

**PUBLICIDADE:****RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO****Carla Marques de Abreu<sup>1</sup>****RESUMO**

O presente estudo trata, de maneira sucinta, da utilização das técnicas publicitárias no mercado de consumo, capazes de influenciar diretamente na escolha do consumidor através do neuromarketing, da influência televisiva, da mensagem subliminar e da publicidade virtual. A partir da adoção dessas técnicas, o artigo traz para reflexão a relação da responsabilidade civil no âmbito da utilização deste tipo de publicidade, focando no nascimento do dano e conseqüente obrigação de indenizar. Conclui-se desta análise, a importância de se punir e responsabilizar àqueles que, utilizando-se destas técnicas, vilipendiam o direito do consumidor. A metodologia utilizada foi a bibliográfica e documental, utilizando-se de leis, doutrinas, jurisprudências, dados do Supremo Tribunal Federal e entrevistas.

**PALAVRAS CHAVE: PUBLICIDADE. NEUROMARKETING. CONSUMO. RESPONSABILIDADE CIVIL.**

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa; Advogada; Técnica em Direito do Consumidor pela Escola Nacional de Defesa do Consumidor em Brasília/DF. Membro Integrante da Turma Recursal de 2ª Instância do PROCON/JF. [carladeabreumarques@gmail.com](mailto:carladeabreumarques@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

Este estudo não pretende ser definitivo nem inusitado. É a experiência oriunda de uma pesquisa que se acredita válida pelo conteúdo da prática em consonância com a vida real.

Em princípio, o planejamento que norteou este trabalho se dividiu em quatro partes: A primeira abrange os conceitos iniciais dos três pilares do Direito do Consumidor, a tríade, “consumidor, fornecedor e relação de consumo”. A segunda compreende a abordagem das técnicas publicitárias no mercado de consumo que atingem diretamente o consumidor através do Neuromarketing, através da influência televisiva que utiliza inclusive mensagem subliminar, e também através da publicidade virtual.

Na terceira parte, o objetivo foi apresentar as características da responsabilidade civil decorrente do uso da publicidade, especificando o nascimento da obrigação e indenizar, o conceito de dano e alguns raros possíveis casos de excludente de ilicitude. Por último, a quarta parte estuda os casos práticos ocorridos no direito comparado do Brasil e de Portugal.

Assim sendo, ao ensejo deste artigo, acredito estar contribuindo – ao menos um pouco – para um novo olhar aos rumos que caminham a publicidade nas relações de consumo.

## 1 SUJEITOS DETERMINANTES DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

### 1.1 O consumidor

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor publicado em 1990, conceituou o consumidor em seu artigo 2º “como toda pessoa que adquire ou utiliza

produtos ou serviços como destinatário final”. Corolário do que já dizia John Kennedy em 1962, “Consumidor, somos todos nós!”. E somos a todo tempo, seja pela energia que consumimos, pelo transporte que contratamos, pela água que bebemos e até pelas roupas que vestimos.

A condição de consumidor está intrínseca a todo ser humano, sendo impossível nas relações hodiernas dissociá-las. Atrelado a essas condições, o legislador constituinte preocupou-se em trazer o direito do consumidor como um direito previsto na Constituição Federal da República Brasileira, e mais tarde replicado em forma de código com o advento da Lei Federal 8.078/90. Nesse aspecto, é possível identificarmos a preocupação do Estado no Capítulo II do referido codex, “Da Política Nacional das Relações de Consumo”, com o respeito à dignidade, saúde, segurança do consumidor dentre outros, não se esquecendo, destarte, da vulnerabilidade existente na relação consumerista tornando desequilibrado o conhecimento técnico do ente mais fraco: o consumidor diante do comerciante/fabricante/fornecedor.

Assim, importante destacar que algumas condições são necessárias para que o consumidor seja, de fato, enquadrado como um consumidor nos termos da lei, e seja tutelado pelo CDC em vez de um contratante de determinado produto/serviço nas condições elencadas pelo Código Civil.

Tais divergências a despeito do conceito sobre “quem é o consumidor” deve ser analisado com cautela, pois a venda de um veículo, por exemplo, ocorrida entre particulares, deverá ser tratada como uma relação civil contratual de compra e venda de um determinado bem. Neste caso, não há incidência do CDC ao caso concreto pois, em tese, o vendedor deste caso não desenvolve atividade habitual, e as condições em que o veículo estivera sendo vendido, pressupõe o conhecimento do comprador sobre as características e eventuais vícios de um carro usado.

De outra sorte, a situação altera completamente, se este mesmo veículo estiver sendo vendido em uma concessionária, onde o vendedor desenvolve

atividade habitual cujo negócio é a venda de veículos, detendo a empresa os conhecimentos técnicos e automobilísticos sobre aquele produto. Neste caso, haverá a incidência do Código de Defesa do Consumidor e todas as vertentes abarcadas por ele, como, termo de garantia, Nota Fiscal, cumprimento da oferta etc.

Em virtude dessas implicações que identificam ou excluem as partes da condição de consumidor, vários renomados doutrinadores já dissertaram sobre o tema, cuja problemática para principalmente, sobre as questões da “vulnerabilidade”, do “pagamento” e do “destinatário final”, sendo tal enquadramento crucial para a diferenciação entre uma relação consumerista de uma relação civilística.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques (2006. p. 303) questiona:

certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas, e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, também deve ser considerado ‘destinatário final’?

E este, é um outro ponto importante a se destacar sobre os desdobramentos conceituais da condição de consumidor. Se o referido texto da lei protege e classifica nessa condição apenas a pessoa física, ou se tal proteção se estende também às pessoas jurídicas. Em que pese o art. 2º citado no início desse estudo ressaltar “ser o consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Nessa esteira, não haveria dúvidas que uma empresa poderia se enquadrar nessa condição, porém, se faz necessário ainda que a compra/contratação do produto/serviço decorra de um destinatário final, ou seja, aquele que compra para si e não para revenda. É como se na prática estivéssemos a falar de não ser um consumidor uma padaria (pessoa jurídica) que compra farinha de trigo de determinado fabricante, para confeccionar pão. Por essa situação, a compra da

farinha pela pessoa jurídica para a produção de pães não estaria protegida pelo CDC, pois a farinha no exemplo em tela se encaixaria como insumo.

Todavia, se esta mesma padaria estivesse com problemas, por exemplo, com o serviço de internet contratado, utilizado no escritório dessa padaria, essa pessoa jurídica estaria protegida pelas regras das relações de consumo.

Destarte, definir e identificar quem é o consumidor nas relações constantes em nossa vida cotidiana, não é tarefa tão simples ou condição matemática, pois todo o contexto da relação deve ser estudado para a incidência do CDC.

## 1.2 O fornecedor

Outro elemento essencial que integra a relação de consumo é a figura do fornecedor. A este também é atribuído conceito pelo CDC brasileiro, disposto no art. 3º do diploma:

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.

Nota-se que o legislador teve grande preocupação ao conceituar o que seria fornecedor, por apresentar uma definição bem ampla. Segundo o Manual de Direito do Consumidor, o legislador teria apresentado este conceito com o intuito de abarcar todos os fornecedores que disponibilizam no mercado bens ou serviços ao consumidor, podendo ser pessoa física ou jurídica.

E dessa forma, assegurou ao consumidor que o mesmo não ficasse desamparado ou prejudicado nas relações de consumo, atribuindo ao fornecedor uma responsabilidade pelo fornecimento de bens ou serviços, independente de ser

fabricante ou comerciante, como já ficou bem demonstrado pela redação do artigo 3º do CDC.

Dispõe Daniel Diniz Manucci, (apud CASTRO, 2014. p. 1-2) em seu artigo jurídico:

Uma pequena observação a ser feita com relação ao tema é de que o fornecedor não necessita ser necessariamente uma pessoa jurídica, já que o texto legal traz a figura dos entes despersonalizados, podendo se entender assim por uma interpretação "latu sensu", de que também figuram como fornecedores aqueles que praticam atividades definidas em lei como fornecedor, podendo ser definidos como tais as pessoas que atuam na economia informal, autônomos, etc.

Diante da dificuldade ao realizar o enquadramento de determinada pessoa como fornecedora de produtos ou serviços, cumpre mencionar que a expressão contida no conceito "desenvolvem atividade" deve ser observada. Isso quer dizer que somente será considerado fornecedor o agente que pratica determinada atividade com habitualidade.

### **1.3 O nascimento da relação de consumo**

Todas as vezes em que houver de um lado, alguém querendo vender algo – seja produto ou serviço – e do outro lado, alguém querendo comprar mediante pagamento, surgirá uma relação de consumo. Essa é a ideia básica do nascimento das relações consumeristas.

Segundo o Promotor de Justiça Dr. Plínio Martins, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro, cita por diversas vezes o vocábulo "Relação de Consumo" (MARTINS, 2005. p. 25-26). Todavia, o CDC não positivou o conceito de "Relação de Consumo", preferindo deixar para a doutrina essa tarefa. Outros

diplomas estrangeiros, como no caso dos Países que integram o Mercosul, há conceito de relação de consumo no próprio texto da lei, como é no caso da lei do consumidor do Uruguai e Paraguai.

No Mercosul, no Protocolo de Defesa do Consumidor, elaborado pelo Comitê Técnico nº 7 no artigo 5 consigna o conceito de relação de consumo in verbis:

1. Relação de consumo é o vínculo que se estabelece entre o fornecedor que a título oneroso, oferece um produto ou presta um serviço a quem o adquire ou utiliza como destinatário final.

Newton De Lucca, registra crítica ao conceito acima, afirmando que: “A definição de relação de consumo imposta no art. 5 do Protocolo é falha pois se limita àquela relação obrigacional, clássica e bilateral”, aduzindo ainda que “melhor seria não haver definição de relação de consumo, ou ser ela exemplificativa, não exaustiva no presente protocolo”, e citando Nelson de Nery Júnior, conclui que o objeto de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, sendo certo que o CDC não fala de contrato de consumo, ato de consumo, negócio de consumo, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões (NEWTON, 2003. p. 98).

Postas as considerações iniciais sobre as relações de consumo, mister se faz indagar sobre sua natureza obrigacional: haveria relação de consumo no direito brasileiro em uma relação jurídica que ainda virá a estabelecer?

É sabido que não se pode estar obrigado a dar, fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei ou de contrato que a determine, porém, transportando essa ideia legal para o plano do direito do consumidor, em especial ao que ora se apresenta - “publicidade” - cabe a reflexão: Um comerciante oferta um produto por um preço muito abaixo do normal através de jornal. De posse desse anúncio, o consumidor dirige-se ao estabelecimento comercial com o propósito de adquirir o bem. Porém, alegando haver um erro na publicidade, o comerciante se

nega a vender o bem pelo preço anunciado. Neste caso, há uma relação de consumo ou apenas uma expectativa de direito?

O art. 30 do CDC Brasileiro é claro ao regulamentar que toda oferta obriga o fornecedor que a fizer veicular ou de se utilizar. Assim, não poderá o ofertado exigir a entrega do bem, pois ainda não celebrou o contrato, mas exigir que este venha a ser celebrado e, como consequência, seja o bem entregue ao comprador. Cabe ao comerciante, neste caso, o direito de regresso contra o jornal que incorreu em erro.

## **2 TÉCNICAS DE PUBLICIDADE QUE INDUZEM O CONSUMO**

### **2.1 Neuromarketing**

Na moderna sociedade de consumo ganha cada vez mais destaque o neuromarketing. O neuromarketing é o conjunto de conhecimentos de como funciona o cérebro do consumidor para: causar-lhe ansiedade (utilizando métodos sutis) e induzi-lo de maneira irrefletida ao comportamento consumerista (satisfação imediata). Trata-se de uma arma poderosa, pois na maioria das situações o consumidor pouco conhece o produto que consome, o serviço que utiliza, e, menos ainda, a lógica envolvida nas relações de consumo.

Na sociedade atual nossa visão da realidade pode ser comprometida pelo consumo e influenciada pela publicidade e outras formas de marketing. Focaliza-se a satisfação imediata.

Para exemplificar, o neuromarketing pode ser comparado a um roteiro de cinema. Qualquer filme de sucesso tem a mesma fórmula de experiência: é criado um conflito (ansiedade) para gerar um final feliz (satisfação imediata). Da mesma forma as ações de marketing criam um senso de necessidade (conflito) por produtos



que o consumidor sequer sabia que existia e até pouco tempo estava vivendo muito bem sem ele.

Os profissionais de marketing apontam ou criam um problema que o consumidor não se apercebeu que tem, gerando um conflito sobre o problema que causa ansiedade. Ao final, acabam por vender a solução gerando a satisfação imediata. Vendas por correspondência, vendas a prestação, crédito fácil, amostras gratuitas, descontos nos produtos, concursos, e assim por diante, influenciam poderosamente o consumo, gerando ansiedade no consumidor e provocando decisões irrefletidas.

O neuromarketing está presente em cores, aromas, nas opções oferecidas, na música ambiente, nos preços, nas formas de pagamento, e assim vai. O preço de “R\$ 35”, parece mais barato (subconscientemente) que “R\$ 35,00” ou que “35 reais”. Também “R\$ 59,90” parece mais próximo de “R\$ 50” do que de “R\$ 60”. Com iluminação e truques no espelho, a cliente se sente mais magra, fica satisfeita com a roupa e acaba comprando. Escadas rolantes são posicionadas de forma a forçar que o consumidor ande pela loja inteira passando por diferentes setores para comprar mais.

Nos supermercados, produtos frescos são costumeiramente expostos em caixas de papelão ou de madeira, para que o consumidor tenha a impressão de que a mercadoria acabou de chegar e está fresquinha. Em anúncios visuais utilizar fotos de pessoas consumindo ou utilizando o produto, motivam potenciais clientes à negociação.

Tais técnicas induzem o consumidor e visam impor a compra como necessidade do organismo humano, sem qualquer reflexão. Embora a legislação brasileira proteja o consumidor da propaganda ou publicidade enganosa ou abusiva, não há, pelo menos por enquanto, legislação que proteja o consumidor das técnicas de neuromarketing.

## 2.2 A influência televisiva

### 2.2.1 Mensagem subliminar

A televisão por ser um veículo de utilização e comunicação em massa, sem custo, é um meio de propagação da mensagem subliminar de grande proporção.

Essa ferramenta atinge e influencia diretamente no elemento volitivo das pessoas, trazendo consequências ao comportamento de toda uma sociedade.

Segundo Joan Ferrés (apud BARCELLAR, 2009. p. 36):

[...] para os profissionais da comunicação persuasiva, a via emotiva tem uma dupla vantagem sobre a via racional: é mais divertida, o que facilita uma atitude de abertura por parte do receptor, e não desperta receios ou mecanismos de defesa, porque o receptor não é totalmente consciente de que está influenciado, pensa que está se divertindo, apenas.

Assim, a televisão prepara seus produtos e sua imagens de acordo com seu interesse. Para Daniela Bacellar (2009. p. 36):

a televisão socializa através da sedução, trabalhando mais no âmbito emocional que no racional. É que procedendo desta forma, não se permitem raciocínios, questionamentos e indagações por parte do telespectador. Ofuscando o pensamento lógico, a sedução televisiva elimina o pensamento abstrato, que é baseado em reflexões, juízos e análises; cria assim, implicações na ideologia e na ética de uma pessoa..

A mensagem subliminar é uma técnica utilizada para induzir comportamentos e influenciar decisões inconscientemente nas pessoas. Porém, tudo aquilo que o cérebro não interpreta (decodifica) como informação relevante, é captado pelo

inconsciente e lá permanece por dias, anos, ou até mesmo uma vida inteira. E é exatamente aí, no inconsciente, que sorrateiramente agem a publicidade e a propaganda subliminar. É inquestionavelmente, uma técnica covarde porque retira das pessoas o direito de escolha.

Isso porque, o inconsciente tem capacidade para captar muito mais informações do que a parte consciente do cérebro. É o que acontece, por exemplo, com os sonhos, em que se pode perceber de forma direta e clara a capacidade de armazenamento do inconsciente.

Assim, a mensagem subliminar encontra um campo de atuação cada vez mais vasto, sobretudo, porque já vivemos numa sociedade tipicamente consumerista. E, como já explicitado, muitos são os meios utilizados para a inserção de mensagens do tipo subliminar, como a televisão, os desenhos animados, dentre outros. Não percebemos, mas estamos sujeitos a incidência da mensagem subliminar a todo momento.

### **2.3 Publicidade virtual**

Em crescente mercado, a publicidade virtual vem ganhando mais espaço em torno da mídia. Este ramo, também se submete as regras trazidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro, embora não exista (ainda) uma abordagem específica que regulamente sua utilização no mundo virtual.

Em recente divulgação, o jornal virtual Universo Online publicou a seguinte matéria:

Aos poucos, a internet reconquista espaço no plano de mídia das agências. No início dos anos 2000, a 'bolha' da internet estourou, esvaziando os investimentos nessa mídia. Cinco anos depois, a história muda de figura. A tendência de crescimento dos anúncios na web é mundial, e as agências de propaganda estão se adequando para essa nova realidade. O momento, segundo os publicitários, é o melhor possível. 'Quem ainda não entrou na publicidade virtual está

atrasado', sentencia Alon Sochaczewski, diretor de Criação da Euro RSCG 4D. 'Existem modelos de propaganda virtual que trazem excelente retorno com um custo menor que de campanhas tradicionais', completa Alon Sochaczewski. 'A publicidade na web extrapola o conceito de 30 segundos da televisão, pois o internauta pode ficar conectado horas a fio', conclui.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL PUBLICITÁRIA**

#### **3.1 Obrigação de indenizar**

Nos conceitos doutrinários mais utilizados, cita-se:

A capacidade de assumir responsabilidades e de a elas se obrigar é um dos traços mais característicos da condição humana. Esta responsabilidade tem que ver com a liberdade e portanto com a possibilidade de escolher entre o bem e o mal, levando cada homem a assumir de forma consciente a autoria do seu agir em todas as suas consequências. A responsabilidade e a liberdade têm, por sua vez, que ver com a racionalidade do homem". (GONZALES, 2009. p. 11)

Preceitua o artigo 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços são direitos básicos do consumidor.

A fim de garantir o direito supramencionado, bem como para fazer valer os demais direitos do consumidor, o CDC adotou a responsabilidade objetiva dos comerciantes. Isto quer dizer que a prova da culpa na aferição da responsabilidade civil por danos materiais ou morais é desprezada, ou seja, basta que o consumidor comprove o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto ou prestação de serviço.

Note-se, porém, que a responsabilidade objetiva não é absoluta, pois não será aplicada em caso fortuito ou de força maior, ou quando houver culpa exclusiva da vítima. Desse modo, salvo os casos fortuitos e de força maior, bem como de culpa exclusiva da vítima, o comerciante responderá civilmente pelos efeitos da publicidade enganosa no mercado de consumo, seja efetivo ou em potencial.

Cabe mencionar, ainda, que um dos mais importantes princípios que regem o Código de Defesa do Consumidor é o princípio da vinculação da mensagem publicitária, por meio do qual o comerciante está obrigado a cumprir as condições de venda oferecidas ao consumidor. Prevê o artigo 30, do Código de Defesa do Consumidor, que

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.

Assim, com fundamento na responsabilidade objetiva, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha, exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos (art. 35 e incisos do CDC).

Anunciante é a pessoa física ou jurídica interessada em promover a venda dos produtos por meio da publicidade. Agência é o prestador de serviços ao anunciante, que objetiva promover os produtos junto ao consumidor, utilizando-se de estratégias publicitárias. Veículo de comunicação é o instrumento capaz de transmitir a mensagem, encomendada pelo anunciante à agência, ao consumidor. São exemplos de veículo de comunicação os jornais, a televisão, revistas, rádios, outdoors, entre outros.

De acordo com o CDC, a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Dessa forma, podemos definir publicidade enganosa como aquela que induz o consumidor em erro, fazendo com que este adquira produto com qualidade ou funções diversas das pretendidas. Assim, o comerciante conduz o consumidor ao vício de vontade, fazendo com que adquira um bem com características diversas daquelas apresentadas na publicidade:

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 (artigo 37, § 1º do CDC).

Como o Código de Defesa do Consumidor não disciplina expressamente a responsabilidade das agências e dos veículos de comunicação em face à publicidade enganosa, há na doutrina, diversas interpretações sobre o assunto.

Alguns entendem que apenas o fornecedor é responsável pelas informações dos produtos transmitidas aos consumidores por meio da publicidade, excluindo qualquer responsabilização civil por parte das agências e veículos de comunicação. Para tal corrente doutrinária não há o que se falar em responsabilidade solidária entre o fornecedor e a agência, cabendo apenas direito de regresso perante o anunciante condenado. Sendo assim, o comerciante deveria comprovar que a agência ou o veículo deixou de atender às orientações e condições estipuladas na mensagem, motivo que levou à condenação por publicidade enganosa.

Por outro lado, há a corrente que defende a responsabilidade das agências e veículos quanto à publicidade enganosa. Assim, mesmo tendo o comerciante responsabilidade objetiva em relação à publicidade enganosa, a responsabilidade

das agências e dos veículos não restam excluídas, devendo responder tanto a título de regresso, quanto diretamente pelos danos causados aos consumidores.

Isso porque de acordo com o artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". É o que acontece no caso das agências, veículos de comunicação e dos fornecedores que os contratam, já que todos possuem relação direta com a publicidade enganosa.

Corroborando com tal posicionamento a ilustre Maria Elizabete Vilaça Lopes (apud MORAES. 2009) mencionando nesse sentido que:

o Direito francês, diz que o anunciante é responsável a título principal pela infração cometida, podendo ser condenados como cúmplices, nas condições do Direito comum, os agentes de publicidade e os meios de difusão. O Código português da publicidade diz que podem ser punidos como co-autores o anunciante, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça atividade publicitária, ou o titular do suporte publicitário e qualquer outro interveniente na emissão da mensagem. O Código do Consumidor, no parágrafo único de seu art. 7º, estabelece que, tendo a ofensa mais de um autor, todos responderão solidariamente.

Em suma, entende-se que as agências e os veículos de comunicação devem responder solidariamente com o anunciante quando se tratar de publicidade enganosa. Tal acontece diante da "fragilidade" do consumidor, que poderá exigir a reparação por danos morais ou materiais tanto daquele que oferece, quanto daquele que promove e veicula a mensagem publicitária enganosa.

De acordo com o artigo 60, do Código de Defesa do Consumidor, para aqueles que incorrerem na prática da publicidade enganosa será imposta a contrapropaganda, correndo as despesas por conta do infrator.

A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o

malefício da publicidade enganosa ou abusiva (artigo 60, § 1º do CDC).

Importante dizer, ainda, que além de responder pela prática de publicidade enganosa, os fornecedores, as agências e os veículos de comunicação podem ser responsabilizados por publicidades que envolvam o nome e/ou a imagem de pessoas, que não tenham autorizado expressamente o uso destes para fins comerciais/publicitários.

Sobre o assunto, preleciona o artigo 20, do Código Civil, que:

salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

A responsabilidade civil nos casos de uso não autorizado de nome ou imagem de pessoas vem disciplinada no artigo 186, do Código Civil, segundo o qual, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Nunca é demais lembrar também que além da responsabilização civil, há ainda a responsabilidade penal prevista para aqueles que fazem ou promovem publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva. A saber a pena cominada para os autores é de detenção de três meses a um ano e multa.

### **3.2 Dano**

O dano sofrido pelo consumidor no âmbito das relações de consumo, tem previsão legal em diversos diplomas de vários países. Existem, no entanto, algumas espécies de dano, que segundo José Gonzáles, no instituto jurídico português:



Este pode distinguir-se em 'dano real' e 'dano patrimonial' (o de cálculo). O primeiro consiste na ofensa que efectivamente o lesado sofre: a subtração ou a destruição da coisa, o sofrimento causado pelo ferimento, a afectação da reputação, o prejuízo decorrente da contrafacção da marca, etc. O segundo é constituído pelo conjunto de consequências que a verificação do dano real faz repercutir sobre o património do lesado. É dentro dessa espécie que se distinguem danos emergente e lucro cessantes. É também este o dano a ser remido quando a obrigação de indemnização se cumpra em dinheiro. (GONZALES, 2009. p. 38)

Em continuidade nessa corrente, o ilustre doutrinador defende ainda que:

o art. 496 do CC Português, resolveu explicitamente o problema discutido até a sua data em vigor, da ressarcibilidade dos danos pessoais. São danos que dão indubitavelmente origem a responsabilidade civil, ainda que se possa questionar se verdadeiramente se trata de os indemnizar ou apenas os compensar, atenuar ou minimizar (na medida do possível) até, porque, ao não serem susceptíveis de avaliação pecuniária, o montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal. (GONZALES, 2009. p. 40-41)

Percebe-se pois, que para a doutrina portuguesa a ocorrência de um dano está intrinsecamente ligada a sua repercussão, ao passo que na doutrina brasileira, a caracterização de um dano prescinde da tríade “ato; ilicitude e nexos de causalidade”. No Brasil, a responsabilidade do fornecedor é objetiva pela regra geral nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

### **3.3 Excludente de ilicitude**

A exclusão da ilicitude ocorrerá sempre que determinada conduta tida como ilícita possa de alguma forma tornar-se lícita através de uma justificativa. No Direito Penal Brasileiro, o instituto da exclusão de ilicitude é aplicado, basicamente, quando ocorrer estado de necessidade, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever

legal.

No Direito Consumerista Brasileiro, a responsabilidade será sempre objetiva nos termos do art. 14, do CDC:

O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A exceção a essa regra consta no §4º do mesmo artigo ao mencionar que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa.

Já no direito português, na responsabilidade civil pré-contratual ou extracontratual, o que existe são cláusulas gerais cujo lesado deve sempre fazer prova positiva procedendo a identificação do direito violado; a indicação da violação de que concretamente foi vítima e a demonstração de que tal violação lhe provocou dano.

Na responsabilidade objetiva lusitana, também existem causas de justificação, mas que não excluem a ilicitude. No tocante a responsabilidade pelo risco, recomenda-se sempre esta apresentação.

## **4 O EFEITO JURÍDICO DA PUBLICIDADE INDEVIDA/ABUSIVA**

### **4.1 No Brasil**

O Brasil possui um dos códigos de defesa do consumidor mais completo e avançado do mundo, porém, o legislador não abordou de maneira pontual a vedação da utilização de mensagens subliminares nas publicidades.

Todavia, esta prática não restou ilesa, pois o diploma ora citado, reza de maneira geral a proibição de toda publicidade abusiva ou indevida nos termos do art. 37, caracterizando, em síntese, como abusiva toda publicidade discriminatória de qualquer natureza que incite a 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 a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança; e como publicidade 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.

#### 4.1.1 O caso MTV

Com base nesses dispositivos citados no tópico anterior, o judiciário condenou o canal de televisão brasileiro MTV a pagar indenização por dano coletivo aos consumidores, pela utilização de mensagens subliminares no conteúdo de suas vinhetas.

O renomado site “Consultor Jurídico” publicou a matéria a seguir:

A MTV Brasil, empresa ligada ao Grupo Abril, deve retirar do ar um clipe institucional em que são veiculadas "mensagens subliminares, consistentes em cenas de sadomasoquismo". Além disso, deve pagar danos morais difusos, quantificados no mínimo de R\$ 1,00, para cada um dos 7,4 milhões de telespectadores que assistiram as cenas do clipe. O juiz da 12ª Vara Cível de São Paulo, Paulo Alcides Amaral Salles, concedeu liminar a pedido do Ministério Público. Os promotores Deborah Pierri, Motauri Ciochett e Vidal Serrano, que atuam em defesa dos consumidores e da infância e adolescência, ingressaram com ação civil pública contra a MTV Brasil. A emissora ainda pode recorrer. De acordo com o MP, a vinheta 'no plano consciente veicula imagens regulares com o logotipo da MTV, mas quando as imagens do referido clipe são submetidas a velocidade mais lenta, percebe-se que as mesmas trazem cenas explícitas de prática sexual chamada de sadomasoquismo'. Segundo os promotores, a liberdade de expressão não pode chegar a ponto de ferir outros delitos fundamentais: liberdade de escolha, liberdade de

informação, integridade e psíquica, proteção ao consumidor, todos consagrados na Constituição Federal, Estatuto da Infância e Adolescência e Código de Defesa do Consumidor. O juiz afirmou que a 'manutenção da publicidade poderá causar danos irreparáveis às pessoas, em especial aos menores, que assistem à programação'. Salles considerou 'grosseiras' as imagens do clipe. 'O direito à informação e à liberdade de expressão não se confundem com a falta de observação dos usos e costumes da sociedade e, principalmente, com a falta de observação da dignidade das pessoas humanas. A exposição da população e dos menores às imagens veiculadas pela ré, como ressaltado, poderá criar sérios problemas de comportamento na medida em que as imagens subvertem os valores que a sociedade procura a todo o custo salvaguardar'. A MTV não poderá veicular 'qualquer outro programa ou evento em que haja publicidade clandestina, subliminar, especialmente quando houver insinuações de práticas sexuais, sob pena de suspensão de sua programação no mesmo dia e horário da semana subsequente'. Caso descumpra a decisão, terá que pagar multa de R\$ 10 mil. (CONJUR, 2002)

#### 4.1.2 O caso “Quer pagar quanto?”

“Quer pagar quanto?” foi um jargão publicitário utilizado por um conglomerado brasileiro de lojas no formato varejista denominado “Casas Bahia”, cujo comercial televisivo apresentava pessoas “namorando” o eletrodoméstico dentro da loja quando era abordado pelo vendedor perguntando se não iria levar o produto. O personagem que interpretava o consumidor respondia que estava apertado e o vendedor respondia: Quer pagar quanto? O que você quer, aqui você pode.

Baseado nessa propaganda, diversos consumidores procuraram órgãos de defesa do consumidor e até mesmo a justiça, pois ao se dirigirem à loja para adquirirem determinado produto nas condições que lhes eram favoráveis, lhes era negado pelo gerente da loja.

A Casas Bahia possui centenas de lojas espalhadas por todo Brasil. Seu alvo, além da venda de produtos é também a venda de serviços como seguro-garantia estendida, crediários dentre outros. Voltando-se para as classes mais populares com

prioridade, a Casas Bahia desenvolve dispendiosos gastos com a publicidade. Segundo Ronald Oliveira e Mariana Arantes (2008.p. 1-17):

a mensagem que os proprietários da loja estavam passando era evidente: foco no cliente, seus desejos e sonhos. Todas as atenções, todos os mimos, todos os detalhes. O cliente das Casas Bahia é pobre mas sonha em mobiliar sua casa, sonha em ter uma vida de novela, sonha em prover sua família com muito mais do que móveis e eletrodomésticos: o sonho é a dignidade, o conforto. O único problema é que esse cliente precisa de crédito, descontos, prazo. Precisa acreditar que aquilo tudo que ele deseja está ao alcance do seu salário de trabalhador. 'Quer pagar quanto?' soou como música.

Para Antonio Carlos Carvalho (1999):

o CDC assegura ao consumidor a livre escolha de reivindicar o prometido pelo comercial, o que levou vários consumidores às instâncias judiciais. O CDC assegura os direitos de reivindicar o cumprimento forçado da obrigação; substituição por produto ou serviço equivalente ou, ainda, rescindir o contrato, com a percepção das quantias pagas, ou seja, sem perdas monetárias, devidamente corrigidas por índices monetários vigentes.

Obviamente os gerentes das lojas são induzidos a negarem tais direitos ao consumidor lesado, especialmente em se tratando de clientes de classes baixas, desprovidos de conhecimentos de seus direitos. Contudo, tal ato exprime desacato lojista à Lei.

O comportamento do consumidor muitas vezes é influenciado pela mídia, especialmente pelos anúncios publicitários. Tem-se, assim, uma grande possibilidade de as empresas a todo custo quererem interferir nesse comportamento com influência de ações descabidas, com as práticas enganosas, levando o consumidor ao encontro da empresa e das compras e de encontro à legalidade.

Muitos juristas denunciam a existência dessas práticas e essas acontecem mais frequentemente do que se possa imaginar. No caso das Casas Bahia, com

todas as ações contra ela impetradas, com tantos questionamentos éticos relevantes e pertinentes, levou a empresa a adotar uma nova postura, renunciando a esta prática que pouco positivismo lhe causou, passando a atuar como tantas outras empresas, voltando aos comerciais focados na venda, expondo os preços dos produtos, ainda que se mantenha, juridicamente falando, erros contra o consumidor ao não expor explicitamente condições de juros, preços exatos e outras informações com a devida clareza, mas essa já é uma nova história que pode e deve ser estimulada ao estudo.

Felizmente, ao menos, a empresa em questão renunciou a uma prática evidentemente danosa ao consumidor em suas características enganosas em função de um formato mais “tradicional” para as empresas no seu devido segmento de atuação. Infelizmente, no entanto, tantos consumidores tenham precisado se sentir enganados e recorrerem aos Centros de Defesa do Consumidor em busca de seus devidos direitos. Infelizmente, ainda, a empresa tenha se valido de uma prática tão deplorável eticamente falando sua imagem parece não ter sofrido grandes “arranhões” uma vez que continua vendendo altíssimas somas de mercadorias em cada uma de suas lojas diariamente, lucrando bilhões.

## 4.2 Em Portugal

Portugal, como país-membro do Conselho Europeu também vem demonstrando uma larga inclinação para efetivar a proteção dos direitos dos consumidores. Essa preocupação no âmbito da União Europeia, vem marcada desde muito, através das Diretivas voltadas para a regulamentação das relações consumeristas. Como exemplo, a Diretiva 84/450/CEE de 10 de setembro de 1984, há 30 anos já vinha demonstrando esse zelo ao regulamentar em seu art. 1º que o objetivo deste documento era “proteger os consumidores e as pessoas que exercem uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, bem como os interesses do

público em geral, contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais”.(PORTUGAL, 1984.)

Tal Diretiva, acrescentou ainda: “art. 4º - Os Estados-Membros valerão para que existam meios adequados e eficazes para controlar a publicidade enganosa no interesse dos consumidores bem como dos concorrentes e do público em geral”. Atualmente, essa diretiva ainda vigora sob as alterações trazidas pela Diretiva 2005/29 CE de 11 de maio de 2005, que reutilizou o artigo 1º com uma nova interpretação passando a vigorar da seguinte forma: “A presente directiva tem por objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores”. (CONSELHO EUROPEU, 2005)

Observa-se que o texto se tornou mais abrangente, a publicidade enganosa agora é prática comercial enganosa; e ação enganosa passou a ser:

art. 6º - É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo [...].

Diante dessa mudança, resta claro que os países europeus também procuram se resguardar das práticas comerciais lesivas, em especial, a publicidade enganosa, e vêm adotando regras cada vez mais fechadas para combater essa deslealdade com a parte mais vulnerável da relação de consumo.

#### 4.2.1 Proibição de publicidade sobre o fumo em Portugal

Em 01 de janeiro de 2008, entrou em vigor a lei nº 37/2007 do tabaco que mudou a vida dos fumantes portugueses. Ela, genericamente, proibiu o fumo em todos os espaços destinados a utilização coletiva. A lei englobou ainda museus e centros culturais, salas de espetáculos, áreas fechadas das instalações esportivas, feiras e centros comerciais.

A prática também foi proibida em hotéis, restaurantes, bares, cafés e discotecas, além de áreas de serviço, aeroportos e meios de transporte, mas houve também algumas exceções. A legislação permitiu a criação de espaços próprios para fumantes, desde que cumprissem requisitos como sinalização e separação física das demais instalações, dispositivos de ventilação adequados e a existência de um sistema de extração de fumo diretamente para o exterior.

As multas para quem fumasse um cigarro em espaços fechados e fora das áreas previstas para fumantes variam de 50 (R\$ 131,40) à 750 euros (R\$ 1,9 mil) e de até mil euros (R\$ 2,6 mil) para os proprietários de estabelecimentos privados e órgãos públicos que não cumpram a legislação. Os valores mais elevados, entre 30 mil (R\$ 78,8 mil) e 250 mil euros (R\$ 657 mil), correspondem a infrações devidas ao não cumprimento da lei no que respeita à composição e medição das substâncias contidas nos cigarros comercializados, rotulagem e embalagem dos maços de cigarros, venda de produtos de tabaco, publicidade, promoção e patrocínio de tabaco.

A nova legislação proibiu ainda a venda de tabaco a menores de 18 anos e deixou de autorizar que as próprias máquinas de venda automática façam publicidade dos cigarros. Os aparelhos têm ainda de estar munidas de um sistema bloqueador que impeça o seu acesso a menores. A lei determinou ainda que fossem criadas em todos os centros do Serviço Nacional de Saúde consultas especializadas de apoio aos fumantes que pretendem abandonar o vício.



Este é um exemplo claro de vedação a utilização de publicidade abusiva, pois a propaganda a favor do consumo de cigarros induz o consumidor a se comportar de maneira prejudicial à sua própria saúde.

Veja o que reza o art. 16 desse diploma:

1 - São proibidas todas as formas de publicidade e promoção ao tabaco e aos produtos do tabaco, incluindo a publicidade oculta, dissimulada e subliminar, através de suportes publicitários nacionais ou com sede em Portugal, incluindo os serviços da sociedade de informação, salvo o disposto nos n.os 3, 4 e 7.

Assim, a proibição deste tipo de publicidade, corrobora com o entendimento de nocividade do consumidor que é vulnerável nessa relação consumerista.

## CONCLUSÃO

Diante do estudo apresentado, restou identificado que para o nascimento de uma relação de consumo se faz mister as figuras do consumidor e do fornecedor mediante pagamento da transação a ser realizada. Corolário dessa ideia genuína de “compra e venda”, estudos foram realizados objetivando fórmulas que tragam um maior poder de persuasão sobre o consumidor na escolha do produto, aumentando, por consequência, o quantum de vendas.

Tais estudos formaram verdadeiras técnicas de impacto na decisão do consumo, trazendo um desequilíbrio nessa relação, que faz com que o consumidor compre sem nem ao menos saber o por quê.

Diante o quadro que se forma, o direito civilista aliado ao consumerista elenca a responsabilidade civil dessas relações – dentre outros dispositivos legais – como forma de harmonizar as relações e reparar eventuais danos decorrentes das práticas ilícitas. A exemplo disso, Brasil e Portugal já julgaram casos e criaram leis específicas cujo escopo é atacar a publicidade enganosa e abusiva.

A abordagem desse artigo apresenta de maneira breve essa adoção proibitiva, deixando a certeza de que ainda resta muito a se percorrer para proteger o consumidor efetivamente contra o universo publicitário desleal.

## REFERÊNCIAS

ALLEMAR, Aguinaldo. **Legislação de Consumo no âmbito da ONU e da União Europeia**. Curitiba: Juruá, 2003. ISBN 978.853-623-457-1.

ANDRIGHI apud LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva – Teorias do conceito de consumidor e jurisprudência do STJ. Revista Jus Navigandi [Em linha]. N.º 4153 (2014), p.1-2. [Consult. 25 Mar. 2016]. Disponível em <https://www.jus.com.br/artigos/30052>.

BARCELAR, Daniela. **Responsabilidade civil e direito do consumidor**. Curitiba: Juruá editora, 2009. ISBN 85-362-0962-3

BRASIL. Lei Federal 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro – CDC.

CAETANO, Joaquim; MARQUES, Humberto; SILVA, Carlos. **Publicidade, fundamentos e estratégias**. Lisboa: Escolar Editora, 2011. ISBN 978-972-592-302-3

CARVALHO, Antonio Carlos – A disciplina civil da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. Jus Navegandi [Em linha]. N.º 36 (1999). [Consult. 26 Mar. 2016]. Disponível em <https://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/asp?id=703>

DIRETIVA 2005/29 CE (11 Mai. 2005). [Em linha]. [Consult. 26 Mar. 2016]. Disponível em <http://eurlex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0029>

GONZÁLEZ, José Alberto. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-452-2.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**, trad. de Luiz Carlos Borges. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1992. ISBN85-336-0950-7.

LEI n.º 37/2007. **Diário da República I Série**, N.º 156 (14-08-07) p. 5277-5285.

MANUCCI, apud CASTRO, Ana Carolina Tourinho S. Relação de Consumo: elementos. Revista Jus Navigandi [Em linha]. N.º 3909 (2014), p.1-2. [Consult. 25 Mar. 2016]. Disponível em <https://www.jus.com.br/artigos/26875>

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. ISBN 852-032-815-6.

MARTINS, Plínio. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor**. Conceitos e Noções Básicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. CDU 34:381.876(81)

MELO, Nehemias Domingos. **Dano Moral nas Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-850-206-829-2.

MORAES, Mônica Maria Lauzid. Responsabilidade Civil da Agência e do Veículo de Comunicação na Publicidade Enganosa. [Em linha]. 2009. [Consult. 25 Mar. 2016]. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6647/Publicidade-e-responsabilizacao-civil>

MTV condenada. [Em linha]. [sl]. (5 Nov. 2002). [Consult. 26 Mar. 2016]. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2002-nov-05/juiz\\_manda\\_emissora\\_retirar\\_clipe\\_institucional\\_ar](http://www.conjur.com.br/2002-nov-05/juiz_manda_emissora_retirar_clipe_institucional_ar)

NEWTON, De Lucca – **Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2003.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. CDU-34:381.6(07).

OLIVEIRA, Ronald; ARANTES, Mariana. A publicidade enganosa sob o ponto de vista da ética no marketing – uma reflexão sobre as Casas Bahia. Revista Administração e diálogo [Em linha]. N.º 1 (2008), p. 1-17. [Consult. 26 Mar. 2016] Disponível em <http://revistas.pucsp.br/index.php/rad/article/download/2126/1279>.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Curitiba: Editora Juruá, 2006. ISBN 978-853-624-313-9