, “o fornecedor se recusa ao cumprimento da oferta, mas oferece outro produto ou serviço no lugar do ofertado”, isto é, o fornecedor oferece uma saída ao consumidor caso ocorra recusa ao cumprimento da publicidade ou da oferta. (2001, p. 484).

Não sendo cumpridos nenhum dos incisos acima, verifica-se uma terceira possibilidade contida no inciso III, do artigo 35 do Código e Defesa do Consumidor,

---

prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

consistindo na rescisão do contrato e ressarcimento das perdas e danos, ou seja, o consumidor pode ajuizar uma “ação de resolução contratual, requerendo a devolução da quantia eventualmente paga”, com as devidas correções, mais perdas e danos. (SILVA, 2008, p. 163).

Portanto, observa-se que a oferta, a apresentação ou a publicidade vinculam o fornecedor ao consumidor, e, para haver responsabilização nos termos apontados, basta que se verifique um descumprimento da oferta ou publicidade.

Tais incisos correspondem, pois, à intenção do legislador em resolver a lide, que foi por certo garantir o direito do consumidor através das três hipóteses distintas, seja de exigir, aceitar ou rescindir. Assim sendo, a norma permite ao consumidor que, em vez de exigir o cumprimento forçado da obrigação ou aceitar a substituição proporcional do produto ou serviço, ele dissolva o contrato e demande perdas e danos, entendida como danos morais e materiais, sendo esses os lucros cessantes e emergentes.

O objetivo do Código não é coibir a publicidade, mas impedir vantagens impróprias de fornecedores que se escoram na vulnerabilidade do consumidor vindo a levá-los mais facilmente ao erro, através de métodos e meios de comunicação.

Nesse sentido é a jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA. COLCHÃO TERAPÊUTICO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. CADASTRO NEGATIVO. **O contrato de compra e venda deve ser resolvido se o produto é devolvido ao vendedor, por não cumprir o prometido ao consumidor. Com o desfazimento do negócio, as partes retornam à situação anterior. Os valores pagos devem ser devolvidos, uma vez que a compra e venda não foi efetiva.** A inscrição do nome do consumidor em cadastro negativo provoca dano, que deve ser reparado. O banco é responsável, uma vez que foi considerado como um dos causadores do dano. CDC, art. 7º, parágrafo único. O valor do dano moral deve ser estabelecido de maneira a compensar a lesão causada em direito da personalidade e com atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No caso, majorado o valor. Apelação do autor provida. Apelação do réu não provida (Apelação Cível Nº 70051239945, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 07/02/2013) (Grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO À PROTEÇÃO DE DIREITOS DE CONSUMIDORES POR ABUSO DE DIREITO, VIOLAÇÃO A DIREITOS E PROPAGANDA ENGANOSA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROCESSO MANEJADO A PARTIR DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. Proibição constante no art. 37, do Código de Defesa do Consumidor: ‘Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. §1º. É enganosa qualquer

modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (...). A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa NO CASO FEITA PELO Ministério Público baseia-se na possibilidade de indução em erro, independentemente de este ter ou não ocorrido. Caso em que ré para angariar alunos induzia os potenciais consumidores em erro, porquanto veiculou, nas listagens dos candidatos dos vestibulares dos anos de 2002 a 2005, nomes de pessoas que sequer teriam sido inscritas para o certame. Publicidade enganosa por comissão. **A publicidade enganosa, quando caracterizada, impõe responsabilidade civil, penal e administrativa, com contrapropaganda para desfazer os efeitos (arts. 56, XII, e 60). Sentença de parcial procedência, com a fixação do valor de R\$ 4.150,00 como reparação de danos morais, além de multa em caso de desobediência.** Sentença confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE (Apelação Cível Nº 70027576750, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/10/2009) (Grifou-se).

Ademais, para o mercado permanecer concorrente com uma dinâmica eficiente, que permita o bem-estar do consumidor a curto e longo prazo, o direito do consumidor mesmo com possíveis falhas, necessitará conter condutas antijurídicas que afastam a liberdade de escolha do consumidor entre as opções disponíveis. (CRAVO, 2013, p. 80).

Grinover argumenta e sugere que a contrapropaganda seria uma forma de proporcionar ao consumidor a realidade correta dos fatos, visando a acabar com o domínio que a publicidade enganosa e abusiva possui, procurando corrigir a informação ilícita exibida. (GRINOVER, 2001, p. 314).

Para Benjamin, a confiança é um elemento importante e necessário nas relações, pois traz a certeza da verdade no anúncio, e é de extrema relevância porque o consumidor fica à mercê do anunciante, que propõe o que quer, da forma que quer e quando quer. Além disso, destaca-se que, no sistema brasileiro, a publicidade “não é a vontade real do anunciante a fonte da obrigação contratual, mas o anúncio em si”. (2007, p. 297-299).

Portanto, quem tem os mecanismos econômicos e técnicos para evitar um erro que possa causar danos é o próprio anunciante, e, assim, deve agir em nome do princípio da boa-fé, haja vista que, em todo o processo publicitário, o consumidor é a parte vulnerável e tem a seu favor o princípio da reparação.

### **3 (A PROTEÇÃO DO) CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE SUBLIMINAR**

Como se disse, há grande relação entre a sociedade de consumo e a publicidade. Ocorre que, em alguns momentos, a publicidade pode não ser percebida pelos olhos do consumidor, e, ainda assim, será capaz de influenciar no comportamento. Trata-se da chamada publicidade subliminar, também conhecida como invisível ou simulada.

Essa modalidade é capaz de ditar condutas ou induzi-los, por meio de estímulos no subconsciente, através de uma mensagem subliminar, ativada no momento certo e oportuno, e se dá com o uso de palavras, sons, imagens e até mesmo aromas.

E, exatamente por isso, faz-se interessante observar como o cérebro humano reage a esses tipos de estímulos. Além disso, também será analisada aqui a publicidade enganosa e abusiva, que, juntamente com a subliminar, perfazem as três espécies da publicidade ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.1 As funções da mente no comportamento do consumidor**

Os consumidores têm muitas opções de compra hoje em dia. E quase todas as grandes empresas pesquisam, através de profissionais, com detalhes as decisões de compra dos seus clientes para saberem o que eles compram, onde, como, quando, porque e quanto compra.

Conhecer o funcionamento do inconsciente humano é de fundamental importância para compreender a técnica da mensagem subliminar, que por princípio, atua diretamente no inconsciente, sem que haja percepção de suas influências.

O ponto de partida é o modelo de estímulo e a resposta surge no comportamento do consumidor, posto em prática ao lidar com a emoção, utilizando-se de técnicas que atuam em motivações, muitas vezes, não conscientes do indivíduo, provocando reações inconscientes,

“bastante comum no Brasil, sobretudo na programação televisiva, tais como novelas, programas de auditório, entre outros.” (MIRAGEM, 2012, p. 390).

Entre as inúmeras formas e métodos, encontra-se a persuasão inconsciente, que tenta influenciar determinado público sem que haja percepção da mensagem transmitida, através de técnicas comunicacionais. Muitas pesquisas são feitas sobre a influência que as imagens, os sons, e as cores usadas na comunicação podem exercer controle nos receptores, agindo abaixo do limiar da consciência. Sensações despertadas por meio de capas de revistas, embalagens, livros, enfim, utilizando-se de símbolos. (CALAZANS, 1992 p. 70-77).

Profissionais de áreas publicitárias estão cada vez mais atentos ao comportamento, objetivos e feições do consumidor, como por exemplo, idade, gênero, características psicológicas, e estilo de vida. Isso significa que os profissionais nos dias de hoje estão muito mais sintonizados com as necessidades e desejos de diferentes grupos de consumidores que em tempos passados. (SOLOMON, 2011, p. 70-71).

A publicidade age diariamente com o ser humano através de mensagens com estímulos que atuam de forma impensada, utilizando-se de mecanismos para persuadir um determinado público e obter resposta através de efeitos subliminares. O receptor a recebe conscientemente, mas, não é advertido, sendo induzindo a desejos, sentimentos e comportamentos. Calazans comenta que são usados como estímulos o produto, preço e promoção. (1992, p. 71).

Primeiro, as qualidades influem o consumidor de modo a perceber e reagir ao estímulo, depois a uma decisão a ser adotada que afeta seu comportamento, como diz Walter:

[...] o cérebro é como uma câmera de filmar que sensibiliza e coordena milhões de fotogramas por segundo. O sistema de impressão é um desses fotogramas - parado sobre o qual a percepção e o pensamento simbólico do homem se desenvolvem. A mente do homem impõe sobre variadíssimo fluxo energias um modelo estático – atrasado em anos, mantido válido somente pelo lento processo de condicionamento e associação. (1962, p. 36).

As mensagens subliminares para serem mais bem captadas e mais eficazes utilizam-se de imagens, com maior aproveitamento quando presente nos programas televisivos, novelas, desenhos infantis, quando o mecanismo de defesa do consumidor estaria indefenso.

As compras do consumidor são altamente influenciadas pelas características culturais, sociais, pessoais e psicológicas, capazes de influenciar através da motivação e percepção. As pessoas têm muitas necessidades, algumas são biológicas, outras originadas de estados de tensão como fome, sede ou desconforto. Outras são psicológicas, originadas de necessidades de reconhecimento, de autoestima ou de relacionamento, necessitando ser satisfeito.

Para Dualibi as funções do cérebro humano e a mente operam da seguinte forma depois de motivada a pessoa está pronta para agir, por exemplo, duas pessoas na mesma motivação e na mesma situação pode agir de formas diferentes porque não percebem a situação de forma igual. (2000, p. 38).

Portanto, percebe-se que informações são recebidas por todos através de nossos cinco sentidos: visão, audição, olfato, tato e paladar, contudo, ao recebê-los, organizamos e interpretamos esses elementos sensoriais de forma singular.

Conclui-se que a publicidade ao veicular um anúncio possui várias formas de transmissão, seja ela auditiva ou visual, algumas com intenção de iludir nossa mente, algumas se encontram abaixo da apreciação e sensatez humana, agindo pelo subconsciente, através de um poder hipnótico, influenciando no comportamento, nas ações e decisões.

### **3.2 Publicidades ilícitas**

A publicidade chega a muita gente através de seu ponto forte que é a audiência dos meios de comunicação que apresentam uma marca ou uma imagem de certo produto ou serviço. Os consumidores, frequentemente, veem a publicidade como algo intrusivo, mas ela deve ter limites, visto o elevado número de anúncios que contém ilicitude em seu conteúdo.

Para Coelho há três espécies de publicidade ilícita no direito brasileiro, a enganosa que “induz o consumidor em erro, afirmando falsidades ou sonegando informações essenciais” ao conteúdo do anúncio, a abusiva em que valores socialmente aceitos são apagados com fins simplesmente comerciais, e por fim a simulada ou subliminar que tem seu estilo publicitário camuflado para que seu destinatário não perceba a finalidade promocional inerente à mensagem transmitida. (2012, p. 384).

Os itens que seguem analisarão essas espécies, sendo que a publicidade subliminar receberá especial enfoque.

### **3.2.1 Publicidade enganosa e publicidade abusiva**

O Código de Defesa do Consumidor incorporou ao ordenamento jurídico as definições que regulamentam a publicidade enganosa e a publicidade abusiva no art. 37, §1º, e § 2º<sup>20</sup>. As informações são passadas através da publicidade, devendo esta estar devidamente fiscalizada, para haver uma relação equilibrada entre as partes.

A publicidade enganosa possuiu como uma das características a possibilidade de induzir o consumidor a erro, não necessariamente de maneira efetiva, apenas que induza em erro seus destinatários, sem necessidade de que tal erro se consume, o dano torna-se apenas um mero adereço. (CHAISE, 2001, p. 33).

Para Benjamin, inicialmente, é importante identificar os dois tipos de publicidade enganosa: por omissão e por comissão; na primeira, o anunciante deixa de afirmar algo condescendente, ou seja, deixa de dizer algo que é; na segunda o consumidor é induzido em erro. O consumidor tem direito de ordem pública a não ser enganado através de alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras. (2012, p. 238-239).

Assim, quando os dados são omitidos sobre o que está sendo anunciado, de modo que, se o consumidor soubesse, não compraria, será omissiva; já quando afirma ou atribui qualidade inverídica que o produto, na realidade, não possui, será comissiva.

É enganosa a informação de caráter publicitário parcial ou inteiramente falsa que, através de produtos e serviços oferecidos, induz em erro seja nas características qualidade, quantidade, origem, preços ou natureza. Não sendo essa a verdade, a realidade, o consumidor

---

<sup>20</sup> Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º 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”.

acha estar numa situação, mas, de fato está noutra completamente diferente, trata-se de publicidade enganosa. (RIZZATO NUNES, 2004, p. 465).

Nesse sentido, a jurisprudência:

Consumidor. Publicidade enganosa. Anúncio de curso de 'leitura dinâmica' garantindo resultados inatingíveis. Direito à restituição dos valores pagos pelo curso. Dano moral caracterizado. **Sendo legítima a expectativa do autor de que obtivesse, através de programa integral de leitura oferecido pelo réu, condições de ler 2.000 palavras por minuto, com 100% de retenção, e vendo frustrada tal expectativa pela inatingibilidade da meta prometida, responde o réu pelos prejuízos causados. Publicidade enganosa**, permitindo a leitura de '200 páginas em 20 minutos com 100% de compreensão e retenção'. Indenização dos danos materiais equivalentes aos valores despendidos com o curso e fixação da indenização dos danos morais em quantia módica (ementa extraída do Recurso Inominado n. 71002666576, de relatoria do eminente Dr. Ricardo Torres Hermann). Recurso provido (TJRS – Recurso 32258-24.2010.8.21.9000, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Leandro Raul Klippel – j. 27.01.2011 – DJERS 08.02.2011) (Grifou-se).

CONSUMIDOR. AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM DURÁVEL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VÍCIO DE PRODUTO. **PUBLICIDADE ENGANOSA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM MANTIDO.** Trata-se da compra de uma televisão que não apresentou as características que o consumidor teria visto em publicidade na loja. Além disso, o televisor apresentava um barulho intermitente, e que, embora tenha sido enviada à assistência técnica, o mesmo permaneceu. O ônus de comprovar a não veiculação da publicidade enganosa é da ré, conforme preceitua o art. 38, do CDC. Não se desincumbindo do ônus dessa prova, a teor do que estabelece o art. 333, II, do CPC, cabível o desfazimento do negócio. A preliminar de decadência, por se tratar de vício de aparente ou de fácil constatação, não prospera. A reclamação iniciou seis dias após a compra, restando, assim, obstaculizado o prazo decadencial até a resposta do fornecedor, a qual se mostrou inexistente quando do ajuizamento da presente ação. No que se refere à ausência de envio do produto à assistência técnica, tampouco merece ser acolhida. Mesmo após ter sido o técnico da assistência chamado por duas vezes, o televisor continuou a apresentar o barulho. No que tange ao dano moral, as funções punitiva, dissuasória e reparatória são sopesadas como critério para a fixação do quantum indenizatório, sendo desnecessário discriminar o valor de cada dano. Em relação ao quantum indenizatório fixado pelo Juízo de origem, tenho como adequado o valor de R\$3.000,00, em obediência aos parâmetros utilizados pelas Turmas em casos análogos. Sentença que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/95. SENTENÇA MANTIDA (TJRS-Recurso Cível Nº 71004271730, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 27/06/2013) (Grifou-se).

Para Chaise, a proibição da transmissão de publicidade falsa vem consagrar o princípio da veracidade tendo em vista que o produto não se apresentou em sua verdade integral. Afirma também que:

Para determinar se a publicidade é enganosa ou não, deve-se tomar como parâmetro o 'consumidor médio', e conceito mutável e de difícil definição, tendo em vista que o público alvo da mensagem publicitária não é sempre o mesmo. A alegação falsa pode ser claramente mentirosa para os consumidores bem informados e atentos, mas seu caráter enganoso não é suprimido em face dos consumidores desinformados, inexperientes ou menos atentos. (2001, p. 35).

Para Pasqualotto, o “consumidor médio” carrega um mínimo de inteligência, discernimento e espírito crítico; em meio a todos os aspectos novos de informação que surgem diariamente, o consumidor é perfeitamente consciente de tais informações, não devendo a lei, portanto, “proteger os fracos de espírito”. (1997, p. 122-123).

Porém, para J. Silva, a enganabilidade independe do grau de instrução do consumidor, ou seja, é uma mensagem falsa, inteira ou parcial, por omissão ou comissão, vindo a trazer, como já dito, prejuízo econômico ao consumidor. E, como exemplos de publicidade enganosa, traz a “oferta da publicidade inferior ao valor real da mercadoria; oferta de bem não disponível no estoque”, prejudicial ao consumidor. (2004, p. 147-148).

Há anúncios que usam de estratégias para envolver o telespectador ou o leitor, não propiciando uma eventual compra de maneira segura. Pode-se dar como exemplo o termo “liquidação”, com o propósito de levar o comprador até o local da venda; ou as palavras “grátis”, “nada igual”, “único”, com o objetivo de causar um impacto e levar o consumidor a agir pelo impulso. Isso se pode dar também através de ofertas, mediante a apresentação de cupons, dentre diversas outras mais, todas com o objetivo de induzir o consumidor ao erro. (ALMEIDA, 2003, p. 116-117).

Por vezes, o anúncio tem a intenção ou a capacidade de enganar, encontrando-se nele a “essência do desvio, [...] a negligência, ou mesmo o descumprimento de um dever contratual ou para contratual.” Portanto, mesmo não havendo a intenção de enganar, mas contendo ilicitudes, será uma prática enganosa, porque a mensagem publicitária estaria agindo perante a vulnerabilidade do consumidor. (BENJAMIN, 2012, p. 240-241).

A publicidade abusiva encontra-se no §2º, do art. 37,<sup>21</sup> do Código de Defesa do Consumidor e, com ela, abrem-se novos horizontes, como, por exemplo, o respeito ao meio ambiente, à criança, à segurança, aos deficientes de informação, até mesmo à sensibilidade do consumidor. Essa, ao contrário da enganosa, não agride o bolso do consumidor, não lhe causando perda econômica. (BENJAMIN, 2007, p. 350).

Para Chaise, “o abuso de direito pressupõe a existência de direito exercido de forma excessiva, irregular, que causa dano a outrem.” Assim, devendo ser moldado pelos aplicadores do direito em tentar coibir a prática “atentatória” aos bons costumes, liberdades individuais, preceitos morais. (2001, p. 39).

Considera-se abusiva a publicidade que desviar de qualquer dos princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor e que configuram o abuso do direito. O direito do qual se abusa é o da manifestação do pensamento, direito este positivado não só pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas também pela Constituição Federal. Ocorrendo, por exemplo, o desvio da função econômica ou social, ou a incompatibilidade com a boa-fé, encontrar-se-á diante da publicidade de abuso, “que deve ser coibida”. (FERNANDES NETO, 2012, p. 153-166).

Ela se resume numa publicidade “antiética”, que punge valores sociais fundamentais, não sendo consumidor apenas aquele exposto, mas toda a população atingida pelas práticas, em especial as abusivas. Além de proibir e responsabilizar a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu art. 39,<sup>22</sup> uma

---

<sup>21</sup>Artigo 37 Código de Defesa do Consumidor: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

<sup>22</sup>Artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial; IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços; XI -Dispositivo incluído pela, transformado em inciso; XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento”.

lista de práticas comerciais proibidas. (MARQUES, 2006, p. 808-811). Sobre o tema, coleciona-se a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. COLCHÃO MAGNÉTICO. PROMESSA DE BENEFÍCIOS MILAGROSOS. PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA. ATO ILÍCITO. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE. DEVER DE INDENIZAR. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. - MÉRITO - A relação jurídica travada entre as partes é tipicamente de consumo, pois os autores, na condição de consumidores, sustentam que foram lesados por conduta ilícita praticada pela ré, na condição de fornecedora de produto (TJ-RS - AC: 70050974161 RS , Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 24/10/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/10/2012).

Cita-se, a título de ilustração, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “o qual considerou ser abusiva uma publicidade que incitava as crianças à destruição de tênis velhos, os quais deveriam ser substituídos por outros novos”, a mesma se privilegiava da inocência das crianças. (apud TARTUCE, 2013, p. 360):

AC Pública. Publicidade abusiva. Propaganda de tênis veiculada pela TV. **Utilização da empatia da apresentadora. Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo tênis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida.** Ofensa ao art. 37, § 2o, do CDC. Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de contrapropaganda e multa pelo descumprimento da condenação. Contrapropaganda que se tornou inócua ante o tempo já decorrido desde a suspensão da mensagem. Recurso provido parcialmente (TJSP – Apelação Cível 241.337-1, São Paulo – Terceira Câmara de Direito Público – Rel. Ribeiro Machado – j. 30.04.1996) (Grifou-se).

Esse tipo de publicidade não causa necessariamente perdas econômicas à coletividade, mas, danifica valores ligados à ética, vindo a causar dano moral, por ser capaz de induzir o consumidor, por vezes de forma prejudicial.

Na prática, dificilmente ocorre a configuração da publicidade abusiva, pois, nos últimos tempos, houve um aumento de conscientização das empresas em relação à sua

vedação. Porém, se ocorrer o abuso de direito, “devem ser impostas as amplas sanções estabelecidas pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”. (TARTUCE, 2013. p. 363).

É abusiva a publicidade que discrimina o ser humano a qualquer pretexto ou ângulo (condição social, raça, sexo), ou também se utiliza da superstição; admite ou instiga a violência; que explore o medo, com desígnio de impedir que se crie um estado de pânico nos consumidores. Como exemplo tem-se o caso “de um fornecedor de botes infláveis anunciar uma enchente iminente que não existe.” No entanto, não é explorar o medo demonstrar os riscos a que são expostos na utilização de tal produto, como preservativo em tempos de AIDS, desde que não extrapole os confins da educação. (JACOBINA, 1996, p. 97).

Constitucionalmente, impõe-se também como dever proteger a criança da exploração publicitária. Assim, a mensagem dedicada ao público infantil deve ser digna, legítima e clara. Abusos desse tipo devem ser reprimidos. Fernandes Neto menciona como exemplos de publicidade abusiva contra crianças:

[...] uma empresa de brinquedos que anunciava um avião, dando a nítida impressão para o público inocente – através de efeitos especiais – de que realmente podia o pequeno aeroplano voar, enquanto nunca saíria do chão, a não ser com o auxílio de mão de um pequeno consumidor [...], outro caso, igualmente lamentável, foi o do ‘Tele-Papai-Noel’, que conseguia incutir nos infantes a crença de que, utilizando-se de um determinado número de telefone (0900), poder-se-ia falar com o Papai Noel. [...] a mensagem publicitária pertinente ao título de capitalização denominado ‘Papa-tudo’, cuja publicidade destinava-se especificamente as crianças; aliás, denominava-se ‘Papa-tudo mês da criança’, sendo protagonizada por duas crianças cantando. Dirigiu-se, assim, uma campanha publicitária de títulos de capitalização para a criança. Ora, utilizar-se de duas crianças para fazer tal publicidade, incentivando o público infantil a compra de títulos de capitalização- de rentabilidade duvidosa-, com certeza afronta as vetustas disposições de código. [...] todas utilizam as crianças para fazer pressão sobre seus pais, com a finalidade de aquisição do produto veiculado. (2012, p.163-166).

A publicidade movimenta o mercado de consumo, e o usa para atrair consumidores na utilização de produtos ou serviços oferecidos pela mídia, porém para tal publicidade não vir a se tornar abusiva ou enganosa perante o consumidor, ela deve respeitar os princípios básicos, bem como o comportamento e o discernimento das partes, levando também em conta apegos difundidos pela coletividade em geral.

### 3.2.2 Responsabilidade pela prática destas publicidades

O fornecedor que divulgar publicidade enganosa ou abusiva será responsabilizado em três esferas: a cível, a administrativa e a penal.

Verifica-se que “a sanção civil consiste na indenização dos danos, materiais e morais, decorrentes da veiculação ilícita”. A mesma independe de culpa ou dolo para ser caracterizada, pois, ainda que o fornecedor não tenha agido com a intenção de enganar ou ofender os valores sociais, responderá na esfera civil. (COELHO, 2012, p. 415-417).

Perante a esfera administrativa, Coelho resalta que o anunciante deve sujeitar-se à contrapropaganda, ou seja, é uma “sanção determinada pelo Poder Executivo, em qualquer nível, pela qual se obriga o anunciante a divulgar anúncio capaz de desfazer a lesão decorrente da enganiosidade ou abusividade”. O seu cumprimento é uma maneira hábil de sanção, pois, deve ser prestada pelo mesmo meio de comunicação, local e horário. Destarte, se o fornecedor não proceder de acordo com o que prevê o Código e Defesa do Consumidor, deve haver a “proibição da publicidade de todos os produtos e serviços do fornecedor” até o momento que seja dado seu cumprimento. (2012, p. 417-418).

Ressalta-se que, o fornecedor deve preocupar-se em ficar atento com o que está sendo veiculado, como também à mensagem que venha a ser transmitida, tendo em vista que, ao desrespeitar a publicidade, pode ser sancionado na forma prevista no artigo 56<sup>23</sup> do Código e Defesa do Consumidor, que impõe, por exemplo, como pena, a contrapropaganda ou a multa. (BESSA, 2008, p. 88).

Para Diniz, a contrapropaganda como pena administrativa é uma forma utilizada “sempre as expensas do infrator [...], que desmentirá as qualidades do produto ou serviço”, que foi anunciado. É uma maneira de desfazer o malefício que a publicidade enganosa ou abusiva tenha causado. (2012, p. 504).

---

<sup>23</sup>Artigo 56 do Código e Defesa do Consumidor: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade, XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.”

Para efeitos penais, necessita-se da presença do dolo. Para isso, importante citar os artigos 67<sup>24</sup>, bem como o 68<sup>25</sup>, do Código e Defesa do Consumidor, que definem ser crime a publicidade enganosa e abusiva, em que o anunciante sabe ou deveria saber, com pena maior os que forem prejudiciais à saúde ou segurança do consumidor. Para Coelho, “apenas se caracteriza o ilícito penal, se o anúncio é feito por fornecedor e dirigido ao consumidor”, com dolo. (2012, p. 422-424).

Portanto, a publicidade enganosa e a abusiva ofendem a sociedade, seus valores, costumes, afetam a percepção da criança, afastando-se de sua real finalidade social. Diante disso, ocorre a responsabilização nas três órbitas da responsabilidade: a criminal, administrativa e a civil. A coletividade possui o direito e o dever de “providenciar a resposta penal dos responsáveis [...], inclusive ação que obstaculiza a propaganda e procedimento administrativo que objetive a necessária multa e contrapropaganda”. (FERNANDES NETO, 2012, p.217).

Com isso, uma vez constatada a lesão ao consumidor pela ilicitude da publicidade enganosa ou abusiva, surge a necessidade de coibição, exatamente por aquele ser o polo mais vulnerável e fraco da relação consumerista. A publicidade, ao tornar-se lesiva, mesmo não tendo atingido os efeitos pretendidos, mas, presumindo-se o dano, será passível de aplicação de punição ao responsável da tal conduta.

### 3.2.3 Publicidade subliminar

Para discorrer sobre a publicidade subliminar, analisa-se a relação consumerista sob os seguintes aspectos: condição de vulnerabilidade do consumidor, garantia do princípio da boa-fé e da transparência.

Para Coelho, a publicidade subliminar é proibida indiretamente pelo Código e Defesa do Consumidor, já que, na redação do artigo 36,<sup>26</sup> prescreve-se a fácil e imediata identificação

---

<sup>24</sup>Artigo 67 do Código e Defesa do Consumidor: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.”

<sup>25</sup>Artigo 68 do Código e Defesa do Consumidor: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.”

<sup>26</sup>Artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços,

de mensagem pelo consumidor, e, na subliminar, ela não é identificada. Sua natureza não pode ser disfarçada ou oculta, ocasião em que o consumidor deve ter plenas condições de se posicionar perante as informações transmitidas. (2012, p. 384).

A publicidade subliminar afronta o direito de liberdade de escolha, já que visa a persuadir o inconsciente do pensamento humano, e, como se nota, nem todo consumidor possui conhecimentos específicos sobre o que está adquirindo. No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito subliminar possuiu vários sinônimos para a publicidade subliminar, como invisível, simulada ou oculta. O vocábulo subliminar significa, pelo estudo científico, o que está “abaixo do nível consciente”. (FERNANDES NETO, 2012, p. 168-170).

Conforme Coelho, a publicidade subliminar é a que traz um disfarce em seu anúncio, assim sua intenção promocional inerente à mensagem não é percebida pelo seu destinatário, sendo sua presença forte especialmente em meios de comunicação. Pressupõe-se que o consumidor perante tal publicidade é vulnerável, haja vista que a mesma deve ser de fácil e imediata identificação. (2012, p. 384-385).

Na opinião de Pasqualotto, a publicidade subliminar

[...] não é propriamente comunicação; é manipulação. [...] A publicidade normalmente exerce seu poder de persuasão sobre o estado consciente da mente. Mas também pode atuar diretamente no estado subconsciente (ou inconsciente, como preferem os psicólogos). Os estímulos seriam tão fracos ou de duração tão efêmera, que escapariam à percepção da consciência, mas suficientemente poderosos para influenciar o comportamento. (1997, p. 90).

Publicidade subliminar é aquela formada com técnicas típicas, introduzindo mensagens nas pessoas através de incitações não notadas, com a “finalidade de persuadi-las a um determinado comportamento” em que o ouvinte telespectador seria capaz de perceber a nível consciente. (CRUZ, 2010, p. 26).

O efeito subliminar teria começado em 1950, nos Estados Unidos da América, em que, num cinema projetava-se, mediante fixação de mensagens de 0,5 segundos no filme “Picnic”, mensagens que estimulavam o consumo, oferecendo “fotogramas com ‘Coma Pipoca’ e ‘Beba

Coca-Cola'. Pesquisas da época afirmaram que as vendas desses produtos subiram significativamente.”. (CHAISE, 2001, p. 15).

Posteriormente em 1987, “na França, o canal de televisão Antena 2 inclui no número 2 de sua sigla uma série de imagens imperceptíveis a olho nu, dez das quais eram do Presidente da República”. Depois dessa exposição, um cidadão sentiu-se ofendido e decidiu entrar na justiça, e o efeito subliminar foi detectado. (PASQUALOTTO, 1997, p. 90).

Depois da crise da Segunda Guerra Mundial, o consumo da sociedade volta a subir e produtos, como veículos, refrigerantes, roupas e eletrodomésticos ganham forças com as campanhas publicitárias apresentadas nas rádios. Ocorreu, assim, um aumento da produção e do consumo, com um impulso no desenvolvimento de tais técnicas publicitárias. Consequentemente, houve o crescimento do mercado publicitário.

Surge, assim, uma infinidade de atrativos sonoros e visuais, que não estimulavam num primeiro momento, mas, com sua repetição, o cérebro acabava gravando, em seu subconsciente, anúncios que vinculavam mensagens de marcas apenas por alguns segundos, mas que, no momento da compra, vinham a aparecer espontaneamente na consciência dos consumidores. (RODYCZ, 1993, p. 58-68).

Pode-se citar como técnica publicitária subliminar atualmente utilizada a “reportagem publicitária”, sendo frequente em revistas, periódicos, internet, ou também na televisão ao tratar assuntos de interesse geral, mas que de fato escondem a promoção dos produtos com certa sutileza, não perceptível diretamente. Ademais, Coelho traz como exemplo uma matéria jornalística que trata a respeito:

a mudança nos hábitos alimentares da população, mas a sua leitura acaba sugerindo a plena adequação de certo restaurante aos novos hábitos noticiados. Os encartes ou cadernos dos periódicos voltados ao lazer contêm muita publicidade oculta dessa natureza [...], devendo os editoriais informar os leitores acerca das circunstâncias em que a reportagem foi realizada, distinguindo com clareza absoluta as mensagens publicitárias eventualmente nela contidas. (2012, p. 385).

Considera-se subliminar tudo o que for “mascarado ou camuflado pelo emissor” é propaganda subliminar, ou seja, aquela publicidade “maquiada,” produzindo uma

impregnação de informações, que normalmente são aceitas de maneira impensada, ou seja, de forma “indireta”. (FERNANDES NETO, 2012, p. 171).

A publicidade simulada pode ser veiculada em diferentes meios de difusão como, por exemplo, televisão, rádio, internet, jornais; abrangendo um variado grupo de consumidores, seja o dos mais idosos, através de periódicos ou filmes; ou quem sabe muito mais o público infantil, com anúncios publicitários televisivos, por exemplo. (OLIVEIRA, 2011, p.2).

Ademais, no Brasil, com o passar do tempo, houve um grande aumento na inserção de mensagens publicitárias no transcorrer de filmes, peças teatrais, programas de televisão e, principalmente, em novelas, de modo a chamar a atenção dos consumidores. Para um melhor entendimento, Coelho sugere que “a cena da telenovela, [...], deve-se ser produzida com a preocupação de se revelar claro [...], o intuito publicitário da referência ao produto ou serviço nela contido”. (2012, p. 386).

Para Benjamin, uma maneira de equilibrar os interesses de mercado com a defesa do consumidor seria esclarecer ao consumidor, no início e no fim da aparição, em programas televisivos, filmes, peças teatrais, dentre outros, que os produtos que foram exibidos não apareceram de forma despropositável, mas sim, de uma ação publicitária. Desse modo, haveria um equilíbrio entre os interesses de mercado e a defesa do consumidor. (2012, p. 237).

Contudo, Chaise ressalta que o consumidor cria mecanismos de resistência em face de anúncios visíveis, e não seria possível reconhecer o atendimento, nessa prática, pela falta de transparência nas informações repassadas:

Propaganda subliminar é aquela que pretende atingir o subconsciente, sendo a mensagem projetada a uma velocidade tão rápida que não chega a ser perceptível conscientemente. No momento da compra, o produto aflora no nível da consciência, como se fosse uma escolha espontânea. [...], merchandising é a apresentação dos produtos no vídeo, em áudio, ou em artigos impressos em sua situação normal de consumo, sem a declaração ostensiva da marca. Essa técnica de veiculação de mensagens comerciais dissimuladas tem maior penetração que os anúncios propriamente ditos, pois o consumidor consciente cria mecanismos de autodefesa aos anúncios ostensivos, ao passo que ver, por exemplo, em uma novela de televisão o artista consumindo um produto em clima de neutralidade induz o consumidor a utilizar o mesmo produto. (2001, p. 15).

Esse tipo de publicidade insulta o princípio da clareza, e é “portanto, ilícita”, (JACOBINA, 1996, p. 89). Toda mensagem subliminar, seja ela em sentido estrito ou amplo, será “antijurídica, mesmo que seus estímulos não causem o efeito esperado.” (FERNANDES NETO, 2012, p. 172).

Outro exemplo de técnicas ilícitas da publicidade subliminar refere-se a certos métodos utilizados nas vendas em lojas ou supermercados em que se relaciona sutilmente a forma de localização, apresentação ou colocação de tais itens de modo que fiquem à altura dos olhos dos consumidores no corredor, ou nas proximidades do caixa, chamando a sua atenção. (COELHO, 2012, p. 386).

Para Gama, a publicidade subliminar ou “como a que se encontra sobre névoas”, ou seja, aquela capaz de conduzir seu público alvo a comportamentos diversos daqueles que tivessem plenamente conscientes, são formas de vendas desonestas, visto que são, para os fornecedores, o objetivo de ampliação dos seus negócios. (1999, p. 81).

Essa publicidade afronta, assim, o princípio da boa-fé, da clareza e da transparência por não conter em seu caráter a veracidade e a correção necessárias para o consumidor poder identificá-las, haja vista que possui seu direito de livre escolha ferido, lesando o bom senso do consumidor.

É direito fundamental garantido no campo das relações de consumo o princípio do direito à informação e da identidade obrigatória da mensagem. Logo, afrontando-se tais princípios com a publicidade subliminar, há lesão não apenas ao consumidor, que tem seu direito de escolha lesado, mas também de toda a sociedade, que fica submetida a comportamentos que desrespeitam a boa-fé legitimamente esperada por todos.

### **3.3 A responsabilidade ou não da publicidade subliminar**

Percebe-se, cada vez mais, que se vive numa sociedade presa aos meios de comunicação, e, por conseguinte, os indivíduos estão sujeitos ao acoplamento de vários tipos de publicidade, os quais, mesmo quando mal utilizados, acabam decisivamente influenciando atitudes do receptor.

O artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor traz o princípio da identificação obrigatória da mensagem, com procedência no pensamento de “que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor”, com o objetivo de ceder algum produto ou serviço. Serve-se, assim, a coibir a chamada “publicidade subliminar que no sistema do Código de Defesa do Consumidor seria considerada prática de ilícito, civil e mesmo penal.” (MARQUES, 2006, p. 802).

Ainda que não trate de forma expressa a publicidade subliminar, Oliveira sustenta que existem diversas leis que

[...] proibem de forma mediata a utilização de mensagens veiculadas de forma a transmitir ao consumidor conteúdo oculto que interfira em seu modo de pensar e agir como exemplo da Constituição Federal, Código de Ética dos Publicitários e do próprio Código de Defesa do Consumidor quando estabelece direitos básicos do consumidor e princípios que regem as relações de consumo. (2011, p. 3).

Verifica-se, que a boa-fé na opinião de Efing, é “regra de conduta entre as partes”, atuando conforme certos parâmetros de probidade e fidelidade, a fim de estabelecer sensatez nas relações de consumo, logo, que a publicidade “invisível é antiética”, uma vez que não é proba. (2012, p. 105-106).

Todavia, a natureza da mensagem publicitária não deve ser oculta ou disfarçada ao consumidor, já que, frente a tais informações fornecidas, deve ter plenas condições de se posicionar.

Contudo, essa realidade não possuiu sanções específicas contra o anunciante que a promove, pois o legislador omitiu-se ao não tipificar tal prática. Na esfera penal, inexistente norma aplicando sanção à publicidade subliminar. Igualmente, o “artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor, ao eleger os pressupostos da imposição da contrapropaganda, cogita apenas da publicidade enganosa e abusiva, não fazendo referência a outras modalidades de ilícito publicitário”. (COELHO, 2012, p.387).

Dessa forma, não se pode aplicar contra o anunciante da publicidade subliminar, ou seja, a sanção administrativa, visto que é apenas aplicada à publicidade abusiva e a enganosa.

Ademais, a responsabilidade civil em consequência da prática subliminar oferecida ao consumidor, também não é posta na lei de modo expresse. Para fundamentar, utilizar-se-ia o

artigo 927<sup>27</sup> do Código Civil, e, neste caso, dependeria da prova de culpa, pois a “sem culpa civilmente” não responde por eventuais danos, não havendo, pois, responsabilidade acerca da ilicitude da publicidade subliminar. (COELHO, 2012, p. 387).

Uma notícia amplamente divulgada foi a referente à multa de R\$ 14 milhões de reais por danos morais, mais a contrapropaganda, usadas para dissolver a ação ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal em face de “Souza Cruz, Standart Ogilvy & Mather e Conspiração Filmes e Entretenimento, confinadas [...] por veicular propaganda subliminar incentivando jovens a consumir tabaco. A decisão é do juiz da 4ª Vara Cível de Brasília, Robson Barbosa de Azevedo,” fato este ocorrido no ano de 2004. (CONSULTOR JURÍDICO, 2006, p. 1).

A propaganda do cigarro revelava um intenso apelo e encanto ao público infanto-juvenil, com o contexto do anúncio dedicado nitidamente aos adolescentes. O valor da indenização fora destinado à reconstituição dos lesados. Porém, percebe-se que o fato ocorreu muito tempo atrás, e, como forma de punição, aplicou-se a regra da publicidade enganosa e abusiva de ilícito administrativo que foi a contrapropaganda, ou seja, não houve uma sanção especificada publicidade subliminar.

A legislação brasileira ainda não impediu designadamente a publicidade subliminar. Todavia, estava em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5047, de 2001, do deputado João Hermann Neto, que modificava o Código de Defesa do Consumidor, proibindo a veiculação de publicidade contendo mensagem subliminar. (OLIVEIRA, 2011, p. 3).

O deputado João Hermann, autor do projeto, procurava balizar a mensagem subliminar e “evitar também algumas práticas antiéticas na publicidade”. Foram feitas mais algumas tentativas de projetos, como o do deputado Walter Brito Neto, pelo Projeto de Lei nº 4.068/2008, mas igualmente sem êxito, já que ambos os projetos foram arquivados. (CRUZ, 2010, p. 29).

O veto foi fundamentado em “pretensa obscuridade e imprecisão do tipo, de que decorreria vício de inconstitucionalidade por desrespeito ao princípio da reserva legal”. Coelho considera criticável o veto, tendo em vista que “inquestionavelmente contribuiria na superação de eventuais imprecisões”. Ocorre, portanto, inexistência da tipificação a publicidade subliminar. (2012, p. 387).

---

<sup>27</sup> Artigo 927 do Código civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Sendo assim, como já qualificada, a subliminar é uma forma de publicidade que explora a vulnerabilidade e a iniquidade do consumidor. Contudo, é um evento que não possui legislação específica, nem tampouco é proibida expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo frequente que o ambiente publicitário utilize para a promoção de produtos e serviços. (REBÊLO, 2012, p. 39).

Os métodos convincentes são perigosos se utilizados irresponsavelmente, pois são fruto de uma sociedade extremamente capitalista, em que “os anunciantes e agências raramente respeitam os valores éticos [...]”, utilizando-se de todas as “estratégias e meios inescrupulosos, para chegar ao seu fim, ou seja, a venda do produto ou serviço.” (SILVA, M., 2004, p. 9).

A publicidade subliminar tem a “duração equivalente a milionésimos de segundo”. Em razão deste curto tempo, ela é perceptível apenas no seu inconsciente, e sua “eficácia é altamente questionável pelos especialistas da área.” (COELHO, 2012, p. 385).

Na opinião de Efig, como não há regra específica para proibir a publicidade subliminar, os agentes publicitários devem guiar-se com base na ética publicitária, não agindo em desacordo com a lei, pois essa técnica fere a livre concorrência, manuseando a vontade do consumidor, sendo ele o principal responsável pela transformação da realidade social. (2012, p. 108-112).

Dessa forma, para que os consumidores não sejam prejudicados pela publicidade subliminar por meio de suas práticas ilícitas, o Direito precisa disciplinar tal prática, uma vez que esse desenvolvimento de publicidade é muito utilizado conforme demonstrado, por ser mais eficaz e rápido para o fornecedor vender seu produto ou serviço.

Destarte, diante da verificação da condição de vulnerabilidade do consumidor, deve-se primar pelo consumo consciente, através de uma economia que atenda à dignidade da pessoa humana, à concorrência leal, aos princípios da boa-fé e da transparência e também às práticas lícitas de publicidade.

A publicidade “dissimulada ou oculta infringe as normas” do direito básico do consumidor de ter informação clara, adequada, e de boa-fé. Sustenta-se que a ética publicitária deve conduzir a ação dos publicitários para que se condene esse tipo de modalidade de publicidade, “mesmo porque, ainda que o direito encontre dificuldades práticas para punir tal prática comercial ilícita”, o consumidor o fará sucessivamente ao se sentir lesado. (EFING, 2012, p. 112-113).

Por ser o consumidor hipossuficiente, a sociedade ao lado do Estado Juiz deve buscar maneiras de proibir tais práticas de maneira que proteja a tutela dos interesses consumeristas, tendo em vista que a publicidade subliminar, ou seja, aquela que se vale de fins ilícitos, não traz benefício algum ao consumidor, apenas o prejudica.

Portanto, os agentes publicitários, nesse processo de convencimento, de designar necessidades, não podem atacar a dignidade humana, mas, sim conduzir suas práticas publicitárias de modo a operar de acordo com a lei, pois, esta prática ofende a livre concorrência, além de infringir a boa-fé e a informação clara.

Portanto, embora o Código de Defesa e Proteção do Consumidor possua uma cobertura específica e protecionista ao consumidor em suas relações com o fornecedor, no que diz respeito à publicidade subliminar, o ordenamento possui certa fragilidade, ou seja, permanece carente. Essa circunstância revela um fenômeno jurídico e social que faz jus a um amparo específico do Estado, em virtude da atual sociedade de consumo.

## CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, constatou-se que a publicidade subliminar, ou seja, aquela que visa a persuadir o inconsciente do consumidor por meio de estímulos abaixo do limiar, aflixe bom número de consumidores, revelando-se como um problema jurídico e social.

Verifica-se, quanto a tal conteúdo que a sociedade atual, também denominada sociedade pós-moderna, é acompanhada pelo desenvolvimento industrial e comercial, marcada pelo ritmo acelerado e pela publicidade nem sempre lícita. Por vezes, o que é anunciado não reflete a real necessidade do mercado e de cada um dos consumidores.

Dessa evolução e em razão dela surgem as primeiras regras que regulamentam as relações consumeristas, com o intuito de proteger a peça fundamental da economia, o consumidor, de modo que não as práticas publicitárias não causem prejuízos em suas relações de consumo com o fornecedor, quando da aquisição de serviços e ou produtos.

O Estado Democrático de Direito é consolidado no ordenamento através de princípios que revelam os seus valores maiores, dos quais a pessoa passa a ser o centro, destacando-se, nesse particular, a dignidade da pessoa humana. Os princípios, em especial o da boa-fé, o da vulnerabilidade e o da transparência constituem a justiça e o equilíbrio na relação de consumo. É por meio deles que fica evidente a proteção da parte mais frágil na relação de consumo, sendo esta caracterizada pelo consumidor, o qual, frente à hipossuficiência gerada no mercado de consumo em massa e despersonalizado, faz jus ao amparo.

Por haver um grande aumento na oferta em diversos setores econômicos, observa-se uma sociedade cada vez mais consumerista. Assim, torna-se importante o cuidado e os deveres que o fornecedor deverá ter com qualidade, a composição, os prazos de validade, utilizando-se de práticas claras e de boa-fé, eis que a publicidade não vende somente um produto, vende uma imagem, um símbolo de consumo, com finalidade, inclusive, de contribuir para o desenvolvimento e para o crescimento econômico.

Todavia, a publicidade, atividade comercial submetida também a um controle legal, com o desenvolvimento cada vez maior da televisão e da internet, vem seduzindo os consumidores para que estes adquiram os produtos anunciados. Contudo, por vezes é feita através de técnicas de comunicação ou campanhas publicitárias sem a clareza necessária,

numa fácil e imediata identificação, e, assim, nasce a figura da publicidade subliminar com fins indiretos de provocar consumo de serviços e produtos nem sempre necessários ou desejados.

Nesse sentido, frente ao público infantil, a preocupação é ainda maior, pois a criança encontra-se em fase de crescimento e, conseqüentemente será mais frágil e vulnerável. Portanto, o Estado deve garantir a prevenção e a proteção dos seus destinatários, especialmente quanto aos programas audiovisuais e entretenimentos públicos.

Por sua vez, a mensagem subliminar influencia decisões de forma obscura, por estar num baixo nível da percepção humana, desviando preceitos e comportamentos, já que tais mensagens atingem o cérebro através de cores, programas de televisão, novelas e programas, fazendo com que o público-alvo adquira os produtos anunciados subliminarmente. Há que se ter presente, inclusive, que, por meio dessa forma de publicidade, qualquer pessoa pode ser atingida.

Além disso, a publicidade que oculta informações é conhecida como enganosa, pois revela ao consumidor elementos que o levam a erro, por garantir falsidades. Sendo assim, um vício estará presente na relação. Já a publicidade abusiva não ocasiona prejuízo econômico ao consumidor, mas agride a ordem pública e os valores sociais. As duas incorrem em três níveis de sanções no direito: administrativo, penal e cível.

Observa-se que, na esfera administrativa, o anunciante deve sujeitar-se à contrapropaganda, significa, pois, uma pena, a qual obriga o anunciante a divulgar anúncio capaz de desfazer a lesão decorrente da enganosidade ou da abusividade. Já na esfera penal, a responsabilidade procede da tipificação do crime da conduta de originar a publicidade ilícita, e a sanção cível prevê a indenização por danos, materiais e morais, advindos de tal ilicitude.

Porém, na prática, esta não é a realidade observada quanto à responsabilidade pela publicidade subliminar, pois não há no ordenamento sanção específica contra o anunciante que a promove, omitindo-se o legislador por não tipificar tal conduta.

Portanto, em relação à publicidade subliminar, o Código de Defesa do Consumidor possui certa fragilidade, ou seja, continua desprovido. Essa circunstância revela um fenômeno jurídico e social, que carece de um amparo específico do Estado, em virtude da atual sociedade de consumo, verifica-se a condição de vulnerabilidade em que o consumidor se encontra. Nesse contexto, prima-se pelo consumo consciente, através de uma economia que

atenda à dignidade da pessoa humana, à concorrência leal, e às práticas lícitas de publicidade.

Por fim, vê-se que a sociedade e principalmente o Estado têm o dever de proteger o consumidor, com alicerce no bem-estar social e no espírito da justiça, na ética publicitária que deve guiar seus agentes publicitários a não agir em desacordo com a lei, pois este método ofende à livre concorrência e a dignidade da pessoa humana, manuseando assim a vontade do consumidor, sendo este o principal responsável pela transformação da realidade social.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. História e evolução do Direito do Consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2645, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17500>>. Acesso em: 21 out. 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman V.O *Conceito Jurídico de Consumidor*. Revista dos Tribunais, v. 628, São Paulo, fev. 1988.

\_\_\_\_\_. Das práticas comerciais. In: Grinover, Ada Pellegrini [et al.]. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p 251-503.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. *Manual de direito do consumidor*. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor*: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:<<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>>. Acesso em: 08 out. 2013.

\_\_\_\_\_.*Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

BULGARELLI, Waldirio. Tutela do Consumidor na jurisprudência e *de lege ferenda*. *Revista do Direito Mercantil*, ano 22, jan./mar. 1983.

CAVALCANTE, Elizabeth Nantes. O Consumidor e a Livre-Iniciativa: perspectivas de um mercado de consumo contemporâneo na realidade democrática atual. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v. 48, dez./jan. 2013.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.. *Responsabilidade Civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Direito Do Consumidor no Liminar do Século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 35, p. 97, Jul./2000. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000140e4a6ab1b53a8150e&docguid=I36a2ea80f25611dfab6f010000000000&hitguid=I36a2ea80f25611dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=29&context=7&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALAZANS, Flávio. *Propaganda Subliminar Multimídia*. 3. ed., São Paulo: Summus, 1992.

CAZZAROLI, Aline Raquel. Publicidade Infantil: o estímulo ao consumo excessivo de alimentos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10235](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10235)>. Acesso em: ago. 2013.

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

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

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRAVO, Daniela Copetti. A Tutela do Consumidor através da Livre Concorrência: a busca por um efetivo direito de escolha. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 49, fev/mar. 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro*. v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUALIBI, Roberto; SIMONSEN, Harry. *Criatividade e Marketing*. São Paulo: Makron, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da Publicidade invisível sob a Perspectiva da Ordem Jurídica da Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 81, Ano 21, jan.-mar. 2012.

FARIAS, Talden Queiroz. Publicidade e propaganda no Código de Defesa do Consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n.28, abr. 2006, Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1082](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1082)>. Acesso em: 03 set. 2013.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas: o abuso do direito no Código civil e no Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito. et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAMA, Hélio Zagheto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade Civil, Dano e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Roberto Carlos. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrin. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin. Daniel Roberto Fink. et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabet. Responsabilidade civil nas relações de consumo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 35, 01/12/2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1409](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1409)>. Acesso em: 07 nov. 2012.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *A publicidade no direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRAGEM, Bruno. Publicidade de palco, *merchandising* e os limites da responsabilidade das emissoras de televisão. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ano 21, vol. 82, abr.-jun. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 44-77, set./dez.1992.

NISHIYAMA Adolfo Mamoru; DENSA Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, p. 13, Out / 2010. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000140e43dab949821c13f&docguid=I1c6a52203e5f11e09ce300008>>. Acesso em: 02 set.2013.

OLIVEIRA, Lorena Castelo; AMARAL, Liana Silva do. Publicidade subliminar: uma afronta ao direito à informação do consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10259](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10259)>. Acesso em: out. 2012.

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

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Propaganda subliminar gera indenização de R\$ 14 milhões. *Consultor Jurídico*. 06 de mar. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-mar-06/propaganda\\_subliminar\\_gera\\_indenizacao\\_14\\_milhoes](http://www.conjur.com.br/2006-mar-06/propaganda_subliminar_gera_indenizacao_14_milhoes)>. Acesso em: 14 out. 2013.

REBÊLO, Felipe Cesar José Matos. *Atividade econômica e publicidade comparativa: a defesa do consumidor e da concorrência*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2012. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522474721/page/39>>. Acesso em: 09 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.70050974161*, da Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento em 26 out. 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22561133/apelacao-civel-ac-70050974161-rs-tjrs>>. Acesso em: 03 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70051239945*, Décima Câmara Cível. Relator: Marcelo Cezar Muller. Julgamento em 07 fev. 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=+cumprir+com+o+prometido%2C+CDC&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=+cumprir+com+o+prometido%2C+CDC&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em: 07 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *Recurso Cível n. 71004271730*, Terceira Turma. Comarca de Dois Irmãos. Relatora Adriana da Silva Ribeiro. Julgamento em 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=publicidade+enganosa&tb=jurisnova&pesq=ementario&parti>>.

alfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\_q=>. Acesso em: 08 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70056069610*, Décima Oitava Câmara Cível. Relator Pedro Celso Dal Pra. Julgamento em 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70049561582*, Décima Câmara Cível. Relator Túlio de Oliveira Martins. Julgamento em 25 out. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Recurso n. 32258-24.2010.8.21.9000. Porto Alegre. Rel. Des. Leandro Raul Klippel. Julgamento em 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.: 70027576750*. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Julgamento em 29 out. 2009. Disponível em: <

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Compre bem*, manual de compras e garantias do consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000a.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000b.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Minha Biblioteca. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502139220/page/482>>. Acesso em: 10 out. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Álvaro. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação*. Curitiba: Juruá, 2009.

RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8. out./dez. 1993.

SANTOS, Nilton Ramos Dantas. *Responsabilidade Civil na Defesa dos Direitos Individuais do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 241.337-1*. Terceira Câmara de Direito Público, Relator Ribeiro Machado. Julgamento em 30 abr. 1996. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

SILVA, Jorge Alberto Quadros C.. *Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jurídico, 2008. Minha Biblioteca. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502143142/page/164>>. Acesso em: 10 out. 2013.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Marcus. Artigo monografia sobre o consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 16, fev. 2004. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3396](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3396)>. Acesso em: out. 2012.

SISSORS, Jack Zanville; BUMBA, Lincoln. *Planejamento da Mídia*. São Paulo: Nobel, 2001.

SOLOMON, Michael R.. *O Comportamento do Consumidor: Comprando, Possuindo e Sendo*. 9. ed. Porto Alegre: Bookman, 2011. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788577803774/page/631>>. Acesso em: 10 out. 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4685-2/page/352>>. Acesso em: 09 out. 2013.

THOMAS, Afrânio Carlos Moreira. *Lições de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Publicidade direcionada ao público infantil: violência contra a criança e contra a sua família. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10551](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10551)>. Acesso em: nov. 2012.

VILELA GUGLINSKI, Vitor. Princípios norteadores do direito do consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12232](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12232)>. Acesso em: jun. 2013.

WALTER, W. Grey. *A mecânica do cérebro*. Rio de Janeiro, Zahar, 1962.