



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



DANTE PONTE DE BRITO

**PUBLICIDADE SUBLIMINAR NA INTERNET: IDENTIFICAÇÃO E
RESPONSABILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Tese de Doutorado

Recife
Novembro, 2016

DANTE PONTE DE BRITO

**PUBLICIDADE SUBLIMINAR NA INTERNET: IDENTIFICAÇÃO E
RESPONSABILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de Concentração: Direito Privado
Linha de Pesquisa: Transformações das relações jurídicas privadas.

Orientadora: Professora Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal.

Recife

Novembro, 2016

Catalogação na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1601

B862p

Brito, Dante Ponte de

Publicidade subliminar na internet: identificação e responsabilização nas relações de consumo. – Recife: O Autor, 2016.
257 f. : fig.

Orientador: Larissa Maria de Moraes Leal.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Projeção subliminar. 2. Anúncios pela internet. 3. Defesa do consumidor - Internet. 4. Ciberespaço - Aspectos sociais. 5. Publicidade. 6. Propaganda. 7. Comunicação de massa. 8. Consumo (Economia). 9. Consumidores - Atitudes. 10. Comercio eletrônico - Aspectos sociais. 11. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 12. Direito privado. I. Leal, Larissa Maria de Moraes (Orientador). II. Título.

343.071 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2016-036)

DANTE PONTE DE BRITO

**PUBLICIDADE SUBLIMINAR NA INTERNET: IDENTIFICAÇÃO E
RESPONSABILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Orientadora: Professora Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal.

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência da primeira, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professora Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal (Presidente – UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professora Dr.^a Juliana Teixeira Esteves (1º Examinador interno – UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (2º Examinador interno – UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. Venceslau Tavares Costa Filho (3º Examinador interno – UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos (4º Examinador externo – UFPB)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. Rodrigo Toscano de Brito (5º Examinador externo – UFPB)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Recife, 25 de novembro de 2016

Coordenadora Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves

Dedico aos meus pais, Ademir e Dilma, os pilares que serviram de sustentação durante a árdua caminhada que culminou na elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Nas palavras de William Shakespeare: “A gratidão é o único tesouro dos humildes”.
Aquele que não é grato pelo que tem nunca terá o suficiente.

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, pela possibilidade concedida de realizar mais um sonho que é a conclusão do Doutorado no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Meus agradecimentos se estendem também:

Aos meus pais, ao meu irmão e a toda minha família, sempre presentes, mesmo quando distantes fisicamente.

Aos colegas de trabalho do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí por compreenderem minha ausência nesses anos dedicados ao Doutorado, em particular ao Professor Nelson Juliano Cardoso Matos que foi um incentivador e me apoiou desde o primeiro dia em que ingressei na UFPI. A generosidade é sua marca registrada.

Aos alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito por compartilharem conhecimento durante todo o curso e aos funcionários pela disposição em ajudar.

Aos Professores do PPGD, notadamente aos docentes Roberto Paulino, Leonardo Cunha, Venceslau Tavares, Torquato Castro Jr., Fabíola Lôbo e Paulo Lôbo pelas brilhantes contribuições ofertadas ao longo desta caminhada de quase quatro anos.

Ao meu eterno orientador Professor Fernando Antônio de Vasconcelos pelo exemplo de caráter e humanidade e do que acredito ser um professor em sua verdadeira essência.

Ao Professor Rodrigo Toscano de Brito pela disponibilidade e ensinamentos repassados.

Ao Professor Dr. António Pinto Monteiro da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pela colaboração durante o período sanduíche em Portugal.

Aos membros da banca examinadora por disponibilizarem seu tempo para ler o trabalho e exercerem uma crítica acadêmica construtiva.

A todos meus amigos que contribuíram direta ou indiretamente para a construção desse trabalho acadêmico, principalmente a: Aniele Lacerda, Dayse Amâncio, Manuela Galvão, Cora Costa, Humberto Carneiro, Fabíola Santos, Márcio Souto, Sara Mendes e Gésio Veras.

A Dionis Machado por iluminar minha mente e meu coração na reta final da árdua trajetória que culmina com a defesa da tese.

Meu agradecimento especial vai para minha orientadora Professora Dr^a Larissa Maria de Moraes Leal pela compreensão, paciência, carinho e dedicação ao longo desta intensa jornada. Obrigado Professora por suas palavras sábias e atitudes acolhedoras!

“Os aspectos subliminares de tudo que acontece conosco podem parecer pouco importantes na vida cotidiana... [mas] são as raízes quase invisíveis de nossos pensamentos conscientes”.

Carl Jung

RESUMO

BRITO, Dante Ponte de. **PUBLICIDADE SUBLIMINAR NA INTERNET: IDENTIFICAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.** 257 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

Na sociedade contemporânea, caracterizada pela complexidade das relações jurídicas, há a necessidade de proteção especial do consumidor hipervulnerável. Uma das hipóteses de hipervulnerabilidade que reclama a referida tutela é a exposição em face da veiculação de mensagens publicitárias subliminares na internet. A concepção do virtual ainda não foi devidamente assimilada pelos juristas. Uma série de obstáculos foram criados para os quais a dogmática jurídica ainda busca respostas, quais sejam, a desterritorialização, a desmaterialização e a despersonalização das relações. O desconhecimento e o ceticismo quanto ao real poder de influência da publicidade subliminar no comportamento dos consumidores serviram de estímulo para construção deste estudo. Dentre as graves consequências que exsurtem diante da difusão de tal conduta ilícita destacam-se o consumismo e o superendividamento das famílias. A liberdade de escolha do consumidor é tolhida quando o anúncio não respeita a transparência e a lealdade que dele se espera. A boa-fé objetivamente considerada e a regra que propugna a identificação clara e imediata da mensagem são pilares que sustentam o edifício jurídico denominado Direito do Consumidor. Dessa forma, o desrespeito a tais normas deve gerar a atribuição de responsabilização de todos os atores envolvidos: fornecedores-anunciantes, agências publicitárias, veículos de comunicação e celebridades que emprestam a imagem ao anúncio. O enfrentamento conjunto do tema por parte da doutrina e da jurisprudência e também dos legisladores constitui a solução para evitar e coibir essa prática contumaz. Ressalte-se que a educação, em sentido amplo, para o consumo responsável revela-se como um antídoto diante da fragilidade dos usuários da internet, vítimas da manipulação por intermédio da profusão de publicidades subliminares.

Palavras-chave: Publicidade Subliminar. Consumidor. Internet. Responsabilização.

ABSTRACT

BRITO, Dante Ponte de. **SUBLIMINAL ADVERTISING ON THE INTERNET: IDENTIFICATION AND ACCOUNTABILITY IN THE CONSUMER RELATIONS.** 257 f. Thesis (Doctorate in Law) – Post-Graduate Program in Law, Legal Sciences Center – **Faculty of Law of Recife** – Federal University of Pernambuco, Recife, 2016.

In the contemporary society, characterized by the complexity of legal relations, there is a necessity for special protection of hyper-vulnerable consumers. One of the hypotheses of hyper-vulnerability which claims such protection is the exposition to exhibitions of subliminal advertising messages on the Internet. The conception of virtual matters has not been properly assimilated by jurists. A number of obstacles have been created for which the legal doctrine is still seeking for answers, which are, the dispossession, the dematerialization, and the depersonalization of relationships. The ignorance and skepticism about the real power of the influence of subliminal advertising on the consumer's behavior served as a stimulus for the construction of this study. Among the serious consequences that appear on the dissemination of such unlawful conduct stand out the consumerism and the overindebtedness of families. The consumer's freedom of choice is dwarfed when the advertisement does not respect the transparency and loyalty expected of it. The good faith objectively considered and the rule that advocates the immediate and clear identification of the message are the pillars that support the legal structure called Consumer Law. Thus, the disregard to such rules must generate assignment of accountability of all actors involved: suppliers-advertisers, advertising agencies, media companies and celebrities who lend their images to the ads. The collective coping of this theme by the doctrine and jurisprudence as well as by legislators, constitutes the solution to avoid and restrain this contumacious practice. It is emphasized that education, in a broad sense, for the responsible consumption, is revealed as an antidote to face the fragility of Internet users, victims of manipulation through the profusion of subliminal advertising.

Key words: Subliminal Advertising. Consumer. Internet. Accountability.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Publicidade Comparativa: Coca-Cola x Pepsi	154
Figura 2 – Guerra concorrencial: Coca-Cola x Pepsi	155
Figura 3 – Publicidade Enganosa: incentivo ao superendividamento	157
Figura 4 – Publicidade Abusiva: uso indevido de imagem infantil.....	162
Figura 5 – Bonecas Barbie: novas versões para atrair o público infantil	165
Figura 6 – Publicidade infantil subliminar: estímulo a hábitos alimentares não saudáveis ..	168
Figura 7 – Publicidade de bebida alcoólica: uso abusivo da imagem feminina.....	171
Figura 8 – Publicidade do Teresina Shopping na rede social Facebook	174
Figura 9 – Revista Veja: uso das cores e influência subliminar	195
Figura 10 – Publicidade subliminar no cinema: HP.....	200
Figura 11 – Publicidade subliminar no cinema: McDonald's	201
Figura 12 – Publicidade subliminar da empresa de cosméticos Jequiti: novela Carrossel ...	202
Figura 13 – Pokémon: efeito subliminar provoca danos à saúde dos telespectadores	203
Figura 14 – Jogo virtual Miss Bimbo: influência subliminar ao consumismo e erotização da imagem infantil.....	208
Figura 15 – Site Neopets: estímulo subliminar à competitividade e ao consumismo	209
Figura 16 – Site Porta dos Fundos: imagem sugestiva subliminar dos refrigerantes Coca-cola e Dolly	210
Figura 17 – <i>Site</i> Porta dos Fundos: publicidade subliminar da franquia de alimentos Spoleto por meio de cenário e vestuário representativos da marca	211

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DIREITO, INTERNET, CIBERESPAÇO E MENSAGENS SUBLIMINARES	19
1.1 Internet: definição, evolução histórica e características.....	19
1.2 Ciberespaço.....	27
1.3 Direito e internet.....	31
1.4 O acesso à internet e o direito à informação.....	36
1.5 Mensagens subliminares e a internet.....	39
2 SOCIEDADE DO CONSUMO, COMUNICAÇÃO DE MASSA, ARTIFÍCIOS SUBLIMINARES E CULTURA CONSUMISTA	44
2.1 O poder da publicidade na sociedade de consumo de massa.....	45
2.2 A proteção do consumidor na sociedade de massa.....	47
2.3 A comunicação de massa e os artifícios subliminares.....	58
2.4 Sociedade de consumidores, modernidade líquida, consumismo e cultura consumista na visão de Bauman.....	61
2.4.1 A sociedade de consumidores e a modernidade líquida.....	61
2.4.2 A cultura do consumismo.....	67
2.4.3 A publicidade na cultura do consumo.....	71
2.4.4 A proteção do consumidor na cultura do consumo.....	73
3 HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICAS POR MEIO DA INTERNET	78
3.1 Identificação do imperativo de proteção do consumidor.....	78
3.2 Sistema normativo de tutela do consumidor.....	82
3.3 Vulnerabilidade e hipervulnerabilidade dos consumidores na internet.....	91
3.4 Proteção da relação jurídica de consumo na internet.....	100
4 PUBLICIDADE: DEFINIÇÃO, SUJEITOS, FUNÇÕES, CONTROLE E MODALIDADES	107
4.1 Publicidade: definição.....	107
4.1.1 Diferença entre publicidade e propaganda.....	110
4.1.2 Alteração do papel da publicidade.....	113
4.1.3 Sujeitos: anunciante, agência de publicidade e veículo de comunicação.....	117
4.2 Poder de persuasão da publicidade.....	119
4.3 Entre regras e princípios: proibição da publicidade ilícita.....	121
4.4 Controle da publicidade?.....	137
4.5 Modalidades de publicidade.....	145
4.6 Publicidade infantil, dos fumígenos e das bebidas alcoólicas.....	164
4.7 Publicidade na internet: <i>spams</i> , <i>banners</i> , <i>pop-ups</i> , <i>hotsites</i> e <i>virais</i>	172
4.8 A publicidade na internet como elemento impositivo da comunicação de massa.....	181
5 TUTELA DO CONSUMIDOR E PUBLICIDADE SUBLIMINAR NA INTERNET: APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	185
5.1 A manipulação por meio de mensagens subliminares na internet.....	185

5.2 Surgimento da técnica subliminar de persuasão e sua influência no inconsciente do consumidor.....	189
5.3 Distinção entre publicidade subliminar e <i>merchandising</i>	192
5.4 Casos concretos de utilização de publicidade subliminar: cinema, televisão e internet.....	200
5.5 Publicidade ilícita e responsabilização nas relações de consumo.....	212
5.6 Análise da responsabilidade civil do fornecedor-anunciante, dos meios de comunicação, das agências de publicidade e das celebridades.....	221
5.7 Responsabilidade pelos danos causados ao consumidor e pelo efeito residual nocivo da publicidade subliminar na internet.....	231
CONCLUSÃO	239
REFERÊNCIAS	245

INTRODUÇÃO

O Direito não é estático, ao contrário, é de sua natureza epistemológica estar permanentemente em construção. Novas demandas decorrentes das relações de consumo surgem diuturnamente e a ciência jurídica não pode se furtar em enfrentá-las com seriedade e sensatez. Exige-se, assim, tanto do legislador, quanto dos intérpretes e dos aplicadores da norma uma análise criteriosa e bem fundamentada juridicamente a fim de extrair a melhor solução para os casos concretos.

Foi nesse panorama que nasceu a ideia embrionária de enfrentar um tema relevante, porém ainda não muito debatido, qual seja, a violação dos direitos do consumidor por meio da difusão da publicidade subliminar na internet.

A atividade publicitária constitui grande motor do mercado de consumo enquanto veículo dinamizador de suas potencialidades e da sua diversidade e, nessa perspectiva, não há como negar sua faceta benéfica e positiva no processo de desenvolvimento da economia. Em outras palavras, a publicidade assume, nos dias de hoje, uma relevância e um alcance significativos, quer no âmbito das operações comerciais, quer como instrumento privilegiado do fomento da concorrência, fundamental para as empresas e para captação dos respectivos clientes.

Além disso, a manifestação dos fornecedores de produtos e serviços por meio da publicidade constitui um dos pilares de sustentação da livre iniciativa, valor que se encontra expressamente homenageado já no artigo 1º da Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹. O respeito à liberdade de atuar no mercado não significa, todavia, que inexistam limites.

Há enorme influência da publicidade na mente do consumidor e conseqüentemente nos índices do consumo. Não obstante o reconhecimento do papel positivo da atividade publicitária, a utilização de forma astuciosa e ilegal das mídias com intuito de manipulação pode causar diversos prejuízos à parte mais frágil da relação jurídica consumerista, como, por exemplo, o consumismo e o superendividamento das famílias.

O intuito da escolha do referido tema é contribuir para o debate acerca de um problema que atinge e prejudica os consumidores sem que, muitas vezes, estes se deem conta. Dessa

¹ Art. 1º, CF: “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:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 134.

forma, faz-se mister que a doutrina e a jurisprudência² e também a legislação enfrentem a problemática das publicidades subliminares, sob pena de a violação dos direitos do consumidor por essa prática se tornar algo contumaz.

Cabe destacar que o trabalho despertou interesse da comunidade acadêmica em todos os eventos em que se fez presente durante o decorrer do período de elaboração da tese. Tal constatação se deve, dentre outros fatores, ao fato de que as relações de consumo concretizadas por meio da internet aumentam a passos largos e, em um futuro próximo, a tendência socioeconômica de ‘inclusão digital’ proporcionará o crescimento ainda maior do número de consumidores usuários da rede mundial de computadores. Ademais, a originalidade da problemática apresentada chama a atenção dos juristas.

Diz-se isso visto que as mensagens publicitárias subliminares ainda não são encaradas pela comunidade jurídica com a importância que merecem. O desconhecimento e o ceticismo quanto ao seu real poder de influência na conduta dos consumidores serviram de estímulo para a construção desta investigação científica.

Mensagens publicitárias subliminares são aquelas capazes de induzir o indivíduo a um comportamento de consumo não conscientemente desejado. São instrumentos de comunicação de massa que têm por finalidade atingir o inconsciente e instigar o consumismo, que é a aquisição por impulso de produtos e serviços desnecessários, conforme será detalhado no segundo capítulo.

Enfrentar o tema da violação dos direitos do consumidor em face da profusão da publicidade subliminar e ainda delimitar o problema especificamente na rede mundial de computadores é algo original e, por essa razão, digno de discussão em uma tese de doutoramento.

Ainda no que se alude à importância da temática, é necessário notar que malgrado a sua natureza interdisciplinar, tendo em vista que se refere não apenas à seara jurídica, mas também envolve aspectos sociológicos e psicológicos, além de relacionar-se à ciência da comunicação, o trabalho trará contribuição preponderante ao Direito, notadamente à esfera específica do direito do consumidor.

² Apesar de compreender que a inserção de jurisprudência no corpo de um trabalho científico acerca do tema estudado constitui elemento fundamental para uma tese de doutoramento em Direito de excelência, ressalte-se, desde já, que são escassos os litígios sobre direito de publicidade e, mais especificamente, em relação à publicidade subliminar, que assomam os nossos tribunais. Tal constatação se dá, dentre outros fatores, devido à ausência do debate sobre a questão, sendo este um dos motivos que motivaram a construção do presente estudo.

Há muito tempo a publicidade deixou de ter o papel meramente informativo que estava presente em seu surgimento e passou a influir na vida do cidadão de maneira tão profunda a ponto de mudar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamentos.

As mensagens publicitárias tornaram-se ferramentas poderosas de interferência no comportamento do consumidor, atuando nas fases de convencimento e na decisão de consumir. Partindo do pressuposto que o consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano, é plausível presumir que o valor da pesquisa não se restringirá apenas à comunidade acadêmica.

Em face disso, este estudo objetiva oferecer subsídio cognitivo para os que lidam com as relações jurídicas de consumo, haja vista que o esclarecimento de soluções ao término do trabalho trará contribuições para uma determinada categoria de consumidores, aqueles que utilizam a internet.

A dificuldade em identificar as mensagens subliminares na rede talvez seja um dos principais obstáculos a ser enfrentado. Apesar de diversos dados já demonstrarem o impacto negativo que essa modalidade de publicidade velada ocasiona, como se examinará no decorrer dos capítulos, muitos insistem em ignorar seu poder de persuasão e o senso comum chega até a duvidar de sua real existência.

Outro desafio encarado por esta pesquisa é escrever com clareza sobre um tema que é obscuro por sua própria natureza. No intuito de facilitar a compreensão do leitor, em alguns momentos serão utilizadas ilustrações, de modo que a visualização no próprio corpo do trabalho dê uma noção mais palpável da materialização da modalidade de publicidade denominada subliminar.

É certo que o debate sobre as relações de consumo e a sua respectiva proteção vêm alcançando mais espaço no meio acadêmico. A inserção da disciplina Direito do Consumidor no currículo das Instituições de Ensino Superior (IES), como matéria obrigatória e não mais meramente optativa, constitui sintoma do reconhecimento de que o vínculo normativo entre fornecedor e consumidor merece atenção especial.

Tal fato é decorrência, dentre outras motivações, de uma tendência de valorização das demandas coletivas com o objetivo de assegurar os postulados da solidariedade e da fraternidade e atingir a pacificação social por meio de instrumentos que visam proteger os mais necessitados.

Nota-se, ainda, que o caráter multidisciplinar da matéria consumerista possibilita sua interação com outros ramos jurídicos, a exemplo do direito civil, constitucional, processual, penal e, também, do direito administrativo.

Levando em consideração os desafios que o tema impõe, a finalidade do presente trabalho consiste em analisar novos problemas surgidos em decorrência do caráter sub-reptício da publicidade subliminar por meio da rede mundial de computadores, que são: a) como reduzir a dificuldade de identificação de uma publicidade subliminar na rede? b) de que forma pode-se evitar o tolhimento da liberdade de escolha do consumidor em face dessa modalidade de publicidade ilícita?; c) qual o limite aceitável em relação à violação da privacidade e intimidade dos usuários (potenciais consumidores) pelo caráter impositivo da publicidade na rede?; d) quais as características da publicidade subliminar na internet e por que esta é capaz de induzir o consumidor a um comportamento não conscientemente desejado?; e) como se dá a apuração da responsabilidade pelos danos causados aos consumidores pela veiculação da publicidade subliminar na internet? f) de que maneira é possível mitigar o efeito residual da publicidade subliminar que, pelo fato de ser massiva, mesmo sendo retirada de circulação por ser reconhecidamente danosa, habita a mente dos potenciais consumidores na rede por um longo período em função de seu caráter impositivo e agressivo?; e, por fim g) compreender por que não existem políticas públicas preventivas que combatam essa nova modalidade de publicidade a fim de coibir ou mitigar a violação aos direitos do consumidor?

Não se pode olvidar que é com o debate acerca de temas controversos que surgem os fundamentos jurídicos para uma decisão justa no caso concreto. Daí a ideia de debruçar-se sobre o conjunto de questões aventadas acima. Ademais, só há razão de ser para uma pesquisa científica aprofundada se sua aplicação prática for relevante. É o caso deste estudo que se dedica a identificar, prevenir e coibir a conduta cotidiana de manipulação dos consumidores por intermédio da publicidade subliminar veiculada na rede mundial de computadores.

Observa-se, ainda, que a problemática enfrentada encontra-se em adequada aderência à linha de pesquisa “Transformações das relações jurídicas privadas”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, restando evidenciada a pertinência temática exigida em relação a esta tese de Doutorado.

Uma tese deve apresentar progresso para a área científica em que está situada. Por se tratar de uma abordagem original, buscou-se avançar na fronteira do conhecimento, o que revela a preocupação em realizar uma pesquisa comprometida em contribuir com o estado da arte no âmbito do direito do consumidor.

No que concerne à metodologia utilizada para desenvolver a pesquisa adverte-se que foi observada a técnica de pesquisa bibliográfica, com procedimento de leitura e fichamento de textos em livros, artigos científicos, dissertações e teses, consulta de legislação e jurisprudência sobre o tema proposto.

Por meio da pesquisa documental foram coletados dados referentes aos informes publicitários, com destaque para aqueles veiculados na internet subliminarmente, com o intuito de proceder à análise de seu poder de influência sobre o consumidor.

Quanto aos métodos de procedimento para o desenvolvimento do trabalho foram empregados os métodos histórico, comparativo e interpretativo. O primeiro teve papel fundamental na investigação sobre a evolução histórica da internet, bem como na análise das transformações ocorridas nas relações jurídicas com o advento da rede, do ciberespaço.

A utilidade do método histórico revelou-se, ainda, no delineamento traçado no segundo capítulo sobre a evolução da sociedade, da comunicação e do consumo de massa, momento no qual o consumidor foi perdendo o seu juízo crítico diante da publicidade agressiva e impositiva.

Por meio do método comparativo foram demonstradas as diferenças e semelhanças entre as modalidades de publicidade e por que razão o anúncio subliminar é um instrumento de persuasão cada vez mais presente nas campanhas publicitárias. Além disso, tal método comprovou ser essencial no afã de estabelecer o cotejo entre as normas do ordenamento jurídico pátrio e do direito alienígena no que tange às relações de consumo e, mais especificamente, à publicidade.

Lançou-se mão do método interpretativo na busca de identificação dos danos causados aos consumidores e da respectiva apuração da responsabilidade pela prática desenfreada da veiculação de publicidade subliminar na rede.

O referido método de procedimento esteve presente, igualmente, na investigação acerca da manipulação do consumidor por meio da técnica subliminar e nas divergências de interpretação por parte da doutrina no que se refere à responsabilização dos diversos sujeitos envolvidos na problemática objeto da pesquisa, quais sejam, o anunciante, a agência de publicidade, o veículo de comunicação que difunde a mensagem, além das celebridades que emprestam sua imagem para divulgação de determinado produto ou serviço.

Faz-se mister deixar claro, desde já, que relações jurídicas por meio da rede mundial de computadores estão aptas a gerar questões relacionadas ao Direito Internacional Privado. Isso ocorre visto que, diante da eliminação de fronteiras, elevam-se as dificuldades de determinar a norma aplicável aos casos concretos e a competência dos tribunais para julgamento dos litígios que surjam no ciberespaço³. No entanto, este estudo não se destina à averiguação do referido problema. Para alcançar tal desiderato, o objetivo central da pesquisa seria desviado

³ CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 25.

e, em virtude da complexidade e extensão do tema, seria necessária a constituição de uma nova tese.

Ainda no afã de esclarecer o leitor acerca da delimitação do objeto de estudo, importante registrar que a problemática da violação dos direitos do consumidor por meio da publicidade subliminar na internet é abordada sob o espectro do sistema consumerista brasileiro. Todavia, apesar da bibliografia nacional ser o principal referencial teórico, em diversas oportunidades o diálogo com o direito português, além de outras obras do direito alienígena e também a busca de autores estrangeiros de ciências sociais afins serviram de alicerce para a construção do trabalho.

Para atingir a finalidade pretendida, o texto divide-se em cinco capítulos. O primeiro busca desvendar como nasceu e quais são as características fundamentais do meio de comunicação mais revolucionário dos últimos anos, qual seja, a rede mundial de computadores. Alguns aspectos acerca do ciberespaço e da inserção das mensagens subliminares na internet são debatidos na parte inicial do trabalho. As lições de Pierre Lévy revelam-se de fundamental importância para a compreensão dos temas referidos acima.

No segundo capítulo são apreciados os fenômenos da sociedade, comunicação e consumo de massa e da cultura consumista. A visão do sociólogo polonês Bauman constitui o referencial teórico que dá sustentação às reflexões dessa parte da pesquisa. Os ensinamentos de Bourdieu e Mary Douglas contribuiram, outrossim, para a construção do alicerce argumentativo desse capítulo. Discute-se aqui a alteração do comportamento do consumidor diante dos artifícios subliminares difundidos com o fenômeno da massificação das relações sociais e econômicas.

No terceiro capítulo, verifica-se a abordagem da hipervulnerabilidade do consumidor nas relações jurídicas por meio da internet. A identificação da necessidade de proteção do consumidor, a presunção de vulnerabilidade, as hipóteses de hipervulnerabilidade, os aspectos relevantes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (lei 8.078/90) e a tutela dos consumidores que navegam na rede mundial de computadores são os principais pontos destacados nessa parte.

A pesquisa propõe a inclusão dos consumidores que navegam na rede mundial de computadores na categoria dos hipervulneráveis por entender que a publicidade se aproveita da fragilidade destes (caracterizada, dentre outras razões, pela ausência de conhecimento sobre as tecnologias da informação e pelo papel ativo na *web*, e não meramente passivo, na aquisição de bens de consumo) para capturar seus desejos e fazer com apresentem conduta em

desconformidade com sua saúde e segurança, ocasionando problemas graves como o consumismo e o superendividamento das famílias.

A publicidade constitui o foco de discussão do quarto capítulo. São traçadas a definição de publicidade e sua natureza jurídica, sem prescindir do debate acerca da função que esta exerce no mercado de consumo e dos sujeitos envolvidos no anúncio. Dedicase aqui um tópico para a análise das regras e princípios que devem nortear o direito da publicidade no ordenamento jurídico pátrio.

Diversas são as modalidades de publicidade que violam os direitos do consumidor, tanto na mídia tradicional quanto na internet e o exame crítico de tais tipos auxilia o consumidor no esclarecimento e proteção de suas prerrogativas. As normas e sistemas de controle responsáveis por prevenir e coibir a veiculação de mensagens ilícitas também estão presentes nesse momento do trabalho.

A manipulação por meio da publicidade subliminar na internet, o tolhimento da liberdade de escolha do consumidor em face dessa prática ilícita e sua diferença para o *merchandising* permeiam as discussões do quinto capítulo.

Serão analisados casos concretos no intuito de demonstrar a importância prática deste estudo científico. O efeito residual nocivo que permanece, mesmo após o anúncio com mensagem subliminar ter sido retirado de circulação, constitui tema árido, mas que merece ser enfrentado.

Na parte final analisar-se-á a reponsabilidade em face da veiculação de publicidade subliminar na internet. Aqui é o momento da apreciação da conduta dos fornecedores-anunciantes, dos veículos de comunicação de massa, das agências de publicidade e das celebridades envolvidas no anúncio. É também a ocasião oportuna para o debate sobre os danos causados pela difusão da publicidade subliminar na rede e para discussão em relação às políticas públicas de prevenção e de imposição de sanções aos infratores.

1 DIREITO, INTERNET, CIBERESPAÇO E MENSAGENS SUBLIMINARES

1.1 Internet: definição, evolução histórica e características

Diversas são as acepções encontradas para compreender o significado da internet. Do ponto de vista técnico, a nomenclatura internet constitui uma abreviatura de *interconnect networks*. Percebe-se, portanto, que o vocábulo internet trata-se de um neologismo, originário da língua inglesa, que pode ser traduzido para o português como rede interativa. A interatividade é, na verdade, a dimensão essencial da internet⁴.

Nas palavras de Casimiro: “a internet pode ser definida como uma interconexão de redes que operam a ligação de vários computadores entre si (ou seja, redes informáticas) a uma escala mundial”⁵. Em uma definição simples e clara esta pode ser compreendida como o conjunto de protocolos e serviços que interliga redes de computadores e possibilita o acesso à comunicação e às informações em âmbito global.

Conforme se extrai das ideias iniciais aventadas acima, uma das características fundamentais da internet é a possibilidade de interligar pessoas de diversas culturas e localidades. Não existe uma língua mundial, contudo, diversas nações utilizam a rede mundial de computadores⁶ para se comunicar, se informar e, além disso, consumir. Há quem defenda a tese de que os impossibilitados de navegar no mundo virtual sofrem verdadeira exclusão e, por essa razão, o acesso à internet deveria ser considerado um direito de todo cidadão – tema que será discutido adiante.

Embora a perspectiva de conectar pessoas seja algo inerente à concepção de internet nos dias de hoje, nem sempre foi assim. A rede mundial de computadores deu seus primeiros passos no ano de 1958, durante o período da Guerra Fria, com a criação da DARPA (*Defence Advanced Research Projects Agency*), nas bases militares dos Estados Unidos da América (EUA)⁷.

Em 1969, a DARPA inaugurou uma rede de comunicações para organizações ligadas à investigação científica na área de Defesa, a qual chamou de ARPANET (*Advanced Research*

⁴ PEREIRA, Alexandre Dias. A liberdade de navegação na internet: browsers, hyperlinks, meta-tags. **Estudos de Direito da Comunicação**, Coimbra: n. 03, p. 227-260, 2002, p. 228.

⁵ CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Almedina, 2000, p.17.

⁶ Para efeito deste trabalho internet e rede mundial de computadores serão utilizados como termos equivalentes, embora parte da doutrina entenda que se tratem de conceitos distintos. Tal diferenciação não constitui objeto de investigação deste estudo.

⁷ FACHANA, João. **A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na internet**: em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores. Coimbra: Almedina, 2012, p.22.

Projects Agency Network). A intenção dos norte-americanos era trocar informações de modo seguro, sobretudo na hipótese de deflagração de uma guerra.

A preocupação inicial da rede se resumia, portanto, em interligar computadores militares e industriais. O propósito a ser atingido era a construção de algo capaz de conectar pontos estratégicos como, por exemplo, centros de pesquisa e tecnologia e, além disso, fazer com que esta organização fosse protegida contra quaisquer tipos de ataques ou bombardeios inimigos⁸.

Os pioneiros na construção desse novo mundo virtual tinham o intuito de criar uma rede em que não houvesse um computador central que controlasse todo o sistema, ou seja, um aparelhamento de arquitetura aberta. Essa característica da ubiquidade permanece até os dias atuais, visto que a internet está presente em diferentes lugares simultaneamente e a liberdade conferida aos seus usuários constitui uma das vigas de sustentação desse veículo de comunicação.

Na década de 1980, a rede mundial de computadores passou a ser disponibilizada para fins educativos e, em seguida, ingressou no mercado comercial, iniciando uma trajetória jamais vista na história, de expansão superior a todos os meios de comunicação conhecidos até a atualidade.

A internet conquistou 50 milhões de usuários em 5 anos, contra os 10 anos da TV a cabo, 13 da TV normal, 38 do rádio e 70 anos do telefone. Foi com o desenvolvimento comercial da internet que a expressão *eletronic commerce (e-commerce)* passou a ser utilizada para caracterizar as relações de compra, venda e troca de produtos e serviços por meio eletrônico⁹.

No que se refere ao aspecto do consumo, conforme se verificou no decorrer das pesquisas para a elaboração da tese, a violação dos direitos da parte mais frágil da relação jurídica consumerista se dá de forma contumaz. Poucas empresas na internet contam com algum canal de comunicação para reclamação, as políticas de devolução de bens e de cumprimento da norma que dispõe sobre o direito de arrependimento são insuficientes e o fornecimento de informações fundamentais de interesse do consumidor são negligenciados em diversos casos.

No Brasil, as portas foram abertas para a internet no final da década de oitenta, por iniciativa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, da

⁸ Ressalte-se que, apesar de não ser a única, a referida teoria é a mais aceita para explicar a origem da internet e também a que será adotada nesta pesquisa.

⁹ A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **Revista Superinteressante**. São Paulo: Abril. Edição 162, mar 2001. Disponível em: <super.abril.com.br/tecnologia/a-sociedade-da-informacao>. Acesso em: 18 jan. 2016.

Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Laboratório Nacional de Computação Científica. No ano de 1989, o Ministério da Ciência e Tecnologia instituiu a Rede Nacional de Pesquisas com o objetivo de coordenar a disponibilização de serviços de acesso à internet no Brasil.

Nesse contexto, um fato histórico relevante, que merece ser lembrado, é o 31 de maio de 1995, data em que o Ministério das Comunicações publicou a norma 004, aprovada pela Portaria n. 148, que passou a regular o uso de meios de rede pública de telecomunicações para o provimento e a utilização de serviços de conexão à internet, marcando o nascimento comercial do sistema no país¹⁰.

Esse fato histórico proporcionou ao Brasil a condição de acompanhar as transformações mundiais no mesmo passo que as nações desenvolvidas. Significou que a sociedade brasileira encontrava-se inserida em uma rede global de indivíduos e foi essencial para o amadurecimento de várias questões jurídicas que, a partir de então, foram apresentadas no âmbito da sociedade brasileira.

Em síntese, a entrada da internet nas residências, juntamente com a criação de uma consciência do consumidor (fato esse impulsionado pela elaboração do Código de Proteção e Defesa do Consumidor em 1990, tema que será abordado no capítulo 3 do presente trabalho), foram dois fatores essenciais para que o Brasil pudesse construir um pensamento jurídico sustentável, com base em padrões de conduta vivenciados na experiência de problemas práticos e de soluções que já vêm sendo aplicadas, algumas boas e outras ainda a serem aperfeiçoadas.

Outra característica marcante da internet é sua infraestrutura genérica, que permite a concepção de aplicações e protocolos dos mais diversos tipos, e, além disso, por ser um circuito de estrutura aberta que engloba inúmeras redes individuais, possibilita a interligação de várias conexões em nível global. Foi o protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) que permitiu essa realidade. Segundo Fachana:

O TCP é um mecanismo de transporte, orientado para conexão de dados e que fornece uma ligação confiável, garantindo assim que os dados cheguem íntegros ao local de destino. Por sua vez, o IP executa a tarefa básica de levar pacotes de dados da origem para o destino. O protocolo IP serve também de identificação do computador que emite os dados para serem transportados na rede, o que pode ser importante para a **identificação dos utilizadores que colocam e difundem conteúdos na Internet** (Grifo nosso)¹¹.

¹⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

¹¹ FACHANA, João. **A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na internet**: em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores. Coimbra: Almedina, 2012, p.23.

Ressalte-se que a parte final da afirmação do autor citado é de suma importância para os fins a que se propõe esta pesquisa, visto que a identificação daquele que veicula publicidade subliminar na rede mundial de computadores constitui elemento essencial para eventual responsabilização.

Desde a criação do referido protocolo, a internet vem crescendo em ritmo acelerado e várias aplicações vêm sendo criadas, como o correio eletrônico (*e-mail*)¹², a *world wide web*¹³, o *hiperlink*¹⁴, dentre outras. Nas palavras de Ascensão:

A internet permitiu a experimentação de um tipo de comunicação de âmbito mundial. Apresentou-se com um carácter atractivo, que levou a que os destinatários nela se empenhassem e adestrassem, e por outro lado ficassem dependentes deste modo de comunicação. Muito rapidamente, o sistema evoluiu, de um estilo amadorístico e cultural, para instrumento poderoso de negócios¹⁵.

A integração de texto, imagens e sons no mesmo sistema em uma rede global, em condições de acesso aberto modifica de maneira fundamental o carácter da comunicação. É essa alteração a que se refere o autor. O computador e as outras tecnologias semelhantes permitiram que o modo de compartilhar informações fosse otimizado a partir de diversos suportes físicos que são ampliados diuturnamente.

E mais, a forma de interligar as referidas informações na rede encontra-se em constante mutação, visto que, à medida que se descobrem técnicas diferentes ou que se intensifica a procura de inovações nessa área, vão surgindo novas formas de apresentação da informação¹⁶.

O espaço virtual ultrapassa, hoje, os limites do computador. Os *smartphones*, *tablets* e outros dispositivos de acesso móvel à internet trazem consigo a característica da portabilidade. Não é suficiente mais conectar-se à rede de um ponto fixo. O desejo de mobilidade e urgência

¹² O correio eletrônico é a mais antiga e uma das aplicações mais utilizadas na internet. Como seu próprio nome sugere, funciona como um correio permitindo a emissão e a recepção de mensagens sob o formato eletrônico. Entre o momento da emissão e da recepção, a mensagem fica armazenada no servidor de correio que pertence, em regra, ao fornecedor de acesso.

¹³ As abreviaturas *www*, *web* ou *w3* referem-se à chamada *world wide web* (teia do tamanho do mundo, em tradução livre) que é a área mais conhecida e utilizada na internet e consiste no espaço de publicação de páginas com informações destinadas aos usuários de todo o mundo que, para as pesquisar, visualizar, folhear e receber, utilizam um programa de computador denominado *browser*. As informações contidas nas páginas da *web* podem ser textos, gráficos ou outras imagens e até obras com som e com sucessão de imagens que podem ser simultaneamente vistas e ouvidas.

¹⁴ *Hiperlink* ou hipervínculos são ligações de hipertexto que, uma vez selecionadas, permitem mudar de página ou de sítio consoante a vontade do usuário da rede mundial de computadores.

¹⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 85.

¹⁶ CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Almedina, 2000, p.33.

do consumidor exige que as prestadoras de serviço de telecomunicações forneçam velocidade maior¹⁷.

Foi com o *www* que o comércio eletrônico expandiu-se em uma complexa rede de atividades efetuadas em escala mundial entre um número cada vez maior de participantes empresariais e individuais¹⁸. No entanto, não se pode ignorar que essa revolução tecnológica e da comunicação vem criando significativos obstáculos para o Direito. Senão vejamos.

O primeiro dos obstáculos é a chamada desmaterialização. Com a internet, o mundo passou a ser projetado virtualmente em um suporte material. O tempo que as pessoas destinam ao uso da rede vem aumentando e com o auxílio dos *smartphones* é possível ficar praticamente vinte e quatro horas *on line*. Atividades do cotidiano como ir a um banco e realizar uma transação financeira ou contratar o seguro de um veículo podem ser realizadas por meio de um aplicativo sem que o consumidor precise ir fisicamente à agência.

Apesar dos esforços de diversos segmentos no âmbito do Direito, inclusive na luta pela informatização no acompanhamento dos processos no Poder Judiciário, a concepção do virtual ainda não foi devidamente assimilada pelos juristas, haja vista que o meio eletrônico cria uma série de entraves para os quais a dogmática jurídica ainda não encontrou respostas.

O Direito ainda encontra-se alicerçado e engessado em bases físicas. Para a devida compreensão e adaptação a essa nova forma de relação jurídica, se faz necessária a observância da lealdade entre as partes envolvidas. Espera-se, por exemplo, que uma publicidade veiculada em uma página na rede seja verdadeira, clara, não abusiva, que o produto adquirido realmente chegue ao endereço indicado no prazo acordado e que haja uma sede física da loja ou um depósito. Em síntese, as incertezas e desconfianças precisam ser superadas a fim de que a desmaterialização das relações jurídicas virtuais não se torne um empecilho para a integração do mundo físico com o virtual.

Outro obstáculo que vem a reboque da virtualização das relações jurídicas é a chamada desterritorialização. O ciberespaço – assunto a ser discutido no próximo tópico – redefiniu a noção física de território. A nova concepção de território fez estremecer os adeptos do dogmatismo jurídico que apregoam certezas a partir de conceitos fechados. Nas palavras de Limberger e Barreto:

¹⁷ AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **A boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo limitador da autonomia da vontade nos contratos eletrônicos de consumo**. 2010. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2010, p. 85.

¹⁸ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Comércio eletrônico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 14-15.

A Internet possibilitou a criação, no ciberespaço, de um *correlato virtual* para tudo aquilo que existe no plano físico, o que faz com que se possa considerar o “plano virtual” com uma espécie de “extensão” de nosso mundo físico: bancos, lojas, organizações, universidades – todos com seu correlato no ciberespaço. Não obstante, *não é possível estender esta tradicional noção de jurisdição, construída a partir de uma realidade física ao ciberespaço*, até mesmo porque esta “vivência em dois mundos (físico/virtual) gerou o complexo fenômeno da *desterritorialização*¹⁹.

Diante da atual dinâmica da sociedade, um novo paradigma territorial surge – a desterritorialização – com características de mobilidade e fluidez e não mais como uma arquitetura fechada. Assim, o jurista tradicional tende a buscar respostas prontas na dogmática jurídica, no entanto, esta não se encontra apta a resolver toda e qualquer problemática apresentada, sobretudo, em razão da hipercomplexidade da sociedade globalizada. O caminho, por conseguinte, seria deixar de voltar os olhos exclusivamente para o passado e buscar o equilíbrio entre os descompassos temporais existentes entre Direito e sociedade da informação, sincronizando suas respostas com as expectativas sociais.

O termo “sociedade da informação”, referido acima, não se mostra adequado pois faltaria tecnicidade. Melhor seria o uso da expressão “sociedade da comunicação”, tendo em vista que é esta que vem sendo impulsionada e revolucionada, sobretudo quando se pensa na ampliação da comunicação de massa, reflexo das relações virtuais que constituem o objeto deste estudo²⁰.

Um terceiro percalço que pode ser apontado nessa linha de raciocínio é a chamada despersonalização das relações jurídicas. No mundo virtual, o espaço antes preenchido por indivíduos fisicamente presentes deu lugar a endereços de *e-mails*, senhas, redes sociais e *sites* de busca e de compra e venda de produtos e serviços.

A ideia de despersonalização da relação jurídica remete a um emblemático caso, ocorrido em 2006, em Lincolnshire, distrito ao leste da Inglaterra. Uma criança de apenas três anos de idade acessou o computador de seus pais e comprou um carro pela internet no *site* de leilões *e-Bay*, no valor de US\$ 17 mil. O garoto Jack Neal, navegando na rede, conseguiu concluir a aquisição do automóvel visto que sua mãe, Rachel Neal, havia salvado a senha do *e-Bay* no computador. John e Rachel, pais de Jack, descobriram o ocorrido quando receberam um *e-mail* parabenizando os mais novos proprietários. John entrou em contato com o *site* para explicar o sucedido e conseguiu cancelar a venda²¹.

¹⁹ LIMBERGER, Têmis. BARRETO, Ricardo Menna. Ciberespaço e obstáculos 3-D: desafios à concretização dos direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: n. 79, p. 101-120, jul/set 2011, p. 111.

²⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 87.

²¹ Criança de três anos compra carro no eBay. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,menino-de-3-anos-compra-carro-de-us-22-mil-no-ebay,20060926p71741>>; Acesso em 04 ago. 2016.

Esse exemplo demonstra bem como o consumidor encontra-se totalmente despersonalizado, podendo ser de qualquer idade, nacionalidade, bastando que possua uma assinatura eletrônica e um número de cartão de crédito.

A segurança oriunda da interação presencial entre as partes da relação jurídica é colocada em xeque, em virtude da complexidade do espaço virtual. O intercâmbio via computador tem a característica de despersonalizar as relações, produzindo novas formas de sociabilidade. Assim, a possibilidade de burla da identidade real é, portanto, um dos fatores que intensifica a desconfiança no ambiente virtual.

É verdade que quando a internet dava seus primeiros passos não se vislumbrava o aspecto do consumo entre suas finalidades. Passada essa rápida fase de adaptação, vislumbrou-se na rede mundial de computadores um excelente meio de negócios, que minimizava custos e maximizava resultados, vejamos:

Devido à sua facilidade de uso e à sua capacidade para ligar pessoas a informações do mundo inteiro, a internet está criando uma base para novos tipos de produtos, serviços e relações entre organizações. Pessoas de lugares distantes podem comunicar-se interativamente, pedir produtos e serviços. Os empresários podem negociar com seus fornecedores e instituições financeiras. Assim, desde 1995 os usuários da internet vêm acompanhando o desenvolvimento de diversas aplicações, desde comerciais interativos até experiências em realidade virtual. Quase todas as empresas de médio a grande porte, em todo o mundo, já possuem um site²².

A crescente utilização da internet também para fins comerciais – e não somente para troca de informações a título de cortesia ou no exercício de atividades institucionais não lucrativas – tem exigido a atenção dos estudiosos do direito sobre uma série de problemas tornados agora mais complexos em virtude, dentre outros fatores, da internacionalidade do fenômeno.

No aspecto do consumo, não há dúvidas de que a rede mundial de computadores trouxe inúmeras vantagens, bastando lembrar a comodidade de poder adquirir produtos ou serviços sem sair da própria casa e por preços menores do que os existentes nos estabelecimentos físicos dos fornecedores. No entanto, não se pode olvidar que o consumidor que utiliza a internet encontra-se em um estado de vulnerabilidade extremo.

Mais adiante, no terceiro capítulo, tratar-se-á do tema da hipervulnerabilidade em relação a determinados grupos específicos de consumidores, momento em que será

²² DA ROCHA, Roberto Silva. Natureza jurídica dos contratos celebrados com *sites* de intermediação no comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: n. 61, p. 230-269, jan/mar 2007, p. 234.

aprofundado o debate acerca da inclusão dos consumidores usuários da rede mundial de computadores na referida categoria.

As assimetrias já existentes entre fornecedores e consumidores, não apenas permanecem, como, na verdade, acentuam-se consideravelmente na rede, exacerbando mais ainda a fragilidade do consumidor internauta. Nesse sentido:

Os grandes conglomerados empresariais e suas visíveis e invisíveis interligações com o poder político, os mecanismos de controle de preços mefistofelicamente exercidos pelos oligopólios, a sedução exercida pela publicidade e pelo *marketing* agressivo etc. etc., tudo revela a extrema fragilidade do consumidor diante de tais circunstâncias [...] ²³.

O *marketing*²⁴ agressivo é fortalecido com o uso da internet, visto que esta propicia que se faça publicidade na própria moradia do consumidor, induzindo-o a expectativas irresistíveis de comportamentos de consumo não apenas nele, mas também em todos os membros da família, ocasionando até mesmo conflitos entre os mesmos.

Os chamados *web designers* são responsáveis pela criação de um ambiente atrativo na *web* capaz de influenciar o consumidor. Não há dúvidas que anúncios animados e interativos são mais eficazes do que os estáticos; e é por meio da utilização desses artifícios que se dá modificação do comportamento dos usuários da internet transformando, por vezes, o consumo em consumismo, questão que será objeto de estudo do próximo capítulo.

São as relações jurídicas envolvendo o consumidor e o fornecedor por meio da internet que constituem o foco desta investigação científica. Conforme afirmado na introdução, serão abordados com profundidade e obstinação os seguintes problemas: o tolhimento da liberdade de escolha do consumidor em face da publicidade subliminar na internet, o efeito residual nocivo da publicidade desleal, as características da prática desenfreada de envio de publicidades subliminares, a violação à privacidade e intimidade dos consumidores na rede, a apuração da responsabilidade pelos danos causados por meio da publicidade subliminar nas relações virtuais, além do papel do judiciário no combate às referidas violações aos direitos do consumidor.

²³ DE LUCCA, Newton. Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol. II, n. 3, p. 113-132, set 2012, p. 119-120.

²⁴ O termo *marketing* não se confunde com publicidade (a relação entre ambos é de conteúdo e continente, distinção que será debatida mais adiante) e deriva do latim *mercatus* que significa local de compra e venda. Em uma visão contemporânea pode-se afirmar que a referida expressão abrange todas as atividades comerciais relacionadas à circulação de bens e serviços, desde a sua produção até seu consumo final. Destarte, o conceito de *marketing* está estreitamente ligado a ideia de lucro inerente ao capitalismo, compreendendo desde estudos sobre as necessidades ou desejos do consumidor e tendências do mercado, até a distribuição e venda de bens de consumo.

Se em um primeiro momento a inclusão da internet no mercado comercial é o paraíso para todos os fornecedores de produtos e serviços, logo em seguida pode vir a se tornar um terreno perigoso para os consumidores. Neste momento deve-se recorrer ao Direito na busca de evitar e solucionar conflitos na rede. A discussão acerca desse tema é o escopo principal do presente trabalho.

1.2 Ciberespaço

O estudo do ciberespaço constitui contribuição indispensável para a finalidade a que se propõe esta pesquisa. O referido termo vem sendo utilizado para identificar um novo local onde se desenvolvem diversas relações pessoais, econômicas, comerciais e jurídicas.

Conforme afirmado no tópico anterior, o ciberespaço reformulou profundamente a noção física de território e pode ser definido como um ambiente virtual criado pelos sistemas de informática, interligados por meio de redes internacionais de computadores, no qual os indivíduos interagem social e juridicamente, por meio de instrumentos eletrônicos²⁵.

É preciso deixar claro, desde já, que o virtual não deve ser considerado antônimo de real e muito menos sinônimo de imaginário. O ambiente virtual nada mais é do que um novo espaço de interconexão da sociedade contemporânea, caracterizado, fundamentalmente, pela inexistência de limites fronteiriços.

Nas palavras de Lévy: “É virtual toda entidade ‘desterritorializada’, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados sem, contudo, estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular”²⁶. Assim, é imprescindível que conheçamos o espaço virtual com profundidade para que, com esse conhecimento, possamos proporcionar um diálogo melhor com o território real.

Grande parte das relações humanas ocorrem, atualmente, no ciberespaço, sendo este um território que não possui fronteiras geográficas clássicas. Esse fato torna a aplicação das normas jurídicas uma tarefa complexa, visto que estas foram historicamente concebidas para aplicação em um determinado espaço físico. Assim, é difícil regulamentar, por exemplo, relações de consumo que se dão sem a necessidade da presença física das partes e contratos que são concluídos com um simples toque na tela do computador ou de um *smartphone*.

A expressão ‘ciberespaço’ nasceu em 1984, no romance de ficção científica denominado *Neuromancer*, de autoria de William Gibson. Na obra, ciberespaço significa o

²⁵ GIBSON, William. *Neuromancer*. São Paulo: Aleph, 2008, passim.

²⁶ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2000, p. 47.

universo das redes digitais, descrito como campo de batalha entre as multinacionais, palco de conflitos mundiais nas fronteiras econômica e cultural²⁷. O termo advém de outra expressão: ‘cibernética’, que designa a ciência que estuda as comunicações e o sistema de controle nos organismos vivos e também nas máquinas.

Cumprir destacar que o reconhecimento da existência do ciberespaço não ocasiona o desaparecimento do espaço físico. Como mencionado anteriormente, o virtual não substituirá o real, haja vista que não há contradição entre os dois espaços. Deve-se compreender que o estudo do ambiente virtual se faz necessário para uma melhor captação das consequências, inclusive jurídicas, da adoção desse novo tipo de relacionamento por meio da rede mundial de computadores. Além disso, o ciberespaço não tem o condão de eliminar os demais meios de comunicação. Pelo contrário, o papel dele é incentivar ainda mais a interatividade, facilitando a vida cotidiana dos indivíduos.

Para Lévy, “ciberespaço é o espaço de comunicação aberto pela interconexão de computadores e das memórias de computadores”²⁸. Ainda segundo o filósofo francês, essa definição inclui o conjunto de sistemas de comunicação eletrônicos (aí abrangidos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitam informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização.

O traço distintivo do ciberespaço está no acesso à distância a diversos recursos de um computador, não sendo mais necessário, portanto, dispor da informação no local em que ela se encontra, uma vez que ela está disponível, virtual e imediatamente a qualquer usuário, independentemente das coordenadas espaciais de seu suporte físico.

Na era da globalização e da desmaterialização dos suportes da informação, é possível o acesso a uma imensa gama de dados, produtos e serviços, que são transmitidos e reproduzidos em uma velocidade jamais imaginada em um passado recente. Essa característica peculiar da rapidez com que se dá a difusão da informação representou uma verdadeira quebra de paradigmas, repercutindo na economia e na cultura vivenciadas pela sociedade nas últimas décadas.

A referida alteração de paradigmas trouxe diversas consequências, dentre elas um maior poder de informação do consumidor e um aumento na velocidade das transações

²⁷ GIBSON, William. **Neuromancer**. São Paulo: Aleph, 2008, p. 8.

²⁸ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2000, p. 92.

comerciais, ocasionando uma mudança de costumes propiciada pela era do ciberespaço, em que o conhecimento passa a ser um valor de grande expressão²⁹.

Destarte, pode-se perceber que o crescimento desse novo ambiente virtual corresponde a um desejo de comunicação recíproco que visa, sobretudo, à criação de um tipo particular de interação entre as pessoas. Essa nova forma de relacionamento social está baseada na descentralização da informação. Segundo o pensamento de Lévy, “o gênero humano já passou por três períodos históricos evolutivos: a oralidade, a escrita e a virtualização, na qual se encontra atualmente. Portanto, a informatização ou virtualização representa mais um ponto positivo na evolução humana”³⁰.

É preciso destacar a relevância desse fenômeno para o ordenamento jurídico dos Estados, tendo em vista que, no ciberespaço, a noção de fronteira geográfica parece não mais existir. Isso ocorre, entre outras coisas, devido à descentralização que é característica fundamental da rede mundial de computadores, conforme afirmado no tópico anterior.

No mundo tradicional, a questão da demarcação do território sempre foi definida pelos aspectos da abrangência da cultura de um determinado povo e pelos recursos físicos que esse território dispõe. O ciberespaço rompe essas duas barreiras visto que o ambiente virtual constitui um novo território, que não pode ser demarcado e no qual a própria riqueza assume caráter diferente. Agora, a informação é o bem mais valioso. Nesse contexto, os conceitos basilares de soberania e territorialidade dos Estados encontram-se estremecidos diante do atual momento histórico que muitos estudiosos denominam de: era digital.

A virtualização ampliou a variabilidade de espaços e temporalidades. A rede é desterritorializante e, por meio dela, é possível visitar diversos lugares no mundo sem necessidade de passaporte. Diante dessa realidade, não se sabe mais exatamente até onde um ordenamento jurídico tem alcance. No que se refere à publicidade por meio da internet, tema central deste estudo, o problema se torna extremamente grave. Uma mensagem com conteúdo subliminar veiculada na *web* pode trazer consequências danosas para um consumidor em diferentes partes do mundo.

A noção de ciberespaço altera profundamente a maneira de organização da sociedade. Por essa razão, existem aqueles que não se permitem conhecer esse novo modelo de

²⁹ AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **A boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo limitador da autonomia da vontade nos contratos eletrônicos de consumo**. 2010. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2010, p. 87.

³⁰ LEVY, Pierre. **O Que é Virtual?** Rio de Janeiro: Editora 34, 1996, p. 25.

comunicação e interatividade; ao revés, preferem ignorá-lo (como se isso fosse admissível), pois temem perder o poder e o monopólio para o mundo virtual.

Dentre os numerosos desafios a serem enfrentados pelos juristas, destaca-se a dificuldade em apontar qual a jurisdição aplicável em caso de conflitos de interesses surgidos numa relação jurídica por meio da rede mundial de computadores. Nessa esteira, a ciência jurídica se vê instada a propor instrumentos que extrapolem o princípio da territorialidade no afã de adequar as soluções dos casos concretos, se possível, na mesma velocidade das alterações proporcionadas pelo ciberespaço.

No caso das relações de consumo, por estar evidente que uma das partes encontra-se desprotegida, qual seja, o consumidor, parece haver um consenso na doutrina e jurisprudência de que se deve buscar a proteção do vulnerável (conforme será analisado no capítulo 3), aplicando a legislação mais benéfica para aquele que sofreu o prejuízo. Nessa toada é o pensamento de Pinheiro:

No caso da parte a ser protegida, um consenso é a busca da proteção ao lesado. Se, por exemplo, um consumidor chileno é lesado por um *site* brasileiro, serão aplicadas as leis do consumidor daquele país. Se esse *site* não quer responsabilizar-se por problemas que gere no Chile, deve deixar claro, de alguma forma, seu limite de atuação; deve informar quais os usuários que terá condições de atender e a que legislação está submetido, já que não necessariamente um *site* chileno tem empresa constituída no Chile, como o fato de um *site* brasileiro ter terminação “.com” não significa que tem empresa constituída nos Estados Unidos. Ter presença virtual representa a responsabilidade de poder ser acessado por indivíduos de qualquer parte do mundo. Portanto, o princípio de proteção na sociedade da informação é justamente a informação³¹.

Há, no entanto, uma dificuldade no que se refere à questão probatória, visto que o dano causado por uma publicidade ilícita na internet, por exemplo, pode ter proporções globais e atingir um número de consumidores indefinido. Acerca do assunto:

A maior tendência da internet é para a globalização, justamente, porque, no meio eletrônico, desaparecem os limites (*borders*) estatais e territoriais. O mundo eletrônico (*cyber world*) teve como efeito a desterritorialização ou, para muitos, a desnacionalização dos negócios jurídicos. No *cyberspace*, a noção de soberania clássica (estatal-jurídica ou política) isto é, fazer leis, impor leis e julgar condutas, rendendo efetivas as leis postas pelo Estado (*enforceability*) diminui sua força (ou mesmo desaparece, para alguns). É bastante difícil tornar efetiva a regulamentação estatal ou assegurar competência das jurisdições estatais na internet³².

³¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83-84.

³² MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 88-89.

Nesse diapasão, o meio eletrônico e as relações jurídicas por meio do ciberespaço teriam quebrado o paradigma estatal, visto que os ordenamentos jurídicos internos dos Estados não dão conta do novo consumidor que não necessita mais se deslocar fisicamente de seu país e, muitas vezes, sequer de seu domicílio, para realizar negócios jurídicos. Isso o torna mais vulnerável técnica e juridicamente e inaugura a necessidade de uma tutela mais ampla que será objeto de discussão deste trabalho mais adiante.

1.3 Direito e internet

Em consonância com o exposto acima, a internet é uma ferramenta que possui poucas décadas de existência e, portanto, tem pela frente um longo caminho para se desenvolver. No caso da escrita, por exemplo, foram necessários pelo menos três mil anos para que se atingisse o atual estágio, no qual grande parte das pessoas sabe ler e escrever. Com a inclusão digital provavelmente não será necessário o mesmo período de tempo, mas é preciso ter em mente que há muito ainda para acontecer nessa seara.

Em razão disso, cabe ressaltar que é muito cedo para prever categoricamente o futuro do ambiente virtual. Ao invés de pronunciar conclusões precipitadas, é tempo de estudar o tema com cautela. Sobre o exposto adverte Aquino Júnior:

Qualquer normatização que venha a tratar do assunto deverá ser genérica o suficiente para sobreviver ao tempo e flexível o bastante para atender às idiossincrasias próprias desse campo sem cair na obsolescência de institutos passageiros. Na verdade, a volatilidade e a universalidade da informação, pela dinamicidade de sua natureza, estão ainda acima da capacidade de regulação jurídica, uma vez que se leva certo tempo para que se apreendam os novos fenômenos sócio-político-culturais e, assim, passem a ser valorados juridicamente³³.

Nos últimos anos as ferramentas digitais estão revolucionando o mundo e sua maneira de pensar e de solucionar os problemas. Ainda é cedo, todavia, para saber se, considerando vantagens e desvantagens, esta revolução é positiva ou negativa.

A fase é de conjecturas e incertezas. No entanto, existem alguns consensos acerca do destino do ambiente virtual. *Prima facie* mister se faz refletir sobre o comportamento do fornecedor de produtos e serviços. Aqueles que trafegam no setor do comércio e no mercado de consumo não devem ficar indiferentes à nova realidade digital e, necessariamente, precisam

³³ AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **A boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo limitador da autonomia da vontade nos contratos eletrônicos de consumo**. 2010. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2010, p. 83.

se adequar ao novo modelo, mesmo que isso implique grandes investimentos em equipamentos, programas e treinamento de pessoal. Diante dos novos paradigmas do mercado contemporâneo, a modernização na estrutura empresarial é algo extremamente valorizado.

No atual cenário de economias globalizadas, onde imperam a eficiência e a comunicação, a diminuição virtual das distâncias entre fornecedores e consumidores tornou-se não somente uma estratégia das empresas, mas também um imperativo de sobrevivência comercial³⁴.

O comércio eletrônico se apresenta hoje como uma realidade. As marcas conseguem atingir diversas partes do mundo com o auxílio da publicidade virtual. Os empresários entenderam que estar *on line* não significa mais apenas estar na vanguarda, mais sim uma necessidade de mercado³⁵.

Assim, os que não acompanharem essa nova revolução tecnológica (assim como aqueles que não acompanharam a primeira ou a segunda Revolução Industrial) podem vir a ser vítimas de um ostracismo negocial em um futuro não muito distante. Nesse contexto, a oferta de bens, serviços e informações no ambiente virtual, o número de *sites* e aplicativos de fornecedores e de *shopping centers* eletrônicos (lojas virtuais) crescem em ritmo acelerado, facilitando o contato das empresas com o maior número possível de consumidores.

Diante do exposto pergunta-se: qual seria o papel do Direito frente a essa nova modalidade de relação jurídica? As relações jurídicas de consumo por meio da rede mundial de computadores nada mais são do que um estágio evolutivo da sociedade contemporânea que decorre do desenvolvimento tecnológico vivenciado em todo o mundo. O ordenamento jurídico pátrio tem o dever tomar uma atitude quanto a nova realidade que se impõe.

Na verdade, o Direito tem a obrigação de tentar acompanhar, se possível na mesma velocidade, esta revolucionária evolução social. É papel da ciência jurídica estar sempre a reboque da sociedade, tutelando os interesses mais relevantes de um determinado momento histórico. Hoje, as relações que envolvem o comércio e o consumo por meio da rede constituem uma dessas prioridades a serem tuteladas.

A grande questão é que, em face da novidade da matéria, não se sabe exatamente a forma pela qual o Direito deve intervir no comércio eletrônico. Nessa perspectiva afirma Finkelstein:

³⁴ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet**: responsabilidade dos provedores pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2003, p.25.

³⁵ MELO, Romeu Pessoa de. **Comércio electrónico**: os principais problemas das contratações electrónicas via internet. 2010. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra: 2010, p. 37.

Tanto na perspectiva do empresário, quanto na do intérprete ou na do legislador, o comércio eletrônico é algo tão novo e revolucionário que, até o presente momento, não se pode afirmar, com certeza, **qual seja seu real impacto na economia ou a necessidade de sua regulamentação**. (Grifo nosso)³⁶.

Buscando elucidar sobre a parte final do pensamento ora descrito, será realizada aqui uma breve análise sobre o comportamento do Direito no mundo digital.

Os posicionamentos existentes acerca desse novo papel do Direito podem ser divididos em dois grupos. O grupo ontológico sustenta que estamos diante de um novo mundo, que demanda um Direito diferente. Já o grupo instrumental defende simplesmente a adaptação das regras já existentes no ordenamento jurídico atual, mediante o emprego da analogia.

A posição ontológica assevera que estamos perante um mundo virtual diferente do mundo físico. Segundo os adeptos dessa corrente, existe um ambiente digital dentro do qual se encontra um novo modo de pensar que segue paradigmas digitais.

No âmbito jurídico, afirma-se que deve haver a criação de uma Constituição da internet que dará origem a um Direito novo. Nesse sentido, pode-se mencionar a promulgação, após três anos de intensos debates, da lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet³⁷. Tal norma tem o papel de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

No decorrer de seus trinta e dois artigos, o Marco Civil da Internet regulamentou temas específicos como a proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas, a guarda dos mesmos diante da possibilidade de sua eventual requisição pelas autoridades, a neutralidade da rede e a responsabilidade civil dos provedores de conexão e aplicações na *web*.

Na visão da posição ontológica, o Marco Civil serviria como divisor de águas em relação às relações travadas na rede e não representaria apenas uma norma de adaptação às novas ferramentas tecnológicas disponíveis no mercado de consumo. Da leitura da lei 12.965/14 extrai-se uma preocupação do legislador com a privacidade e, sobretudo, com a liberdade de expressão, com o intuito de estabelecer que um discurso livre e plural na rede não sofra uma indevida interferência externa ou uma eventual censura prévia³⁸.

³⁶ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 27.

³⁷ Ressalte-se que a lei 12.965/14, denominada Marco Civil da Internet, apesar de se propor a disciplinar as diretrizes atinentes ao uso da rede mundial de computadores no Brasil não tutelou de forma satisfatória a atividade publicitária na internet, razão pela qual esta pesquisa não deter-se-á na análise minuciosa de tal norma.

³⁸ TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelo danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. **Revista Fórum de Direito Civil**: RFDC, ano 4, n. 10, set/dez 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 87.

Sobre esta base, sustenta-se que o Direito que conhecemos não estaria apto a regular esse novo espaço e também não teria muitas funções a desempenhar. Para a corrente ontológica a morosidade legislativa contribui para que o ordenamento jurídico atual encontre-se obsoleto e a ausência de legislação específica sobre o tema acaba gerando inúmeras incertezas nas relações jurídicas por meio eletrônico.

Aqui reside uma reflexão crítica relevante que merece ser arguida por este estudo, qual seja, deve haver regulamentação específica da proibição da publicidade subliminar na internet no ordenamento jurídico pátrio? A inexistência de norma expressa nesse sentido enfraquece a proteção do consumidor?

Em contrapartida aos adeptos da corrente ontológica, o grupo instrumental defende que os conflitos existentes nas relações jurídicas tradicionais e nas relações jurídico-virtuais são similares. Segundo os partidários desse pensamento, deve ser utilizado o emprego da analogia para a solução de tais demandas e, em que pese o fascínio exercido pelos novos termos, eles devem ser analisados mediante a assimilação dos fenômenos já conhecidos.

Diante de duas concepções diametralmente opostas, é comum que seja construída uma terceira via que absorva os aspectos positivos das teorias anteriormente propostas e proponha um ponto de equilíbrio.

Nesse raciocínio, na busca de conciliar as concepções trazidas pelos grupos ontológico e instrumental e observando a máxima do *virtus in medium est*, há uma posição intermediária acerca do tema, defendida por Lorenzetti, na obra intitulada: **Comércio Eletrônico**. Segundo o autor:

A posição ontológica nos parece excessiva no que toca à pretensão de consagrar um mundo novo paralelo ao real, uma nova dimensão imune ao sistema normativo. Inversamente, a tese instrumental peca por ser insuficiente, toda vez que a transposição analógica omite a consideração dos elementos específicos da nova situação fática, e, por isso, não raramente ineficaz. [...] Há que se aceitar as inovações e também inovar. É prudente que se as examine mediante o “paradigma da ancoragem”, o que significa estabelecer os pontos fixos que permitam inovação, mas não a insensatez, a hipótese aventureira ou a improvisação. A ancoragem significa estudar inovações, aceitá-las, mas num contexto de valores, de normas claras e de rigor³⁹.

Destarte, seguindo o raciocínio de Lorenzetti, o Direito vigente deve ser entendido como o ponto fixo, uma âncora com a função de evitar que o mundo digital aliene-se da enorme experiência adquirida ao longo de séculos de história do Direito tradicional, especialmente no

³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luiz **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 77.

que se refere à hierarquia de valores, a noção de justo e razoável e, sobretudo, aos princípios elementares do ordenamento jurídico vigente.

Em síntese, as normas construídas ao longo de séculos de história devem permanecer no ordenamento, como uma âncora, todavia, como os conflitos permanecem, mas o meio os modifica, é necessário que o Direito acompanhe as mudanças e as regule de forma específica quando as situações fáticas ou a sociedade assim o exigirem.

Na visão de Neto a própria definição de ciberespaço, trazida à lume no tópico anterior, contribui para afastar a posição conservadora que simplifica o problema da aplicabilidade do direito na internet, tentando adaptar a legislação tradicional aos casos ocorridos na rede, sob o argumento de que não há necessidade de regras específicas para regular tais situações jurídicas, por serem semelhantes as relações já acontecidas no mundo antes do advento da *web*⁴⁰.

Seguindo esse raciocínio, além da mencionada lei 12.965/14, o Marco Civil da Internet, que deve ser interpretado como uma norma de adaptação aos novos tempos, o ordenamento jurídico nacional vem demonstrando a intenção de acompanhar a nova era digital, como se comprova também por meio da criação do Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta a lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

Entre os elementos novos e específicos presentes no ambiente virtual, onde cada vez mais se concretizam relações sociais, econômicas e jurídicas, é mister destacar aqui aqueles que, geralmente, não aparecem nas relações jurídicas tradicionais. São eles: a distância física entre o fornecedor de produtos e serviços e o consumidor nas relações de consumo; a simultaneidade da oferta e aceitação nos contratos por meio da internet, o que denota uma maior rapidez na realização do negócio jurídico; a desterritorialidade da contratação, que passa a ser feita em um território virtual; a dificuldade em definir limites territoriais e físicos; a velocidade com que as decisões devem ser tomadas; a exteriorização das vontades perante máquinas ou equipamentos eletrônicos; a crescente capacidade de resposta dos indivíduos; a invasão da privacidade e intimidade desses, que agora ocorre de uma forma diferenciada, ou seja, sem o infrator precisar sequer sair de seu domicílio.

Ainda acerca das novidades oriundas da internet, Posner aponta quatro problemas essenciais que o ambiente virtual ocasiona a toda a sociedade. São eles: a facilitação, a

⁴⁰ NETO, Antônio Silveira. **Relações comerciais na Internet**: a violação da privacidade e dos direitos do consumidor. 2004. 197 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa: 2004, p. 23.

disseminação e o recebimento de material indecente, particularmente de pornografia infantil. O segundo problema refere-se à inexistência de um controle de qualidade na internet e à difusão de informações inexatas e enganosas. Em terceiro lugar, em razão da rede mundial de computadores oferecer às pessoas a oportunidade de levar o seu discurso a um enorme público, ela acaba multiplicando a potencialidade lesiva do discurso irresponsável. Finalmente, a internet fomenta o comportamento antissocial, por permitir que pervertidos e extremistas encontrem seus pares com maior facilidade⁴¹.

Aqui cabe uma reflexão no que tange ao terceiro problema apontado pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Em virtude do potencial de lesividade infinitamente maior na rede, a danosidade das informações falsas ali veiculadas se torna muito mais grave.

A título de ilustração, basta pensar no exemplo de veiculação por meio da internet de uma publicidade enganosa ou abusiva de determinado produto que causou prejuízos à saúde da população. O tamanho do público atingido por aquele discurso inverídico é demasiadamente superior em relação à publicidade veiculada em uma mídia tradicional. Por essa razão, deve haver maior rigor na fiscalização e punição dessas condutas ilegais por intermédio da rede mundial de computadores.

Ao longo do trabalho esses e outros aspectos concernentes às relações jurídicas no ambiente virtual serão discutidos e aprofundados, no intuito de alertar, esclarecer e apontar soluções para os problemas suscitados.

1.4 O acesso à internet e o direito à informação

Nas últimas décadas o acesso às tecnologias da informação tornou-se circunstância indissociável do cotidiano do homem contemporâneo. Nesse contexto, são necessários esforços no afã de fomentar a educação tecnológica visando à familiarização com as ferramentas digitais desde os primeiros anos escolares, além do investimento na educação não formal, com vistas a conferir uma maior prevenção dos riscos inerentes ao ambiente do ciberespaço e uma melhor utilização desses novos instrumentos de socialização.

Já é comum utilizar a expressão “analfabetismo digital” para explicar o fenômeno da exclusão dos indivíduos do acesso à rede mundial de computadores. Esse novo tipo de excluído sente dificuldade de interagir socialmente, visto que não possui conhecimento acerca do uso

⁴¹ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 92-95.

das novas tecnologias e, por vezes, não consegue acompanhar a velocidade com que ocorrem as mudanças.

Ressalte-se que a ignorância digital constitui um fenômeno amplo e atinge diversas camadas da sociedade. Além da população de baixa renda, outros grupos como os idosos e também pessoas com determinado tipo de deficiência capaz de dificultar o uso de tecnologias da comunicação são vítimas dessa realidade.

Para Peck, aqueles que não tiverem existência virtual dificilmente sobreviverão também no mundo real, e esse talvez seja um dos aspectos mais aterradores dos últimos tempos⁴².

Diante da nova modalidade de ausência de conhecimento mencionada acima, faz-se necessária a adoção de mecanismos que mitiguem a distância entre o cidadão e o acesso à rede. Além da capacitação adequada para utilizar os equipamentos e da distribuição em larga escala dos mesmos, o reconhecimento do acesso à internet como um direito é algo que merece atenção no plano jurídico.

O direito à informação em geral impõe-se ao Estado. Este deve assegurar ao cidadão a possibilidade de se informar sobre os aspectos relevantes da vida em sociedade. Já o direito à informação em particular incumbe ao polo oposto do consumidor na relação contratual de consumo e engloba a disciplina da publicidade, temática central deste estudo⁴³.

Não ter acesso à internet é o mesmo que estar privado do direito à informação, sobretudo, no que se refere àquela informação que é absorvida em tempo real, um bem imaterial, de valor econômico ainda incomensurável, mas que se torna cada vez mais precioso com o avanço da tecnologia da informação.

Em uma sociedade de comunicação de massa, temática que será debatida no próximo capítulo, para que seja alcançada a liberdade e a igualdade dos indivíduos de forma ampla, se faz necessária a possibilidade de ter acesso ao meio de interação mais revolucionário da história recente: a rede mundial de computadores. Aqueles que não gozam de tal direito correm o risco de sofrerem a exclusão social descrita anteriormente.

Nessa perspectiva é preciso ter em mente que o processo de democratização do direito à informação passa pelo direito de acesso à internet, uma vez que tal ferramenta permite que indivíduos de lugares diferentes e com graus distintos de educação possam dispor do mesmo

⁴² PECK, Patricia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

⁴³ COUTO, Rute. Publicidade: dimensão do direito do consumidor à informação. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: n. 9, p. 51-67, mar 2013, 54.

conteúdo, além de facultar a possibilidade de construção de informações e divulgação do que estão produzindo⁴⁴.

O presente trabalho científico defende a tese de que o direito de acesso à internet é uma decorrência direta do direito à informação. E mais, não basta apenas a simples disponibilização de um computador e de uma rede de banda larga de qualidade aos indivíduos. O direito de acesso engloba, outrossim, uma educação para navegar na *web*. Um usuário, que é um potencial consumidor, torna-se vítima fácil das estratégias de *marketing* se ele não tem a orientação mínima para fugir das armadilhas dos fornecedores de produtos e serviços que exploram o ambiente virtual.

A educação para um consumo responsável na *web* constitui uma das formas de combate e prevenção em face da violação dos direitos do consumidor, inclusive diante da publicidade subliminar na internet, problema que motivou esta investigação acadêmica.

A rede mundial de computadores representa, hoje, um elemento essencial para a disseminação da informação, o que impacta o crescimento da economia, de forma que seu controle vem sendo alvo de uma série de disputas de Estados soberanos.

Dessa forma a inserção do acesso à internet no conteúdo jurídico do direito à informação faz com que o cidadão tenha seu espectro de proteção ampliado e, conseqüentemente, o valor constitucional da dignidade da pessoa humana é homenageado.

Com o acesso à informação o consumidor pode exercer dignamente o seu direito de escolha no mercado de consumo, sobretudo em face dos detentores do poder econômico que insistem em estimular a indução ao consumismo e a restrição da liberdade por intermédio da publicidade (subliminar ou não) massificada.

Se não há respeito ao direito à informação, o resultado é o agravamento da vulnerabilidade do consumidor. Este se encontra tolhido em sua liberdade de escolha no momento em que tal direito é restringido. Daí surge a necessidade de proteção especial do consumidor hipervulnerável que navega na rede, tema que será debatido no tópico 3.3.

Adverte-se que houve uma transformação na abordagem tradicional do fornecedor em face do consumidor. Esta deixou de ser predominantemente direta e presencial, com discussão dos direitos e obrigações de ambas as partes. Na era da comunicação de massa a divulgação das

⁴⁴ TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelo danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. **Revista Fórum de Direito Civil**: RFDC, ano 4, n. 10, set/dez 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 83.

informações, a propagação de ofertas e a aquisição de produtos e serviços ocorrem com o auxílio da internet⁴⁵.

Parece desarrazoado imaginar que a inclusão digital se dará somente pelo crescimento do mercado, sem que ocorra qualquer intervenção estatal no sentido de combater a desigualdade de acesso e de incorporação de tecnologias de informação.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que será objeto de estudo no capítulo 3 da tese, manifesta-se nessa linha de pensamento em seu artigo 4º, inciso II, ao prescrever como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo a presença no Estado no mercado de consumo.

A internet, hoje em dia, deve ser acessível a todos, constituindo um verdadeiro bem público. Todo cidadão deve ter direito de acesso à rede mundial de computadores e a sociedade da informação (ou de comunicação) deve ser maximizada, sob pena de haver exclusão social. A universalização desse direito, entretanto, não deve ocorrer sem a devida orientação, em consonância com o exposto outrora⁴⁶.

Por essa razão, pretende-se, com o desenvolvimento deste trabalho, defender a ampliação dos direitos do consumidor, com a consequente inserção do direito de acesso à internet e demais mídias digitais no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, como forma de incluir o cidadão e, conseqüentemente, informá-lo e protegê-lo em face das armadilhas presentes nas chamadas tecnologias da informação, sobretudo no que concerne à veiculação de publicidade subliminar por meio da *web*.

1.5 Mensagens subliminares e a internet

O cérebro humano possui atividades conscientes e inconscientes. O consciente consiste na interação entre a mente e o cérebro e relaciona-se com o estado de atenção, sentimento e percepção, tanto interna quanto externamente. O inconsciente representa todo o resto, tudo aquilo a que o indivíduo não está atento⁴⁷. Alerta Freud sobre o inconsciente que:

A atividade psíquica inconsciente é mais abrangente e mais importante do que a familiar atividade ligada à consciência. Ela nos permite dissecar o aparelho psíquico em um certo número de diferentes atividades ou sistemas, mostrando-nos que, no

⁴⁵ BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. **A regulação da publicidade infantil**. 2013. 157 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2013, p. 14-15.

⁴⁶ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Compêndio Jurídico da Sociedade da informação**. Lisboa: Quid Juris. 2004, p. 31.

⁴⁷ MALTEZ, Rafael Tocantins. **Publicidade subliminar**. 2008. 437 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2008, p. 182.

sistema de atividade mental inconsciente, operam-se processos de tipo inteiramente diferente dos percebidos na consciência⁴⁸.

A palavra subliminar em sua origem significa “abaixo do limite”. Os psicólogos a empregam para referir-se ao que está aquém do limite da consciência. O cérebro subliminar é invisível, no entanto, é capaz de influenciar as escolhas do consciente humano de maneira que a capacidade de emitir julgamentos rápidos e tomar decisões importantes estão intrinsecamente relacionadas ao inconsciente.

Adverte Cavazza que expressões faciais, a entonação da voz e até a forma de pronunciar as palavras podem influenciar inconscientemente o comportamento de consumo. É o que se denomina de sinais paralinguísticos. Estes têm poderosa interferência nas emoções dos indivíduos⁴⁹.

Com o advento da internet as mensagens subliminares, também denominadas sub-reptícias, multiplicaram-se exponencialmente devido à infinidade de imagens e sons a que o usuário está exposto sem que ele perceba conscientemente. A rede mundial de computadores passou a ser o meio adequado para disseminar a publicidade subliminar devido, justamente, ao seu caráter livre e de acesso imediato.

Ademais, como a regulamentação do ambiente virtual ainda dá seus primeiros passos, a veiculação de mensagens dessa natureza pode atingir proporções incalculáveis ocasionando prejuízos dificilmente reparáveis a contento. Em razão da vulnerabilidade mais acentuada do consumidor no ambiente virtual, o direito tem o dever de encarar, com seriedade, essa questão.

É certo que há um baixo grau de ciência dos indivíduos a respeito de sua vulnerabilidade como consumidores quando em contato com a internet. O impacto da mídia publicitária no ambiente virtual na vida destes é uma questão que precisa ser enfrentada. Esse é o momento certo para construir uma nova mentalidade e formação cultural do sujeito consumidor que utiliza a rede mundial de computadores.

O papel dos meios de comunicação social no mundo contemporâneo inspira diversos posicionamentos quanto ao seu impacto na formação educativa dos cidadãos. Há quem acredite que a mídia está muito mais ligada às práticas de entretenimento do que propriamente ao processo cultural humano. No entanto, não há como negar que a organização social

⁴⁸ FREUD, Sigmund. O interesse científico da psicanálise. **Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas-ESB**, v. 13, 1913, p. 7.

⁴⁹ CAVAZZA, Nicoletta. **Como comunicar e persuadir**: na publicidade, na política, na informação e nas relações pessoais. Lisboa: Editorial Presença, 2001, 80-81.

contemporânea traz consigo o traço do consumismo, temática que será discutida no próximo capítulo⁵⁰.

Além disso, a transitoriedade é marca registrada das relações hodiernas e a publicidade se aproveita da total falta de certezas e carência da humanidade para introduzir mensagens com apelo comercial (expressamente ou de maneira subliminar) nos mais diversos veículos de comunicação, inclusive na internet.

A mídia, ferramenta magnífica criada pela humanidade, aliada à perspicácia e à astúcia dos publicitários tornou-se uma das grandes responsáveis pela era do consumismo, intensificando sobremaneira suas modalidades de atuação e interferindo diretamente na construção das subjetividades do consumidor. Nesse ponto, a internet vem se destacando como o novo canal apto a ditar moda, ensinar valores e moldar as atitudes, principalmente dos jovens, razão pela qual nessa situação, devido a sua fragilidade, este consumidor deve ser considerado um hipervulnerável, assunto que será abordado no terceiro capítulo.

Um dos pontos positivos da era da globalização é a quantidade de informações à disposição e a maior facilidade de circulação destas. Seguindo esse raciocínio, o consumidor deveria, em tese, estar mais preparado para agir no mercado e melhor instruído para a compreensão do mundo capitalista.

Todavia, a avalanche de dados despejados sobre o consumidor, diuturnamente, o confunde mais do que o informa. Os publicitários se aproveitam dessa circunstância para alienar os consumidores e torná-los mais vulneráveis.

Nesse aspecto, as mensagens sub-reptícias veiculadas na rede seduzem os potenciais consumidores sem que eles se deem conta. A variedade de formatos e linguagens virtuais disseminam o desejo de aquisição de produtos e serviços.

A prática da propagação de publicidade subliminar, que será debatida com profundidade no quinto capítulo da tese, utiliza artifícios psicológicos com a finalidade de vulnerar o cidadão, de modo que ele não perceba que está sendo influenciado. A mídia, nessa perspectiva, deve ser reconhecida como um modo de regulação ou governança, aqui compreendido como um conjunto de mecanismos de orientação, de coordenação e de controle das ações dos indivíduos na sociedade de consumo.

É importante observar que nem todas as mensagens subliminares tem caráter nocivo. Em outras palavras, é possível que estas sejam criadas com objetivos moralmente legítimos e

⁵⁰ MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. O impacto da mídia publicitária e relacional na formação de consumidores jovens e adultos. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol II, N. 3, p. 95-112, set 2012, p. 97.

aceitos pela sociedade. É o que ocorre com as técnicas subliminares que são utilizadas nos tratamentos de combate ao fumo, a obesidade e a insônia, por exemplo.

De fato, a psicologia e a psiquiatria admitem se valer do referido método para recuperar pacientes que sofrem de depressão. Assim, ao contrário das hipóteses em que o emprego de artifícios subliminares se dá em prejuízo da sociedade e dos consumidores, tal procedimento pode também ter por escopo atingir finalidades não condenáveis. Como toda ação humana, o uso das mensagens subliminares pode ter intuito negativo ou positivo.

Um caso concreto de uso de mensagens subliminares com intuito educativo e de ensinar o consumidor se deu com uma louvável ideia da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Diante da dificuldade de entrega de diversas cartas e encomendas em razão do preenchimento incorreto de endereços, os Correios decidiram patrocinar a inserção de uma cena em uma novela da rede Globo em que uma carta importante não chegava ao seu destino devido a um equívoco na informação dos dados essenciais.

No referido episódio restou subliminarmente compreendido que a atenção no preenchimento correto do endereço facilita o trabalho da empresa e diminui os possíveis prejuízos causados ao consumidor.

Ao explicar como preencher corretamente uma correspondência utilizando um veículo de comunicação de massa, foi registrada pela empresa pública federal uma diminuição de 30% no número erros no endereçamento⁵¹.

Nesse sentido adverte-se que a publicidade, em todas as suas vertentes, pode ser utilizada com as melhores ou piores intenções, assim como ocorre em qualquer outra área da comunicação ou de qualquer outra ciência. Mensagens subliminares podem ser inseridas com escopo malicioso em uma grande variedade de veículos, inclusive na *web*, mas nem sempre isso ocorre⁵².

Antes de avançar para o próximo capítulo, vale notar que o uso da técnica subliminar na internet (ou em qualquer outro veículo de comunicação) com o intento de incentivar o consumismo e fazer com o consumidor se comporte de forma prejudicial à sua saúde física, mental ou financeira é algo que não pode ser tolerado.

Nesse sentido, o primeiro passo para combater tal ato jurídico ilícito é reconhecer que as mensagens subliminares são sim capazes de influenciar o pensamento e a ação dos

⁵¹ CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992, 72.

⁵² JUNIOR, Reginaldo De Franceschi. **Limiar**: uma visão publicitária sobre os limites da percepção. 2009. 114 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo: 2009, p. 10.

indivíduos. Após o reconhecimento desse fato, o combate à manipulação do consumidor deve ser incessante.

Para atingir tal desiderato, além do preenchimento da lacuna legislativa, a atuação dos órgãos de proteção do consumidor em conjunto com o Poder Judiciário e o investimento na educação do consumidor constituem as vigas de sustentação para um consumo saudável e livre de influências nefastas.

2 SOCIEDADE DO CONSUMO, COMUNICAÇÃO DE MASSA, ARTIFÍCIOS SUBLIMINARES E CULTURA CONSUMISTA

A característica primordial de uma “massa” é o fato de, após estar pronta, não haver mais distinção entre os ingredientes que a compõem. Estes perdem sua identidade e individualidade, transformando-se em um aglomerado único. A partir dessa analogia, mister se faz discorrer acerca da chamada sociedade, consumo, comunicação e cultura de massa. Todo esse novo modelo está relacionado à ideia de produção em larga escala e ausência de personalização no consumo.

Um dos fatores que contribuíram para o surgimento e crescimento do fenômeno da comunicação de massa foi a alteração do papel cultural do computador, referida no capítulo anterior. Na década de 90, o *Personal Computer* começou a deixar de ser um instrumento de trabalho para tornar-se um meio de comunicação. Hoje um simples *smartphone* é uma ferramenta universal, capaz de armazenar, distribuir e socializar diferentes tipos de mídia, além de apto à aquisição de produtos e serviços, ou seja, de efetuar contratos de consumo.

Com as mudanças ocorridas nos planos econômico, cultural e, sobretudo, tecnológico, impulsionado pelo surgimento da comunicação de massa, o indivíduo passou da condição de mero espectador para ser inserido como um polo ativo no mercado de consumo. Não há dúvidas de que a participação do consumidor no mundo dos negócios, como agente econômico, alterou o cenário global e o direito, em sua tentativa de acompanhar as relações sociais, deve estar atento a essa guinada.

Aliado ao papel ativo referido acima verifica-se uma tendência de compra de bens de consumo com três propósitos: bem-estar material, bem-estar psíquico e exibição. Os dois primeiros são necessidades individuais: a necessidade de se alimentar, vestir e abrigar, e de paz de espírito e recreação. A última constitui um termo geral que cobre todas as demandas da sociedade⁵³.

É nesse contexto de busca de captura do consumidor e de estímulo à criação de necessidades individuais e coletivas que surge a atividade publicitária como motor propulsor da economia de mercado e, dentre as modalidades de anúncios, cresce a utilização da publicidade subliminar, objeto de estudo central deste trabalho científico.

⁵³ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens:** para uma antropologia do consumo. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013, p. 20.

2.1 O poder da publicidade na sociedade de consumo de massa

Sociedade de consumo é um dos diversos rótulos utilizados por intelectuais, acadêmicos e profissionais de *marketing* para referir-se à sociedade contemporânea. No entanto, consumir é um traço presente em toda e qualquer coletividade humana ao longo da história.

Diante do exposto questiona-se: se todas as sociedades humanas consomem para poderem se reproduzir física e socialmente manipulando objetos da cultura material para fins simbólicos de diferenciação e atribuição de *status*, o que significa consumo na expressão “sociedade de consumo”?

A resposta a esse questionamento é que a terminologia sociedade de consumo denota o atributo especial do consumo de massa e para a massa. Em outras palavras, a alta taxa de aquisição de produtos e serviços, o descarte de mercadorias, a presença da publicidade como agente catalisador das vendas e o sentimento permanente de insaciabilidade do consumidor são peculiaridades que diferenciam o consumo na sociedade contemporânea⁵⁴.

A sociedade de consumo é uma sociedade de massa propícia a estereótipos e à irracionalidade, com movimentos de sentido inverso. Por um lado, ampliando o volume de necessidades; por outro, potenciando os riscos da insatisfação. Em ambos os casos, acrescentando responsabilidades ao Estado e sobrecarregando o papel do direito⁵⁵.

A publicidade revela-se como o mais notável meio de comunicação de massa da sociedade de consumo. A transmissão de signos, símbolos, imagens e representações do cotidiano envolvem o consumidor influenciando comportamentos individuais e coletivos⁵⁶.

Difícil permanecer indiferente ao poder da publicidade na sociedade contemporânea. A nova geração que surge parece não conseguir oferecer resistência à tendência do consumismo. Pelo contrário, a suscetibilidade e vulnerabilidade dos consumidores é acentuada por meio de artifícios escusos como as mensagens subliminares inseridas na publicidade de consumo, inclusive na internet.

⁵⁴ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 8.

⁵⁵ RODRIGUES, Cunha. As novas fronteiras dos problemas de consumo. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 45-67, 1999, 48.

⁵⁶ EFING, Antônio Carlos; SOUZA, Maristela Denise Marques de. O comportamento do consumidor sob influência da publicidade e a garantia constitucional da dignidade humana. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 70-94, jul./dez. 2014, p. 76.

O desejo e a insatisfação representam o motor propulsor da sociedade de consumo. O indivíduo busca, acima de tudo, a satisfação pessoal e a aquisição de bens como forma de alento às suas frustrações e desilusões⁵⁷.

Nesse sentido, se faz necessário o incentivo à implantação de hábitos de consumo saudáveis e a compreensão sobre como os consumidores são vítimas da publicidade desleal. Somente após o reconhecimento da fragilidade do consumidor frente aos mecanismos do *marketing*, será possível traçar uma estratégia de combate aos que violam seus direitos.

Comerciantes e marqueteiros estão conscientemente perseguindo um público comercial jovem com a carteira suficientemente cheia de dinheiro para representar um mercado bastante atraente, mas suficientemente desinformado em seus gostos para ser vulnerável à manipulação corporativa via marketing [...] Ao mesmo tempo, esses avatares do capitalismo de consumo estão procurando incentivar a regressão dos adultos, esperando reacender neles os gostos e hábitos das crianças, de modo que possam vender globalmente a parafernália relativamente inútil de jogos, aparelhos e inúmeros bens de consumo para os quais não há nenhum “mercado necessário” identificável além daquele criado pelo próprio imperativo frenético do capitalismo de vender⁵⁸.

Enquanto a população do mundo envelhece, os hábitos de consumo estão cada vez mais infantilizados. Tal condição é reflexo do poder de ingerência da publicidade capaz de fazer com que jovens tornem-se grandes perdulários antes mesmo de receber modestos salários.

Há alguns anos, no período mais criativo e bem-sucedido do capitalismo, este sistema econômico foi capaz de prosperar atendendo às necessidades reais das pessoas. Assim, a compra e venda de produtos básicos e universais era suficiente para manter o setor econômico em alta ou pelo menos estabilizado.

Nos tempos atuais, entretanto, o capitalismo consumista lucra apenas quando consegue atender àqueles cujas necessidades essenciais já foram satisfeitas mas que têm meios para satisfazer necessidades criadas com o auxílio da publicidade.

Essas novas necessidades que, na verdade, são imaginárias, aquecem a economia e permitem que o capitalismo sobreviva, contudo, ocasionam mudança de hábitos e inúmeros prejuízos de ordem física e psíquica à parcela vulnerável da sociedade de consumo. Nesse diapasão observam Douglas e Isherwood:

A coisa nova – o melhor aparador de grama ou congelador maior – de alguma maneira se tornou, por conta própria, uma necessidade. Exerce seu próprio imperativo de ser

⁵⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 42.

⁵⁸ BARBER, Benjamin R. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 17-18.

adquirida e ameaça que a casa, sem ela, regredirá ao caos de uma era mais primitiva. Longe de exercer uma escolha soberana, o miserável consumidor, em geral, se sente como o dono passivo de uma carteira de dinheiro, cujo conteúdo foi esvaziado por forças tão poderosas que fazem com que considerações morais pareçam impertinentes⁵⁹.

A banalização do consumo, caracterizada pela passagem da sociedade do consumo para sociedade do hiperconsumo, condicionou o consumidor a ser refém de seus próprios hábitos no mercado. Senão vejamos.

O consumo virou identidade, no sentido de que se “é o que se consome”. Produtos inovadores surgindo a todo instante, atualizações de produtos que “forçam” o consumidor a comprar, para estar sempre com um equipamento de última geração, são exemplo de urgências do consumo⁶⁰.

A investigação sobre o papel desempenhado pela publicidade perante essa nova conjuntura, denominada de capitalismo consumista, constitui a finalidade deste trabalho acadêmico. Acredita-se que ignorar ou minimizar a interferência que os anúncios, ostensivos ou subliminares, possuem no cotidiano dos consumidores não é a melhor forma de lidar com a questão.

2.2 A proteção do consumidor na sociedade de massa

A vida contemporânea, marcada pela industrialização, produção em larga escala e por um modo capitalista de organização econômica, apresentam-se como engrenagens fundamentais ao nascimento da sociedade de consumo de massa⁶¹.

A tarefa de aquisição de bens não pode ser mais definida como um fim em si mesmo. Na sociedade de massa, os rituais de consumo fazem parte das relações humanas e têm por objetivo incluir o indivíduo em um determinado grupo. Nessa tentativa inesgotável de busca por inserção social é que as vicissitudes emergem.

A fragilidade do consumidor no mercado de consumo será o objeto de estudo do terceiro capítulo, momento em que será debatida com profundidade a temática da vulnerabilidade e hipervulnerabilidade. O consumidor é vítima da massificação da sociedade.

⁵⁹ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens:** para uma antropologia do consumo. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013, p. 52-53.

⁶⁰ SOUZA, Ana Paula Marques de. Responsabilidade dos sites de compras coletivas e o Código de Defesa do Consumidor. **Temas relevantes de direito do consumidor:** doutrina e jurisprudência. Org. Hebert Vieira Durães. Coord. Fernando A. de Vasconcelos. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 42.

⁶¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade.** 2010. 331 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo: 2010, 11.

Uma das consequências diretas de tal fenômeno é a perda de sua racionalidade enquanto parte integrante nos negócios jurídicos.

Neste ambiente de sociedade de massas, assiste-se a uma dissolução do indivíduo enquanto pessoa única e singular e emerge um novo modelo humano constituído por um conjunto uniforme de indivíduos semelhantes, a que se deu o nome de *sociedade de massa*⁶².

Na sociedade massificada, as escolhas individualizadas dão lugar a um consumo alienado e caracterizado pelo preenchimento de frustrações pessoais personificados em grandes marcas⁶³.

A chamada era digital, fenômeno ainda considerado recente que foi discutido no primeiro capítulo, ocasionou, dentre outras consequências, o desenvolvimento do comércio e dos serviços por meio da rede mundial de computadores.

Diante de tal cenário, o aumento do consumo de bens à distância tornou-se um objetivo de política econômica e as empresas passaram a dedicar-se à venda em massa *on line* de produtos e serviços.

Para este “mercado de massa”, que, ao nível jurídico, se projecta numa “contratação de massa”, o direito tradicional, construído sobre ideologias e modelos económicos liberais, revela-se desajustado em consequência dos princípios gerais e abstractos de liberdade e de igualdade, em que se baseia. A aplicação das normas de direito comum gera desequilíbrios desfavoráveis aos consumidores, colocados em situação de défice de informação, de poder negocial, de segurança, de acesso à justiça e de representação. Surgiu assim como instrumento técnico-jurídico a figura do consumidor, contraente débil e vulnerável, parceiro social abandonado, vítima indefesa da sociedade de consumo. O consumidor chegou até a ser juridicamente assimilado a um menor⁶⁴.

Uma crítica que deve permear este trabalho científico e, desde já, será colocada em pauta é o descompasso existente entre o direito da comunicação (que abriga a comunicação de massa) e o direito do consumidor. Ambos, na verdade, demonstram, por vezes, trafegarem em direções opostas e não vêm dialogando como deveria se esperar para que a ciência jurídica como um todo evoluísse a contento.

Enquanto o direito da comunicação parece não ter avançado satisfatoriamente e se mostra estático em relação às mudanças de paradigma trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito do consumidor, ao revés, se adaptou rapidamente aos

⁶² CHAVES, Ruy Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 39.

⁶³ EFING, Antônio Carlos; SOUZA, Maristela Denise Marques de. O comportamento do consumidor sob influência da publicidade e a garantia constitucional da dignidade humana. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 70-94, jul./dez. 2014, p. 75.

⁶⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 38.

comandos constitucionais, sobretudo na parte voltada a regulamentação da ordem econômica, em que os ditames da livre iniciativa se aproximam da justiça social e da defesa do consumidor.

As grandes empresas de comunicação buscam escudo em um argumento que não deve prosperar, qual seja, o de que encontram-se imunes a toda tentativa de regulamentação de sua atividade, visto que tal conduta seria um retorno à censura. Dessa forma impedem quaisquer mínima interferência estatal em seus domínios, aí abrangidas mesmo aquelas propostas que se limitam a buscar a democratização do acesso aos meios de comunicação, estimulando uma mídia independente não apenas do Estado, mas também em relação ao mercado comunicativo.

A arguição de regresso à censura para combater a ingerência normativa no âmbito da comunicação de massa e, conseqüentemente, na publicidade de consumo, mostra-se inverossímil diante do postulado de que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o da liberdade de expressão. Nessa toada, todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna encontram limites. Não há falar-se em liberdade sem restrição de liberdade.

Ainda no que se refere ao direito do consumidor mister deixar clara, desde já, a compreensão da terminologia que identifica o sujeito mais frágil da relação consumerista, qual seja, o consumidor.

Uma pesquisa científica séria e comprometida com o rigor metodológico necessita de fundamentação teórica à altura. Para cumprir tal desiderato a precisão terminológica dos conceitos é indispensável. Na visão de Almeida:

A determinação do objecto, a maior ou menor extensão do direito do consumo, depende para a maioria dos autores, directa ou indirectamente, do conceito de consumidor, geralmente envolvido ou pressuposto na própria designação da disciplina (direito do consumidor) ou na justificação (protecção do consumidor). [...] quase todos os textos genéricos, teóricos ou práticos, sobre o direito do consumo ou do consumidor incluem um tópico, por vezes muito desenvolvido, dedicado ao conceito de consumidor⁶⁵.

O conceito de consumidor não pertence exclusivamente ao campo da Ciência Jurídica. Esta não constitui uma área do conhecimento isolada e, portanto, a interconexão com a Sociologia, a Filosofia e a Economia tem o papel de integrar o mundo jurídico com os demais saberes humanos. Nesse aspecto, os próprios juristas buscaram uma investigação mais aprofundada e cuidadosa acerca do conceito do consumidor com base em outros ramos do conhecimento.

⁶⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 25-26.

Em sentido etimológico, a palavra “consumir” deriva do latim, *consumere*, com o sentido de acabar ou terminar. Dessa forma, adaptando-se o vocábulo para nosso contexto, consumir quer dizer “fazer desaparecer pelo uso ou pelo gasto, gastar, utilizar até o final, destruir”⁶⁶.

Sob o ponto de vista da Economia, afirma-se que o consumo vem a ser o ato pelo qual se completa a última etapa do processo econômico, sendo consumidor aquele que o pratica.

Sobre o tema assinala Filomeno: “Consumidor é todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens”⁶⁷.

O conceito abrangia, pois, não apenas aquele que adquire para uso próprio, ou seja, como destinatário final, mas também aquele que o faz na condição de intermediário, para repasse a outros consumidores. Daí a inconveniência de transplantar a concepção econômica de consumidor para campo jurídico.

Na Sociologia, consumidor é considerado qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e que pertence a uma determinada categoria ou classe social. Simbolizado pela cestinha de compras, o consumidor é aquele que escolhe coisas e objetos para seu uso privado ou familiar⁶⁸. O direito do consumidor, matéria de ordem pública e interesse social, necessita de estreita proximidade com a sociologia, no afã de que a observação realista dos grupos sociais influencie na criação, compreensão e interpretação das normas consumeristas.

Finalmente, na Ciência Jurídica, a condição de vulnerabilidade constitui o elemento essencial para definir a relação de consumo e o sujeito principal inserido nela, qual seja, o consumidor.

Advertem os autores consumeristas ser uma tarefa hercúlea a de definir o consumidor no sentido jurídico. Isso porque há certa relutância em aceitar a concepção econômica de consumidor, que nem sempre é transferida e acolhida pelo Direito, já que considerações políticas podem interferir nesse conceito, restringindo-o ou ampliando-o, o que compromete a margem de precisão que uma definição jurídica deve ter.

Em reflexão sobre o tema observa Fachin que a terminologia adotada pelo legislador consumerista, que será analisada a seguir, pode reportar a um conceito estritamente econômico

⁶⁶ VOLP. **Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa**. Disponível em: <www.academia.org.br>. Acesso em 28 jan. 2016.

⁶⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 34.

⁶⁸ DOUGLAS, Mary. O mundos dos bens, vinte anos depois. **Horizonte Antropológicos**, Porto Alegre, ano 13, n. 28, p. 17-32, jul./dez. 2007, p. 23.

de consumidor, situando-o como indivíduo que consome ou adquire bens na sociedade de consumo em que vivemos⁶⁹.

É preciso nesse momento do trabalho definir consumidor, visto que a precisão terminológica é indispensável para o desenvolvimento de toda e qualquer ciência, conforme afirmado acima. Para Almeida:

Alguns sistemas jurídicos dispõem de uma definição genérica, que pode ser residual e supletiva em relação a outras definições legislativas especiais. Nos textos normativos da União Europeia, não há uma definição uniforme, mas as semelhanças entre as que constam de algumas directivas encorajam alguns autores a ensaiar um conceito comum e próprio⁷⁰.

Dessa forma percebe-se que, tanto no direito europeu quanto no Brasil, o problema da definição jurídica de consumidor tem o poder de suscitar um debate teórico e pragmático em torno da posição que o sujeito mais frágil da relação deve ocupar na sociedade e no mercado.

Diversos autores nacionais lançaram-se à tarefa de se expressar sobre o conceito jurídico de consumidor. Comparato conceitua consumidores como aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes⁷¹.

Estudando exaustivamente sobre o tema, discorrendo de forma detalhada sobre o conceito jurídico em questão, Benjamin conceitua 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 à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimentos profissionais⁷².

Não obstante as definições apresentadas pelos autores consumeristas, hoje, no Brasil, existe uma conceituação legal de consumidor, trazida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/90). Diz o art. 2º, do CDC que:

Art. 2º. CDC: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. Novo Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: um *approach* de suas relações jurídicas. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 07, p. 111-135, 2005, p. 116.

⁷⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 26.

⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: v. 13, n. 15/16, 1974.

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O Conceito Jurídico de Consumidor**. São Paulo: RT, 1988, p. 19.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo⁷³.

Seguindo a definição legal Almeida, em análise acurada, observa que o consumidor há de ser:

a) pessoa física ou jurídica, não levando em consideração os aspectos de renda e capacidade financeira. A *priori*, toda e qualquer pessoa física ou jurídica pode ser havida por consumidora. Por equiparação é incluída também a coletividade, grupo de pessoas, por exemplo, a família (determináveis), e os usuários dos serviços bancários (indetermináveis).

b) que adquire (compra diretamente) ou que, mesmo não tendo adquirido, utiliza (usa, em proveito próprio ou de outrem) produto ou serviço, entendendo-se por produto “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (CDC, art. 3º, § 1º) e por serviço “qualquer atividade fornecida a terceiros, mediante remuneração, desde que não seja de natureza trabalhista” (CDC, art. 3º, §2º);

c) como destinatário final, ou seja, para uso próprio, particular, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não se dê por revenda. Não se inclui na definição legal, portanto, o intermediário, e aquele que compra com o objetivo de revender após montagem, beneficiamento ou industrialização. A operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda. Ocorrida esta, consumidor será o adquirente da fase seguinte, já que o consumo não teve, até então, destinação final⁷⁴.

Com base no pensamento do autor transcrito acima, é possível notar que são quatro os elementos essenciais presentes no conceito de consumidor, quais sejam: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional.

A admissibilidade de pessoas físicas e jurídicas como consumidoras traduz o chamado elemento subjetivo. Os bens de consumo, produtos ou serviços adquiridos, constituem o elemento objetivo.

A finalidade com que se dá a aquisição dos bens de consumo (como destinatário final) representa o elemento teleológico. E, finalmente, o elemento relacional designa a relação de natureza contratual entre duas partes, de um lado o fornecedor, pessoa que exerce com caráter profissional uma atividade econômica e, de outro, o consumidor, sujeito que merece a proteção do Estado por se encontrar em posição de vulnerabilidade ou até mesmo de hipervulnerabilidade, caso dos usuários da internet que são vítimas da manipulação por intermédio da publicidade subliminar, conforme será analisado no capítulo 3.

⁷³ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 685.

⁷⁴ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

No que concerne à possibilidade da pessoa jurídica figurar na relação de consumo como consumidora merece a destaque a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – Resp. 861.711/RS, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no sentido de que, analisadas as peculiaridades do caso concreto e verificada a configuração de vulnerabilidade em relação a outra empresa, é cabível sim o referido enquadramento. Senão vejamos.

É possível a incidência do Código de Defesa do Consumidor na hipótese em que uma pequena empresa individual contratou com uma multinacional o aluguel das máquinas fotocopadoras para desenvolver sua atividade comercial, porque, embora a pequena empresa não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra, não havendo, assim, violação ao art. 2º do CDC, por força do disposto no art. 29 do mesmo diploma legal⁷⁵.

Ressalte-se, ainda, que da definição trazida pelo artigo 2º, do CDC, pode-se extrair quatro conceitos de consumidor: I - o padrão ou *standart*, previsto no art. 2º, *caput*, que o identifica como destinatário final; e os consumidores equiparados, também denominados consumidores indiretos ou *bystander*, que são: II - a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único, art. 2º); III – as vítimas do acidente de consumo (art. 17, CDC) e IV – aquele que estiver exposto às práticas comerciais (art. 29, CDC).

Em todos os casos de consumidores equiparados se detecta a caracterização de um elemento comum, qual seja, a ausência de necessidade da existência de um ato de consumo, sendo essencial para incidência da norma que o sujeito esteja exposto às situações previstas no CDC, seja na condição de integrante da coletividade de pessoas, ou como vítima de um acidente de consumo ou, ainda, destinatário de práticas comerciais e de formação e execução do contrato.

Esta é, na verdade, uma característica do conceito de consumidor que deriva diretamente da concepção de sociedade de massa apresentada no tópico anterior, visto que basta a exposição ao mercado para o enquadramento na definição do polo mais frágil da relação de consumo. Nesse aspecto observa Leal:

As hipóteses de equiparação servem para reconhecer que os direitos dos consumidores são garantidos também, e especialmente, no campo difuso e coletivo, para proteger todas as pessoas vitimadas por acidente provocado por produto ou serviço fornecido no mercado de consumo, ainda que não tenham participado da relação de consumo e para estender a tutela consumerista a todas as pessoas expostas às práticas comerciais

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 861.711/RS**. Brasília, DF. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em: 14 abr. 2011. Disponível em: <www.stj.vlex.com.br/vid/-278701659>. Acesso em: 20 out. 2015.

praticadas pelos fornecedores, desde a oferta até a realização dos contratos de consumo⁷⁶.

Em consonância com o exposto afirmam Vasconcelos e Brandão que “são consumidores as vítimas de acidentes causados por produtos defeituosos, mesmo que não os tenha adquirido, bem como pessoas expostas às práticas abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor⁷⁷.”

Tal definição se torna fundamental nesse estudo científico visto que a vítima de uma publicidade subliminar na internet pode não chegar a adquirir determinado produto ou serviço, mas mesmo assim será considerado consumidor por equiparação nos termos do CDC, visto que a mera exposição à publicidade ilícita a enquadra na condição mencionada (de consumidor equiparado) e, portanto, poderá pleitear o direito à reparação. No último capítulo da tese essa discussão será retomada.

A norma prevista no parágrafo único do artigo 2º do CDC, transcrito anteriormente, tem a finalidade de estender a proteção não apenas para os consumidores atuais, mas também para os participantes reais das relações de consumo, independentemente da realização de um ato de consumo. Nesse sentido destaca Miragem:

A relação jurídica básica que vincula os sujeitos da relação no caso da equiparação não é a existência de ato de consumo, mas a mera situação do consumidor como membro de uma coletividade cuja intervenção no mercado de consumo **não precisa ser necessariamente ativa (realizando um ato de consumo)**, mas pode se configurar simplesmente pela subordinação aos efeitos da ação dos fornecedores de mercado [...]. Daí porque se deve considerar como coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, não apenas os que tenham realizado atos de consumo (adquirido ou utilizado produto ou serviço), mas sim a **todos que estejam expostos às práticas dos fornecedores no mercado de consumo**. (Grifo nosso)⁷⁸.

É o caso daqueles que navegam na internet e encontram-se sujeitos às práticas comerciais e mais especificamente à publicidade subliminar. Mesmo que não pratiquem o ato de consumo em si, o fato de encontrarem-se em situação de fragilidade, agravada pela deslealdade que caracteriza a mensagem sub-reptícia veiculada na rede gerando a chamada hipervulnerabilidade, que será estudada no capítulo seguinte, faz com que possam se valer das normas protetivas do CDC.

⁷⁶ LEAL, Larissa Maria de Moraes. Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no acórdão. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, a. 27, (240): 23-209, outubro/dezembro, 2015, p. 76.

⁷⁷ VASCONCELOS, Fernando Antônio de; BRANDÃO, Fernanda H. de Vasconcelos. **Direito do consumidor e responsabilidade civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

O artigo 17 da lei 8.078/90 dispõe que: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”⁷⁹. Aqui não é relevante para responsabilização por acidente de consumo se houve a aquisição de produto ou serviço (ato de consumo). É o caso, por exemplo, de um vizinho que é atingido pela explosão de um botijão de gás mal instalado na casa ao lado.

Percebe-se, no caso mencionado acima, que o consumidor de fato ou primário é o indivíduo que comprou o botijão de gás. No entanto, o vizinho deste, mesmo não tendo realizado ato de consumo sofreu prejuízos passíveis de indenização, pois teve seu imóvel danificado com a explosão. Nessa hipótese, mesmo não estando caracterizada uma relação de consumo em sentido estrito do vizinho com o fornecedor, aquele equipara-se a consumidor para efeito de aplicação do CDC.

Nos termos do artigo 29 do CDC: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nela previstas⁸⁰.”

O terceiro conceito de consumidor equiparado é o que traz maiores possibilidades, em razão da amplitude da norma, daí a doutrina referir-se ao disposto no artigo 29 como a hipótese do consumidor *in abstracto* (ao contrário do consumidor *in concreto*, que está previsto no artigo 2º, do CDC). Os capítulos referidos no texto da lei referem-se às disposições acerca das práticas comerciais pelos fornecedores e à proteção contratual do consumidor.

A jurisprudência vem se posicionando no sentido de que a norma presente no artigo 29 deve se concentrar na finalidade básica do Código, que é a proteção do vulnerável. Dessa forma, a existência ou não do ato de consumo não deve ser o critério fundamental para caracterização do consumidor equiparado, mas sim a vulnerabilidade presente no caso concreto. Senão vejamos.

Administrativo e Consumidor. Multa imposta pelo Procon. Legitimidade. Relação de consumo caracterizada. Art. 29 do CDC. 1. Hipótese em que o Procon aplicou à impetrante multa de R\$ 3.441,00, ‘levando em consideração a publicação do anúncio não autorizado pelo Reclamante’ (Auto Posto Boa Esperança). A recorrente sustenta que não poderia ter sido autuada, pois o serviço por ela prestado – publicidade em lista empresarial impressa – ‘é classificado como insumo e não consumo’. 2. Discutem-se, portanto, o enquadramento da atividade desenvolvida pela impetrante como relação de consumo e a consequente competência do Procon para a imposição de multa, por infração ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). 3. O CDC incide nas relações entre pessoas jurídicas, sobretudo quando se constatar a vulnerabilidade

⁷⁹ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 688.

⁸⁰ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 689.

daquela que adquire o produto ou serviço, por atuar fora do seu ramo de atividade. 4. De acordo com o art. 29 do CDC, 'equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas'. Nesse dispositivo, encontra-se um conceito próprio e amplíssimo de consumidor, desenhado em resposta às peculiaridades das práticas comerciais, notadamente os riscos que, in abstracto, acarretam para toda a coletividade, e não apenas para os eventuais contratantes in concreto. 5. A pessoa jurídica exposta à prática comercial abusiva equipara-se ao consumidor (art. 29 do CDC), o que atrai a incidência das normas consumeristas e a competência do Procon para a imposição da penalidade. 6. Recurso Ordinário não provido⁸¹.

Em síntese, a completa designação do amplo sentido da definição de consumidor inicia do *caput* do art. 2º, passa por seu parágrafo único, segue até o art. 17 e finda no artigo 29, da lei 8.078/90.

O alargamento do conceito de consumidor, estendendo a proteção legal para as hipóteses mencionadas acima, encontra seu fundamento de validade na garantia da prevenção do dano que constitui um dos direitos básicos da parte mais frágil da relação consumerista, nos termos do inciso VI, do artigo 6º⁸², do CDC⁸³.

Adverte-se, ainda, que há duas correntes apontadas pela doutrina quanto à conceituação do sujeito mais frágil da relação de consumo. Para os adeptos da corrente finalista, a figura do consumidor encontra-se restrita àqueles de feição não-profissional, ou seja, que efetivam o consumo com a finalidade de aquisição de bens para si ou para seus familiares.

A segunda vertente, denominada maximalista, por sua vez, provoca uma abertura na definição, ampliando-a para abranger o maior número de situações jurídicas possíveis. Para os maximalistas um intermediário pode sim ser encaixado no conceito, em determinadas hipóteses, a exemplo do que ocorre quando o poder público atua no papel de consumidor realizando contratos administrativos.

Pelo exposto e seguindo as lições de Marques a interpretação finalista parece estar em consonância com o espírito do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, visto que, de acordo com o escopo excepcional da tutela, seriam considerados consumidores aqueles que

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **RMS nº 27.541/TO**. Brasília, DF. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19112499/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-27541-to-2008-0175807-6/relatorio-e-voto-19112501>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

⁸² Art. 6º. CDC: São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 687.

⁸³ DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: teoria geral da relação jurídica de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 123.

pertençam a um grupo mais vulnerável da sociedade. A não adoção da teoria finalista pode ocasionar o efeito colateral de banalizar o CDC e esvaziar o seu alcance⁸⁴.

A relação jurídica de consumo tutelada pelo CDC possui dois atores. De um lado o consumidor, a parte vulnerável e que carece de proteção e, no outro polo, o fornecedor, detentor do poder econômico, fático e jurídico que necessita ser refreado haja vista que na relação entre o forte e o fraco a liberdade escraviza e a lei liberta.

Um grande avanço que a referida lei proporcionou foi a ampliação do conceito de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam direta ou indiretamente no mercado de consumo, o que denota uma maior abrangência na proteção ao consumidor.

Não houve distinção de natureza, regime jurídico ou nacionalidade do fornecedor. Dessarte tanto empresas nacionais ou estrangeiras, multinacionais, que atuem com sede física ou somente no âmbito virtual, o próprio Estado, diretamente ou por intermédio de seus órgãos e entidades podem ser enquadrados como fornecedores.

Ao contrário do que ocorre com o consumidor, o conceito de fornecedor não traz maiores divergências entre os autores. Costuma-se definir fornecedor por exclusão, ou seja, opta-se por dizer quem não pode ser considerado fornecedor.

Em princípio, portanto, só estariam excluídos do conceito de fornecedor aqueles que exercem ou praticam transações típicas de direito privado e sem o caráter de profissão ou atividade, como por exemplo, a compra e venda de um imóvel ou de um veículo automotor entre pessoas físicas particulares, por acerto direto e sem qualquer influência de publicidade. Dessa forma, é consenso na doutrina aceitar a definição legal de fornecedor:

Art. 3º. CDC: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços⁸⁵.

Para evitar interpretações contraditórias, o legislador preferiu definir produto como sendo qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e serviços como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas.

⁸⁴MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2014, passim.

⁸⁵ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 686.

Adverte Miragem que os conceitos de consumidor e fornecedor são relacionais, dependentes, uma vez que só há razão para falar em relação de consumo com a presença dos dois sujeitos de direito. Assim, enquanto o consumidor adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, o fornecedor oferece os bens jurídicos no mercado de consumo⁸⁶.

A definição legal praticamente esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo. Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, quem comercializa produtos nos milhares de pontos-de-venda espalhados por todo o território nacional e internacional.

Nesse aspecto do desenvolvimento da atividade, o CDC buscou estabelecer uma ampla gama de ações com relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços. Tal fator terá repercussão relevante na extensão dos deveres jurídicos do fornecedor e será debatido no momento da discussão acerca da responsabilidade civil em virtude da veiculação de publicidades subliminares na internet.

Fornecedor, portanto, é aquele que propicia a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de modo a atender às necessidades dos consumidores, sendo irrelevante indagar-se a que título, devendo a atividade mercantil ou civil ser habitual.

Importante ressaltar que são também considerados prestadores de serviços as concessionárias de serviço público, pois a definição legal enumera explicitamente entre as modalidades de fornecedores as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

Dessa forma, também estão incluídos na tutela consumerista os serviços de transporte, saúde, telefonia, correios etc., alguns deles operados por empresas ou entidades governamentais e outros objetos de concessão a empresas privadas. Frise-se, aliás, que um dos direitos básicos do consumidor é poder contar com uma adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, prevendo a Constituição da República de 1988 a edição de legislação complementar que disporá sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos.

2.3 A comunicação de massa e os artifícios subliminares

O homem é um ser social e precisa de bens para comunicar-se com os outros e compreender o que se passa à sua volta. Seu objetivo como consumidor é a busca de informação sobre a cena cultural em constante mudança⁸⁷.

⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 135.

⁸⁷ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens**: para uma antropologia do consumo. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013, p. 145.

Conforme afirmado acima a publicidade tem se revelado um poderoso e eficaz meio de influenciar o consumidor na aquisição de produtos e serviços. Não há como negar a capacidade de atração que os anúncios publicitários exercem sobre os indivíduos e suas condutas na sociedade de consumo. Segundo Gomes:

A publicidade se insere dentro do que denominamos de *comunicação de massa*, aquela que é a grande fornecedora ao público dos elementos necessários à estruturação da vida cotidiana. A comunicação de massa informa, inspira, convence, entretém e, até, às vezes, atemoriza as pessoas. [...] Na comunicação de massa, o receptor se limita a receber, sem emitir suas mensagens, ou seja, sem interatividade do direito à resposta, as quais consistirão na adoção de uma atitude ou na realização de uma ação⁸⁸.

Seguindo o entendimento da autora, torna-se preocupante a perda do espírito crítico do receptor da mensagem na era da comunicação de massa. No caso da publicidade subliminar e de seus estímulos obscuros, o poder de discernimento do consumidor é mais gravemente reduzido.

Advertem Douglas e Isherwood que o consumidor se sente confuso diante das tramas dos publicitários e, conseqüentemente, torna-se vítima fácil e um 'idiota inconsciente' que passa a levar em consideração a marca de determinado bem sem importar-se com o preço e seu nível de rendimento⁸⁹.

A ação da publicidade direta ou subliminar tem a capacidade de alterar os hábitos de consumo e, por essa razão, tal instrumento vem sendo considerado um dos responsáveis pela profusão exacerbada da cultura do consumismo.

Foi-se o tempo em que a atitude de adquirir determinado produto ou serviço era algo dotado de espontaneidade. Hoje todo o processo de desenvolvimento do bem de consumo, aliado a ação de *marketing* para comercializá-lo, é algo meticulosamente planejado e dispendioso. Esclarece Schor que:

Atualmente, os novos produtos são concebidos em reuniões técnicas especiais das quais participam crianças. Depois desses *brainstorms*, os adultos desenvolvem a ideia, seu design e executam protótipos. Retornam, então, às crianças, reunindo-as em grupos focais e testando o produto e possíveis nomes. [...] Cria-se, então um vínculo entre alguma loja de varejo e alguns anúncios locais. Dependendo do produto, é realizado um evento ligado à escola, ou rede de *fast-food*, ou uma associação com alguma embalagem de um item alimentício vendido em supermercados. Muitas vezes, a empresa adquire direitos de exposição em filmes, shows de televisão, videogames

⁸⁸ GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 41-42.

⁸⁹ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens:** para uma antropologia do consumo. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013, p. 52.

ou websites. Daí é provável que surjam algumas chamadas convencionais na televisão, no rádio, cartazes, outdoors, cinema ou internet⁹⁰.

Como se pode perceber há todo um esforço programado da comunicação de massa no sentido de capturar o consumidor. No que tange às mensagens subliminares, as crianças parecem ser as principais vítimas, em razão de sua ainda incipiente capacidade de discernimento.

A infiltração da publicidade no cotidiano da infância vem ocorrendo de forma muito mais rápida e profunda do que os adultos imaginam. É papel do direito do consumidor impor limites e combater os anúncios sub-reptícios e invasivos capazes de influenciar comportamentos de consumo em indivíduos ainda em formação. E de que forma isso pode ser feito?

O investimento em políticas públicas que informem o consumidor acerca da probabilidade de existência de mensagens subliminares embutidas em determinados anúncios na mídia impressa, na televisão e na internet é um dos caminhos a ser seguido. O enfrentamento do problema por parte do Poder Judiciário condenando fornecedores, agências publicitárias e veículos de comunicação constitui outro instrumento relevante para coibir a difusão de publicidade subliminar. O próprio debate acadêmico sobre a questão consiste em uma forma de tentar impor limites aos anúncios sub-reptícios.

Apesar do público infantil constituir o alvo mais desejado nos anúncios, os artifícios subliminares não se restringem a ele. Casos concretos de imagens e sons imperceptíveis ao consciente inseridos em publicidade na televisão, no cinema e na internet já foram identificados e serão estudados a seguir.

Lembra Maltez que a veiculação de publicidade enquanto o consumidor aguarda atendimento, comum em empresas que contam com centrais telefônicas, *call centers* ou *chats* na *web*, constitui uma prática subliminar na medida em que aquele espera o retorno do atendente prestando atenção em outras coisas ou aproveitando o tempo para resolver assunto diverso. Assim, a audição da publicidade transmuda-se em periférica, com diminuição da capacidade seletiva do processo auditivo⁹¹.

Um dos grandes desafios que esta pesquisa se propôs a enfrentar com o intuito de sugerir contribuições para o problema ao término do trabalho é a dificuldade em identificar os

⁹⁰ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Tradução: Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Editora Gente, 2009, p. 68.

⁹¹ MALTEZ, Rafael Tocantins. **Publicidade subliminar**. 2008. 437 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2008, p. 195.

artifícios subliminares inseridos nos veículos de comunicação de massa. Somente será possível pensar em responsabilização efetiva se o diagnóstico acerca da mensagem sub-reptícia for preciso.

Há uma dificuldade natural em identificar o anúncio quando este encontra-se dissimulado no entretenimento. Por essa razão, afirma-se que a rede mundial de computadores é o ambiente ideal para inserção da técnica subliminar. A forma sorrateira e imperceptível desse mecanismo de influência na mente dos consumidores configura-se como uma das razões para a pouca atenção dada pela legislação, doutrina e jurisprudência a tal prática nefasta.

2.4 Sociedade de consumidores, modernidade líquida, consumismo e cultura consumista na visão de Bauman

A promessa de satisfazer, ainda que momentaneamente, os desejos humanos e o estímulo ao consumo excessivo de bens desnecessários são pensamentos que permeiam o trabalho do sociólogo polonês Zygmunt Bauman e que estão estreitamente relacionados ao tema desta investigação científica. Daí a ideia de trazer a visão do autor e conectar com o debate acerca da violação dos direitos do consumidor em face da difusão de publicidade subliminar na rede mundial de computadores.

2.4.1 A sociedade de consumidores e a modernidade líquida

A sociedade atual caracteriza-se, fundamentalmente, pela cultura do consumo, padrão social que associa a ideia de felicidade e de *status* à aquisição de produtos ou serviços. Esse novo modelo de vida é fruto, dentre outros fatores, do elevado poder e da atitude agressiva do *marketing* e de seus efeitos capazes de influenciar na estrutura social e econômica dos indivíduos.

É mister deixar claro, desde já, que a publicidade, elemento fundamental para compreensão deste estudo científico e que será dissecado no capítulo 4, consiste apenas em uma, dentre as várias ferramentas do *marketing*, expressão que poderia ser traduzida para a língua pátria como estratégia mercadológica.

A comunicação de *marketing* abrange o conjunto de meios que uma empresa utiliza para trocar informações com seu mercado. Por conseguinte, contempla tanto a comunicação de

fora para dentro, como os estudos de mercado, quanto a comunicação de dentro para fora, representada pela publicidade⁹².

A missão do *marketing* consiste em organizar e favorecer as modalidades de relação entre a empresa e o seu meio comercial. Nesse processo, a satisfação dos consumidores constitui elemento fundamental⁹³.

Assim, todas as atividades comerciais relacionadas ao fomento à circulação de bens e serviços, desde a sua produção até o consumo final estão inseridas no referido conceito. Observa Sant'anna que:

O *marketing* importa em conhecer o que o consumidor necessita ou deseja; implica em estudar a produção dessa necessidade, produzi-la, distribuí-la ao consumidor, ensinando-lhe, ao mesmo tempo, como consumir esse produto (...). É o conjunto de atividades que são exercidas para criar e levar a mercadoria do produtor ao consumidor final. Envolve por assim dizer a atividade total de comerciar⁹⁴.

Dentro desse conjunto de atividades, encontra-se a publicidade como um importante instrumento mercadológico capaz de induzir o consumidor a comportar-se, muitas, vezes, de forma prejudicial à sua própria saúde e segurança jurídica e financeira. Nas palavras de Carvalho:

Pode-se dizer que o consumismo é um tipo de arranjo social resultante da congregação de vontades, desejos ou anseios humanos que de maneira permanente, permitam-me repetir, se transformou na principal força propulsora e operativa da sociedade. Distintamente do consumo, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos, o consumismo é um atributo social⁹⁵.

Ainda segundo o autor, para que a sociedade seja dotada de tal atributo, se faz necessário que a capacidade individual de almejar alguma coisa seja destacada dos indivíduos e retirada com uma força externa que aliena os consumidores.

Esse papel de alienação é exercido, fundamentalmente, por meio de uma publicidade invasiva, e agora subliminar, que impõe aos consumidores parâmetros a serem seguidos, de modo que o direito à liberdade de escolha desapareça. A manipulação dos hábitos dos indivíduos faz com que as condutas humanas percam a autenticidade em prol do consumo de massa. Por essa razão, afirma-se que o consumismo é a economia do engano, visto que ele

⁹² CASTRO, João Pinto e. **Comunicação de Marketing**. Lisboa: Sílabo Gestão, 2013, p. 29.

⁹³ ALVES, Carlos Teixeira. **Satisfação do consumidor**. Lisboa: Escolar Editora, 2003, p. 22.

⁹⁴ SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. São Paulo: Thompson Learning, 2007, p. 16-17.

⁹⁵ CARVALHO, Diógenes Faria de. Consumidor endividado, vítima do sistema cultural. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol II, N. 1, p. 55-74, mar 2012, p. 59-60.

aposta na irracionalidade dos consumidores e não no seu poder de discernimento, estimulando emoções e deixando de lado o uso da razão.

Foi com a chamada revolução consumista que se deu a passagem do consumo para o consumismo. A partir de então, tornou-se central para a vida das pessoas a aquisição de bens, de forma que a exploração do desejo de consumir passou a ser um dos pilares da economia. Dessa forma, pode-se dizer que a vocação consumista é uma imposição na sociedade contemporânea. Não há diferenciação de raça, sexo ou idade, todos precisam consumir para gozarem de *status* social. Foi nesse contexto que o consumo passou a ser um guia de escolhas enganosamente livres, impregnadas de conteúdos pré-determinados.

Nesse raciocínio, cabe destacar a questão do superendividamento das famílias. Este é reflexo, dentre outros fatores, do incentivo ao consumismo. No entanto, muitas vezes, tal problema é tratado como uma questão de ordem pessoal e até mesmo moral, esquecendo-se que o consumidor é bombardeado diuturnamente por mensagens que o fazem adquirir produtos e serviços, inclusive inconscientemente, caso da publicidade subliminar.

O termo superendividamento é originário do direito francês que passou a adotar, a partir da Lei *Neiertz*, de 31 de dezembro de 1989, a expressão *surendettement* para designar os casos de endividamento excessivo dos consumidores⁹⁶. Esta constitui um neologismo composto da conjugação das palavras *sur*, que significa super, excesso, acúmulo ou sobrecarga e *endettement* que pode ser traduzida como endividamento.

O superendividamento, também denominado de falência ou insolvência de consumidores, pode ser definido como a constatação da impossibilidade global do devedor-pessoa-física, consumidor, leigo e de boa-fé, de quitar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e alimentos)⁹⁷. Em outras palavras, é a situação em que o devedor se encontra impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas.

O estado do superendividamento é um fenômeno social e jurídico grave que pode levar o consumidor ao desespero e, em casos mais extremos, levá-lo a retirar a própria vida. Em razão da situação limítrofe em que se encontra o superendividado o direito tem um dever de, no afã

⁹⁶ ROSA, Tais Hemann da; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a tutela do consumidor superendividado no Brasil: um novo caso de proteção da pessoa contra si mesmo: atualidades e perspectivas. **Revista Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 1, p. 81-104, jan./jun. 2015, p. 86.

⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do consumidor**, vol. 75. p. 9 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2006, jul. 2010.

de atingir seu desiderato maior que é a busca da paz social, propor soluções no âmbito consumerista para o adimplemento das dívidas.

A exemplo do que aconteceu com a falência e a recuperação judicial e extrajudicial no direito de empresa, medidas como o parcelamento, a redução dos montantes de juros, das taxas, a renegociação amigável das dívidas com os credores, a preservação do mínimo existencial para garantir a subsistência básica das famílias devem ser estimuladas.

Afora as medidas supracitadas, o presente trabalho propõe o controle e a restrição da publicidade, especificamente a subliminar, como mecanismo de prevenção do superendividamento das famílias. É necessário reconhecer que a veiculação de publicidade agressiva e que estimula o consumismo constitui um dos principais fatores responsáveis pelo endividamento excessivo.

Observa Moraes que os anunciantes, valendo-se das técnicas subliminares, despejam no mercado de consumo mensagens com escopo de captação e indução ao consumo e que sustentam verdadeiros impérios econômicos às custas do superendividamento dos consumidores hipervulneráveis⁹⁸.

Quando o indivíduo se sente inferiorizado é capaz de adquirir qualquer produto ou serviço simplesmente pela falsa ideia de que determinada marca o trará realização e plenitude de satisfação. A autopetpetuação deste engodo faz com os consumidores entrem em uma rotina de consumismo e de superendividamento no afã de serem incluídos socialmente.

Segundo a teoria volitiva denominada “controle do impulso” os consumidores, influenciados pela publicidade, têm a tendência de consumir impulsivamente sem um planejamento racional do seu futuro. No momento em que são confrontados diante da opção entre gastar hoje e economizar para o futuro, os devedores que não estão aptos a controlar seus impulsos escolherão a primeira opção⁹⁹.

Outra observação interessante para esse estudo é extraída das lições de Baudrillard. Segundo o autor, com a influência da publicidade, os bens de consumo não se encontram mais investidos de uma ‘alma’, a relação entre estes e os que os possuem (consumidores) é objetiva, não mais havendo a simbologia de outrora¹⁰⁰. Se antes o desejo era de acumular, hoje a prioridade é consumir.

⁹⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 296.

⁹⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

¹⁰⁰ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 27.

Ressalte-se que a ideia de consumo torna-se cada vez mais relacionada com o estilo de vida dos indivíduos. Para que isso ocorra os meios de comunicação e, em especial, a publicidade subliminar tem papel fundamental.

O direito brasileiro está sendo chamado a dar uma resposta justa e eficaz a esta realidade complexa. O momento de responder a tais anseios da sociedade chegou. É preciso impedir que a legislação consumerista, tão elogiada mundialmente, envelheça.

Caso a legislação não seja atualizada e o Poder Judiciário não enfrente essa problemática agora pode ser tarde demais em um futuro próximo. Prova disso é a crise econômica instalada no país. Para evitar a “falência” dos consumidores é preciso rever a estrutura no mercado de consumo e a forma como é tratada a publicidade é questão crucial nessa estrutura.

Na sociedade de consumo, há uma propagação do falso *slogan* de que a satisfação dos desejos humanos momentâneos é capaz de proporcionar a felicidade que o indivíduo necessita para viver. No entanto, essa pseudofelicidade logo desaparece, é reduzida a pó, haja vista que a indústria da estratégia mercadológica cria novas necessidades artificiais e desejos, de maneira que jamais se consegue alcançar a plena realização pessoal.

Além disso, não existe qualquer evidência de que o consumo é sinônimo de felicidade e muito menos uma atividade que promove sua chegada. Ao contrário, nos países prósperos e com economia mais desenvolvida, não há indicadores de relação entre os indivíduos se tornarem mais ricos e ficarem mais felizes. Assim, o argumento apresentado como base para o consumismo de que este traz a felicidade que todos necessitam, não está comprovado e não deve prosperar.

A promessa de satisfação momentânea dos desejos humanos propugnada pelo consumo desenfreado não se coaduna com a noção de felicidade propriamente dita, haja vista que ao satisfazer determinados desejos, logo são instituídos outros, de maneira que nunca ninguém consegue se manter totalmente realizado. É nesse contexto que se insere a visão do sociólogo polonês Bauman.

Na visão do autor as pessoas, apesar de não estarem conscientes dessa nova realidade, acabam se transformando em mercadorias e essa condição é a principal característica da chamada ‘sociedade de consumidores’¹⁰¹.

É dizer, as mercadorias são os próprios consumidores que acabam servindo como rótulos, *out doors* ou panfletos ambulantes na busca de uma identidade e de reconhecimento

¹⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20.

social. Nas redes sociais esse fenômeno vem se consolidando e os usuários, por vezes, nem percebem que estão sendo usados como instrumentos de publicidade por via digital.

O que soa uma preferência manifestada pelo internauta em uma rede social na realidade não o é. O gosto manifestado por meio de práticas de consumo está submetido a uma lógica simbólica pré-estabelecida econômica e culturalmente¹⁰².

Em nenhum outro momento histórico o consumo se desenvolveu tanto. A identificação das pessoas por meio da aquisição de bens é a marca da sociedade contemporânea. Nessa perspectiva, o consumidor é, hoje, o personagem principal das relações socioeconômicas.

Para Bauman essa mudança de paradigma se reflete na passagem da sociedade de produtores para a sociedade de consumidores ou, nas palavras do autor, de uma sociedade vinculada a uma modernidade sólida (de produtores) para a modernidade líquida (de consumidores)¹⁰³.

A modernidade sólida seria aquela pautada na preservação das tradições, dos costumes, de regras de conduta, duráveis e seguras. A sociedade de produtores constituiu o principal modelo societário da fase “sólida” da modernidade. Apenas bens duráveis, resistentes e imunes ao tempo poderiam oferecer a segurança almejada pelos indivíduos¹⁰⁴.

Já a modernidade líquida seria a nova ordem descrita por Bauman capaz de suplantando o arcaico e solidificado manto da modernidade pela fluidez das relações humanas, sociais, econômicas e políticas da contemporaneidade. Esta é mais dinâmica, leve, veloz, impessoal, coletiva, transitória, comunicativa, insegura, descartável e extraterritorial¹⁰⁵.

Percebe-se, por conseguinte, que as características listadas pelo autor para contextualizar o atual momento, denominando-o de modernidade líquida, confundem-se com aquelas apresentadas para identificar as relações jurídicas de consumo por meio da rede mundial de computadores.

Nesse sentido, afirma Weber que, enquanto a sociedade de produtores encontra-se fundada na durabilidade, na pessoalidade e na territorialidade, o modelo da sociedade de consumidores, em acepção oposta, é fluido, acelerado, informatizado, dinâmico e despersonalizado¹⁰⁶.

¹⁰² BOURDIEU, Pierre. **A Distinção**: crítica social do julgamento. Porto Alegre: Zouk, 2015, p. 95.

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 9-22.

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 42-43.

¹⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 9-22.

¹⁰⁶ WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. 2009. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Recife: 2009, 64.

Não há como ignorar, portanto, que o consumidor em uma sociedade de consumo é vítima de apelos mercadológicos distintos de consumidores de quaisquer outros momentos históricos vivenciados até aqui.

Em síntese, a sociedade do consumo (ou sociedade de consumidores ou, ainda, modernidade líquida) promove o ideal de um comportamento humano consumista e não deixa espaço para outras opções culturais alternativas, sob pena de exclusão social. Dessa forma, as empresas encorajam e estimulam o consumo desnecessário e reforçam que esse modelo é o adequado (para não dizer o único) como estilo de vida a ser seguido.

A atual conjuntura desperta o questionamento sobre o dilema se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir produtos e serviços. A publicidade, tema central desta pesquisa, tem exercido o papel de fomentar a crença na segunda opção.

2.4.2 A cultura do consumismo

Pode-se definir a cultura consumista como a maneira peculiar como os indivíduos que compõem a sociedade de consumidores se comportam. Esse comportamento se traduz em atitudes de consumo não programadas, ou seja, a aquisição de bens ou serviços se dá de forma irrefletida.

Em outras palavras, no consumismo, as pessoas passam a consumir além de suas possibilidades, ocasionando diversas consequências negativas, dentre elas o endividamento das famílias. Essa maneira de agir, sem ponderar o que realmente é indispensável para viver, é influenciada pelas disposições constantemente ditadas por uma pequena parcela da sociedade, auxiliada pelos veículos de comunicação de massa.

Apesar de ser um sintoma característico da sociedade contemporânea, é um equívoco pensar que antes não havia consumismo. A impulsividade do homem sempre esteve presente na história da humanidade e mecanismos para estimulá-la e inibi-la são aplicados com o objetivo de controle social.

Na atual cultura do consumo vende-se a ideia de que é preciso estar e permanecer à frente da moda para não correr o risco de ficar à margem da sociedade. Por que razão é tão importante não se sentir excluído no mundo do consumo?

“Estar à frente” indica uma chance de segurança, certeza e de certeza de segurança – exatamente os tipos de experiências de que a vida de consumo sente falta, de modo conspícuo e doloroso, embora seja guiada pelo desejo de adquiri-la¹⁰⁷.

Ocorre que a certeza de segurança descrita pelo sociólogo polonês é algo inalcançável – mas bastante estimulado – na sociedade de consumo. Na cultura do consumo a vida dos consumidores torna-se uma sucessão perene de tentativas e erros, pois estes sempre têm a falsa certeza de que os produtos ou serviços que acabaram de adquirir são essenciais. No entanto, logo em seguida, julgam que se tornaram obsoletos, insuficientes e inúteis. A consequência disso é o excesso de consumo e um eterno recomeço na busca da satisfação momentânea.

Além disso, as classes econômicas desfavorecidas não encontram seu lugar na sociedade e não se identificam nos meios de comunicação que ditam o que deve ser usado ou vestido. A única realidade existente é a de participação no mercado. O contrário representa a completa exclusão.

Assim, as angústias do ser humano na contemporaneidade são resultado de uma imensa gama de oportunidades e não de restrições de todos os matizes como acontecia no passado. Hoje, vive-se uma falsa sensação de livre-arbítrio, tendo em vista que, apesar de vigorar o exercício da liberdade como direito fundamental nas sociedades democráticas, na verdade, os consumidores são forçados a comprar e a se adequar a padrões instáveis e imediatistas.

Bourdieu estabelece uma relação entre as classes sociais e as diferentes maneiras de apropriação de bens por parte dos consumidores. Segundo o autor há uma violência simbólica e impositiva que aparece na ação sutil de comer, vestir, cuidar do corpo, ouvir música ou até mesmo na conduta de consumir uma obra de arte¹⁰⁸.

Na cultura do consumismo, consumidor é uma maneira de ser. O consumo constitui um processo em que os desejos se transformam em demandas e em atos que são socialmente regulados através de significados culturais. O desejo de possuir o novo depende da cultura coletiva a que se pertence¹⁰⁹.

Extrai-se das ideias dos autores citados a desmistificação de afirmações da ordem do senso comum quando se propaga que o gosto acerca de determinada matéria não se discute. Ao contrário, as preferências são classificadas e manipuladas no mercado de consumo. A escolha

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 108.

¹⁰⁸ BOURDIEU, Pierre. **A Distinção**: crítica social do julgamento. Porto Alegre: Zouk, 2015, p. 9.

¹⁰⁹ CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e Cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2006, p. 26.

é resultado de um feixe de condições materiais e simbólicas acumuladas no percurso da trajetória de vida dos consumidores.

O gosto, como propensão e aptidão para a apropriação de bens, constitui a fórmula geradora que se encontra na origem do estilo de vida. Na sociedade contemporânea há uma falsa noção de que existe liberdade na opção da maneira como se vive, quando, na verdade, o que ocorre de fato é um aprisionamento por meio das práticas de consumo.

Dentre de tal contexto, cabe destacar o papel preponderante da publicidade, especialmente a subliminar, na cultura do consumo vivenciada nos tempos hodiernos. O casamento perfeito entre a psicologia e o *marketing* foi responsável pela construção de uma sociedade e de uma mentalidade consumista.

Grandes empresas passaram a investir em instrumentos que tinham o escopo de estudar a conduta do consumidor, verificando o que o levava ao ato da compra. Foi nesse contexto que nasceu a publicidade como técnica utilizada para estimular o consumismo. Esta ferramenta se tornou responsável pela tarefa de impor aos consumidores parâmetros com o intuito de manipular as probabilidades de escolha e controlar a conduta dos indivíduos no mercado de consumo.

Nesse sentido afirma Barbosa que, no mundo moderno, a figura do consumidor tornou-se o foco central da vida social. Práticas sociais, valores culturais, aspirações e identidades são definidas e orientadas em relação ao consumo ao invés de e para outras dimensões sociais como trabalho, cidadania, religião, dentre outros¹¹⁰.

Cabe ressaltar que, na visão da cultura do consumismo, o excesso de gastos por parte dos consumidores, antes de ser um desperdício, é sinal de que os negócios estão indo bem e de que a economia goza de perfeita saúde. Nessa ótica de inversão de valores, o que antes era visto como imprevidência, agora parece ser sinal de prosperidade.

É nesse contexto que vende-se a falsa imagem de felicidade atrelada à aquisição (e troca rápida) de bens e serviços destinados ao uso imediato com promessa de satisfação momentânea. Assim, novas necessidades exigem novos produtos, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos, tornando-se um ciclo repetitivo.

De acordo com a lógica desse modelo social, aos fornecedores cabe a função de identificar quem são os consumidores considerados adequados para o mercado e aqueles que não merecem atenção alguma. No primeiro grupo estão os que adquirem e descartam objetos cada vez com mais velocidade e, por essa razão, são os responsáveis pela mobilização da

¹¹⁰ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 32.

economia. Estes devem gozar de prestígio social e constituem verdadeiros exemplos de conduta de vida.

De outro lado estão aqueles que não possuem condições de movimentar a economia de consumo e, por essa razão, são tratados com indiferença. Nessa perspectiva, a cultura do consumo eleva, sobremaneira, a desigualdade já existente em todas as partes do mundo, haja vista que a capacidade ou não de consumir constitui um dos critérios para a inclusão ou exclusão social. E mais, tal discriminação faz com que o julgamento acerca dos indivíduos perante a comunidade se dê com base em um critério frágil e temerário, qual seja: sua conduta em relação ao consumo de produtos desnecessários.

Outro efeito imediato diante desse abismo instalado entre os dois grupos é o endividamento dos menos favorecidos economicamente, já mencionado anteriormente. Estes, passam a utilizar seus poucos recursos para compra de objetos de consumo supérfluos, e não com a finalidade de suprir suas necessidades básicas, no afã de minimizar a humilhação social e evitar que sejam ridicularizados por possuírem um aparelho celular que não seja um *smartphone* ou um veículo automotor que o recoloque apto a pertencer ao sistema.

Prova concreta dessa nova mentalidade de *marketing* agressivo, que deseja impor hábitos de consumo, é a conduta das empresas de treinar funcionários e investir em anúncios publicitários que empregam técnicas de pressão e incentivo ao consumo desenfreado. Muitas vezes, os fornecedores já decidem, antecipadamente, aquilo que deve ser adquirido. Ademais, tais técnicas são utilizadas cada vez com mais frequência em face dos grupos mais vulneráveis como as crianças e os idosos, tema que será discutido no capítulo 3.

Ressalte-se que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que será estudado com mais atenção no próximo capítulo, apesar de ter sido concebido no início dos anos 90, já estava atento a tendência do consumismo e do estímulo constante na aquisição de novos produtos e serviços. É o que se observa na leitura do artigo 32 do CDC:

Art. 32. CDC. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação e importação do produto.

Parágrafo Único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei¹¹¹.

¹¹¹ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 689-690.

A legislação referida acima, ao exigir que o fornecedor oferte peças de reposição por um período razoável de tempo, visa proteger o consumidor em face de uma das características fundamentais do consumismo que é a obsolescência programada dos bens de consumo.

Observa Bauman acerca do atributo da obsolescência programada que na cultura do consumismo os consumidores não se sentem melindrados por destinarem algo para o lixo. Ao revés, como regra, aceitam a vida curta das coisas e sua morte predeterminada com equanimidade, tornando-se tal fato, muitas vezes, um prazer disfarçado, uma espécie de alegria incontinente de comemoração de uma vitória¹¹².

2.4.3 A publicidade na cultura do consumo

Há uma relação estreita entre a cultura do consumo descrita no tópico anterior e o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, majorado vertiginosamente no passado recente. Estes foram e continuam sendo utilizados como instrumentos a serviço dos interesses econômicos para aumentar a mentalidade consumista e o desejo pela substituição contínua e desnecessária dos produtos e serviços postos à disposição no mercado. Na visão de Bauman essa “síndrome consumista” utiliza os mecanismos de difusão de massa para promover o excesso, o desperdício e a velocidade do consumo¹¹³.

Nesse contexto, as empresas passaram a investir no *marketing* com o afã de tornar os consumidores vulneráveis e cada dia mais suscetíveis ao ato da compra inconsciente. A teoria da insatisfação e da falta permanente, oriundas da psicanálise, contribuíram para dar forma aos desejos humanos por intermédio de sua ligação aos objetos de consumo, que passaram a ser sinônimos de *status* social e tornaram-se verdadeiras referências de estilos de vida.

Segundo Freud, as descobertas da psicanálise permitiram lançar luzes sobre a origem de nossas grandes instituições culturais: a religião, a moralidade, a justiça e a filosofia. Foi por meio do estudo desta que houve a devida atribuição de valor aos processos emocionais dos indivíduos¹¹⁴. O *marketing* se vale do poder de influência na mente dos consumidores para ditar os rumos do mercado.

¹¹² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 112.

¹¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 111.

¹¹⁴ FREUD, Sigmund. O interesse científico da psicanálise. **Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas-ESB**, v. 13, 1913, p. 20.

Kotler e Armstrong definem o *marketing* como a atividade em 4 “P”s, derivados dos termos ingleses *product* (produto), *place* (distribuição), *price* e *promotion* (promoção) ou comunicação¹¹⁵. Esta última compreende todo esforço de comunicação realizado pela empresa para informar a existência do produto e promover as vendas, por meio de pessoal, publicidade, propaganda, relações públicas, *merchandising*, *marketing* direto, embalagem e promoção de vendas.

Um exemplo bastante utilizado para atingir a vulnerabilidade dos consumidores é a técnica de *marketing* que utiliza publicidade com personalidades que são vistas como referência na sociedade: artistas, esportistas, escritores etc. Por meio de estudos comportamentais das sociedades contemporâneas, as empresas perceberam que aquelas pessoas exercem uma espécie de autoridade capaz de ditar o que os outros devem usar, comer ou gostar.

Não há dúvidas de que as condutas apresentadas pelas ditas celebridades não passam de uma estratégia para que os consumidores desejem e consumam mais. Este mundo de fantasias criado pela publicidade para induzir ao consumo desenfreado é que se denomina como a arte oficial do capitalismo, que tem o intuito de manipular desejos e hábitos em prol de uma falsa ideia de sustentação do mercado.

Aqui cabe uma reflexão importante que será retomada adiante. As celebridades mencionadas no parágrafo anterior devem agir de forma prudente, de modo a evitar que as informações transmitidas por eles enganem o consumidor. Não se pode admitir que os interesses econômicos daqueles prevaleçam sobre a boa-fé objetiva que se espera de todo e qualquer anunciante. Assim, caso se verifique uma conduta enganosa ou abusiva, as celebridades devem ser responsabilizadas juntamente com as empresas, sob pena de estímulo do enriquecimento ilícito no ordenamento jurídico pátrio.

Nos primórdios da utilização da técnica publicitária, os anunciantes se preocupavam apenas em informar as características do produto e qual era a sua funcionalidade. Com o passar do tempo, os publicitários mudaram o foco e partiram para uma atitude invasiva, agressiva e até desinformativa.

Em vez de apenas explicar o uso do produto ou serviço, começaram a estimular a utilização dos mesmos como um estilo de vida, se valendo de estratégias, muitas vezes, apelativas e desleais, como ocorre no uso de mensagens subliminares. Enquanto antes a opinião do consumidor era levada em conta, agora as empresas decidem antecipadamente o que deve ser adquirido. Acerca do tema reflete Andrade:

¹¹⁵ KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. São Paulo: Prentice Hall Brasil, 2007, p. 28.

Com a industrialização do pós-guerra, a urbanização e crescimento das cidades e a mudança de costumes, surge uma grande demanda pela aquisição de bens. **A publicidade tem marcante contribuição nessa busca incessante e frenética por produtos e serviços.** Antes eram as necessidades do homem que gerava o consumo, hoje **a própria necessidade é criada pela atividade publicitária, que também impõe um padrão de comportamento para o consumidor.** Este tem que consumir para atender suas necessidades básicas mas também para galgar o lugar comum daqueles que possuem tal ou qual marca de carro, tênis, roupa, destinos de viagens, entre outros produtos e serviços. (Grifo nosso)¹¹⁶.

A publicidade existe desde que o ser humano sentiu a necessidade de tornar público algo de seu interesse. Foi, no entanto, no século XX, que o fenômeno publicitário passou a influenciar os consumidores e fomentar a cultura do consumismo. Nesse sentido afirma Henriques que:

A publicidade é, na sociedade moderna, a mais influente instituição da socialização, ela estrutura o conteúdo dos meios de comunicação de massas, e parece desempenhar um papel-chave como condicionante directo do consumo, para além de desempenhar uma importante função como veículo de comunicação social e como símbolo relevante da cultura de nossos dias¹¹⁷.

Na perspectiva do novo papel da comunicação publicitária, o *marketing* passou a ter a função de inserir na mente das pessoas a falsa necessidade de bens postos no mercado, fazendo com que estas permaneçam constantemente insatisfeitas e busquem nas compras algo que as conforte. Tal compulsão acaba influenciando as famílias a deixarem de lado seus valores e sua condição econômica para viver em um mundo de ilusões.

Para que isso aconteça os fornecedores de produtos e serviços se utilizam de expedientes como promoções, parcelamentos, liquidações, dentre outras estratégias de sedução a fim de que o processo de escolha seja viciado e sem qualquer medida de racionalidade.

2.4.4 A proteção do consumidor na cultura do consumo

Existem dois tipos básicos de consumo: o consumo necessário à satisfação das necessidades essenciais do ser humano e o consumo ligado ao imaginário dos indivíduos.

¹¹⁶ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A vulnerabilidade e sua repercussão no superendividamento do consumidor.** 2014. 221 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2015, p. 99.

¹¹⁷ HENRIQUES, Maria Carmen Segade Henriques. Estudo sobre publicidade por meios aéreos. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 411-231, 1999, p. 411.

Aquele é o que se pode denominar consumo primário e este é o que vem a identificar o chamado consumismo¹¹⁸.

Os bens de consumo que antes eram necessários à subsistência agora dão lugar à função de uma exibição competitiva, no afã de dar visibilidade e estabilidade às categorias de cultura. As posses de um determinado indivíduo carregam uma espécie de significação social e comunicam aos demais seu lugar na sociedade¹¹⁹.

Um dos graves problemas que a cultura do consumismo ocasiona é a aquisição de bens supérfluos, de forma descontrolada, no afã de buscar inclusão social. No intuito de não sentir-se excluído, o consumidor menos abastado é capaz de comprometer sua renda em prol da aquisição de vários produtos ou serviços desnecessários. No momento em que o ato de consumir torna-se maior do que os recursos disponíveis pra tal, causando-lhe insegurança financeira e, conseqüentemente, jurídica deve haver uma preocupação por parte de toda a sociedade, inclusive do direito.

Um outro efeito devastador para o mercado que vem à reboque da cultura consumista é o crescimento da pirataria. O desejo de consumir é tão intenso que os indivíduos, mesmo sabendo que determinados bens são falsificados, optam por tal aquisição no afã de ostentar símbolos ou marcas, ainda que não originais. As implicações negativas de tal prática são de toda ordem, desde o fechamento de estabelecimentos empresariais regularizados que não conseguem suportar a concorrência desleal da pirataria até os prejuízos à saúde e segurança do consumidor que está adquirindo um bem de qualidade questionável.

Conforme afirmado anteriormente, o direito deve buscar acompanhar as transformações sociais e, na medida do possível, tutelar os interesses mais importantes em um determinado período histórico da sociedade. Como será estudado no capítulo seguinte, a proteção do consumidor constitui um desses valores relevantes e uma tarefa que demanda elevado esforço por parte dos juristas contemporâneos, devido as suas peculiaridades que cada vez mais o diferenciam dos demais ramos jurídicos.

Prima facie, não parece haver mal algum na conduta de consumir bens. Todavia, na ânsia por mais lucro, o capitalismo incentiva o consumismo, esse sim prejudicial, haja vista que atitudes de consumo realizadas de forma irrefletida e com exagero são causa de desequilíbrio econômico-financeiro na vida das famílias.

¹¹⁸ SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes consumidas**: do consumismo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014, 41-42.

¹¹⁹ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens**: para uma antropologia do consumo. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013, p. 103.

A formação de consumidores conscientes é um desafio para o direito do consumidor contemporâneo. Dessa forma, além de proteger as pessoas individual e coletivamente em face dos abusos cometidos por parte das empresas, os que atuam nessa seara devem se preocupar com a educação do consumidor, a fim de construir uma nova geração de pessoas instruídas para um consumo responsável.

Nesse aspecto, o combate à publicidade ilícita, que incentiva a compra impensada de bens supérfluos, deve ser um dos focos da proteção do consumidor nos tempos hodiernos. Com o apelo desse meio de comunicação de massa, os indivíduos modificam seus valores, dando mais importância ao ter do que ao ser. Dá-se mais importância à aparência e aos bens necessários para mantê-la (veículos, vestimentas, propriedades) do que qualidades como sinceridade, generosidade, humildade etc. Nessa busca infinita por *status*, muitos acabam acumulando dívidas astronômicas, perdendo o controle de sua vida e permitindo que o ter se sobressaia sobre o ser.

Nesse sentido observa Barbosa que o aumento do consumo está associado a uma perda da autenticidade e de profundidade das pessoas, caracterizada por uma relação irracional com a cultura material, em relação à qual o que é privilegiado é a dimensão expressiva dos bens e produtos em detrimento da funcional e utilitária¹²⁰.

Com o advento da internet a cultura do consumismo foi ampliada. Por meio da rede a aquisição de produtos e serviços de que não se necessita potencializou-se em escala global e com maior rapidez, devido à agilidade da informação disseminada no referido meio de comunicação de massa.

O modelo de negócios intitulado “compras coletivas” constitui manifestação clara das alterações de paradigmas que revolucionaram a estrutura do comércio. Aqui as vendas são completamente *on line* e tem como elemento central a junção de várias pessoas para a aquisição de uma mercadoria a preço menor. Nesses casos há uma espécie de associação entre os consumidores com o intuito de obter um desconto na compra de um mesmo produto ou serviço. Em síntese, trata-se de um *e-commerce* cujo atrativo diferencial são os cupons de desconto. No Brasil, um exemplo desse tipo de comércio é o *site* de compras coletivas Peixe Urbano.

Ocorre que a verdadeira finalidade dos *sites* de compras coletivas é a indução ao consumismo por meio do incentivo à compra por impulso. Para atingir tal intento, o auxílio da publicidade é fundamental. A oferta de produtos com grandes descontos e um prazo

¹²⁰ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 106.

determinado para sua aquisição diminuem a análise do consumidor em relação à necessidade ou utilidade real daquele produto em oferta.

Segundo Souza o crescimento desse segmento de mercado é inegável e, para as empresas anunciantes, traduz-se em uma forma de *marketing* que substitui as mídias tradicionais, como a televisão e o rádio, de forma mais barata. Ao inserir sua marca nesses *sites*, as empresas conseguem atrair o consumidor a seu estabelecimento que, dependendo do atendimento e da qualidade dos produtos e serviços ofertados, voltará e trará mais pessoas¹²¹.

Uma implicação das situações descritas acima é o crescente aumento de transtornos psicológicos e da violência como decorrência do consumismo. Este pode ser caracterizado como uma patologia comportamental e tal constatação deve ser encarada com seriedade pelas autoridades. Torna-se cada vez mais comum a prática de crimes, como roubos e furtos, motivados pelo desejo de autoafirmação por meio da posse de determinado produto que não é compatível com o padrão de vida do indivíduo.

Além da busca incessante por produtos dispensáveis ser algo digno de preocupação há ainda outra variável mais grave. Ao conquistar tais bens o sentimento de insatisfação permanece. A compulsão pela compra de produtos que não serão utilizados não cessa com a aquisição dos mesmos. Isso ocorre porque a vontade de comprar é o que move o consumista. A moléstia do consumismo é denominada pelos estudiosos da área da saúde de *oneomania* ou consumo compulsivo.

Outra demanda em relação à proteção do consumidor que merece destaque é a necessidade do consumo sustentável. Sabe-se que o excesso de consumo é um dos causadores da devastação do meio ambiente. Sabe-se que tudo aquilo que é produzido e consumido gera algum tipo de impacto ambiental e que o desperdício é infinitamente superior em relação à quantidade de matéria reciclada. Quanto mais se consome maior é o número de sacolas plásticas, materiais radioativos e fumaça que são despejados na natureza.

Nesse diapasão, o consumo sustentável constitui uma nova demanda da ciência jurídica consumerista. Corroborando esse pensamento, a Resolução da ONU n. 153/95 prescreve que a educação é um dos elementos essenciais para que o consumidor não permaneça alienado, torne-se mais participativo e crítico e não tolere a imposição de um consumo insensato que degrada o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹²¹ SOUZA, Ana Paula Marques de. Responsabilidade dos sites de compras coletivas e o Código de Defesa do Consumidor. **Temas relevantes de direito do consumidor:** doutrina e jurisprudência. Org. Hebert Vieira Durães. Coord. Fernando A. de Vasconcelos. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 18.

Diante do exposto é preciso compreender que o consumismo é um problema de índole social e coletiva e não meramente individual e que necessita de intervenção Estatal no sentido de informar, educar e proteger o consumidor do risco que existe no consumo desmedido, além de alertá-lo sobre as consequências desastrosas desse mal contemporâneo.

Os fenômenos mercadológicos, entre eles o consumo, são alterados diuturnamente e o direito deve estar atento para assegurar que as normas evoluam e sejam capazes de regular os desafios que surgem.

A tarefa de identificar e responsabilizar os infratores pela veiculação de mensagens publicitárias subliminares na internet é algo que não se poderia prever há vinte e seis anos atrás, com a entrada em vigor do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, questão que será estudada no próximo capítulo.

Agora, no entanto, chegou a hora de enfrentar esse obstáculo e caso o direito do consumidor não o faça imediatamente corre o risco de se quedar prisioneiro do seu tempo e sofrer as consequências de sua ausência de iniciativa e morosidade.

3 HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICAS POR MEIO DA INTERNET

3.1 Identificação do imperativo de proteção do consumidor

A tutela jurídica consumerista, tal qual se apresenta nos tempos hodiernos, é fruto, dentre outras razões, das profundas alterações socioeconômicas advindas das revoluções industriais dos séculos XVIII e XIX, que romperam com o regime feudalista. Com a transição do capitalismo mercantil para o modelo industrial é inaugurada a fase de produção em série que tinha o objetivo de minimizar os custos e maximizar os lucros das empresas.

Corroborando a ideia formulada acima, afirma Fachin que foi a partir das alterações no cenário econômico desencadeadas pelas revoluções industriais que se vislumbrou crescente desigualdade nas relações de consumo, fenômeno acentuado, sobretudo, pela grande concentração de capital nas mãos de poucos grupos econômicos¹²².

Nesse período houve ampla migração da população residente na área rural para os grandes centros urbanos. Este novo contingente populacional passou, paulatinamente, a manifestar ávido interesse pelo consumo de novos produtos e serviços no intuito de satisfazer suas necessidades materiais. A partir daí começa a se consolidar o fenômeno da massificação da produção, da oferta e do consumo, assunto abordado no segundo capítulo.

Foi nessa conjuntura histórica que os desequilíbrios sociais se acentuaram. O tão sonhado mundo de uma igualdade material para todos desmoronou diante da entrada em cena do capitalismo que primava pela ideia de maximização do lucro. A esse respeito assevera Bauman que a globalização deixou de ter aquele significado esperançoso de igualdade, para tornar-se sinônimo de coisas fugindo ao controle e terra de ninguém¹²³.

Os fabricantes, produtores e fornecedores tornaram-se influentes economicamente. O comércio desenvolveu-se e o setor de serviços foi expandido em escala global. O total domínio dos bens de produção e do conhecimento dos dados técnicos e das informações de mercado fizeram dos consumidores verdadeiros fantoches nas mãos dos grandes conglomerados industriais. Assistiu-se à perda da liberdade de escolha do consumidor diante das ardilosas técnicas de persuasão utilizadas pelas empresas¹²⁴.

¹²² FACHIN, Luiz Edson. Novo Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: um *approach* de suas relações jurídicas. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 07, p. 111-135, 2005, p. 112.

¹²³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, *passim*.

¹²⁴ MONTEIRO, António Pinto. Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 201-214, 1999, 207.

A publicidade teve papel preponderante de catalisador de demandas inovadoras, assumindo a responsabilidade pela divulgação em massa de produtos e pela atração de novos consumidores para o mercado, dando os primeiros passos para consolidação da era do consumismo, temática debatida no capítulo anterior.

Dessarte, foi no século XX que surgiram os grandes estabelecimentos comerciais e industriais. Com a mecanização da agricultura, a população rural migrou para a periferia das grandes cidades, causando o inchaço populacional e a deterioração dos serviços públicos essenciais. A produção passou a ser em massa, o consumo perdeu seu caráter subjetivo e o comércio mundial ganhou proporções despersonalizadas.

O Direito, em sua tentativa permanente de acompanhar os fenômenos sociais e tutelá-los na medida em que se tornam relevantes, reagiu à falta de proteção dos consumidores. Estes deixaram de ser encarados como pessoas singulares e tornaram-se um mero número. Diante do descompasso entre o fato social e a ciência jurídica surgiu a concepção de tutela de uma relação entre sujeitos inequivocamente desiguais. Nesse sentido salientou Grinover:

Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas do mercado¹²⁵.

Destarte, a ordem jurídica vigente, sob a égide de valores até então consagrados, ficou-se insuficiente perante a nova realidade das relações de consumo, caracterizada pela extrema desigualdade existente entre as partes: fornecedores e consumidores, sujeitos de direito mencionados no tópico 2.2. O reconhecimento da vulnerabilidade – e também da hipervulnerabilidade em casos especiais, como se verá adiante – e o direito a uma proteção especial do Estado foram responsáveis pela mitigação do dogma da autonomia da vontade nos contratos consumeristas.

Os avanços tecnológicos da indústria e do comércio aliados ao poder de influência da publicidade exigiram uma resposta do Direito no sentido de alterar o modelo contratual constante nas codificações do século XX. O Direito Civil, concebido para tutelar relações paritárias, passou a não mais dar conta desse distinto modelo de relação jurídica. A legislação aplicável no Brasil da época era o Código Civil de 1916, que foi elaborado para disciplinar

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 7.

relações individualizadas, e não para regular aquelas oriundas da demanda coletiva, como ocorre nas relações consumeristas.

A novel sociedade de consumo substituiu a característica da bilateralidade de produção – em que as partes negociavam cláusulas contratuais e eventual matéria-prima que seria utilizada na confecção de determinado produto – pela unilateralidade de produção – na qual um dos polos, o fornecedor, seria o responsável exclusivo por ditar as regras da relação de consumo, sem a participação efetiva, em regra, da parte mais frágil.

Diante de tal contexto, relativizou-se o conceito de que os contratos fazem lei entre as partes. A obrigatoriedade dos termos pactuados, antes encarada como um postulado praticamente absoluto, restou incompatível com as relações de consumo. Em outras palavras, a chamada força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) deu lugar ao intervencionismo estatal. Uma das principais características das normas de ordem pública e de interesse social é justamente a impossibilidade de as partes derogarem seus comandos.

Pode-se mesmo afirmar que a proteção do consumidor é consequência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações privadas, representando reação ao avanço rápido do fenômeno de massa e da globalização, que deixou o consumidor desprotegido ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento tecnológico. Nesse entender é o pensamento de Ferraz:

O surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento dos cartéis, holdings, multinacionais e atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação de massa e, com eles, o fenômeno da publicidade maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos. Todos esses fenômenos que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume a própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma latente, despercebidos¹²⁶.

Foi nesse momento que identificou-se aquilo se convencionou denominar de direitos ou interesses transindividuais (que se subdividem em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) que nada mais são do que aqueles direitos que pertencem muito mais a uma coletividade ou a um grupo social específico do que a um de seus membros individualmente. A

¹²⁶ FERRAZ, Camargo *et.al* apud ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

tutela consumerista ganhou força a partir desse entendimento, visto que o consumidor passou a ter proteção individual, difusa e coletivamente considerada.

Cabe ressaltar, desde já, que a proteção do consumidor em face da veiculação de publicidade subliminar na internet, tema central desta pesquisa, deve ser estudada sob o aspecto individual mas, sobretudo, coletivamente, em razão da gama de indivíduos vítimas de tal conduta antijurídica.

Acerca do tema, é preciso compreender que a enorme dimensão dada ao imperativo cogente de proteção do consumidor, a ponto de impor-se como tema de segurança do Estado, é fruto do extraordinário desenvolvimento do comércio e da conseqüente ampliação da publicidade, do que igualmente resultou o fenômeno conhecido como a sociedade de consumo de massa. Perante essa nova filosofia de mercado, caracterizada pela produção em série, o fornecedor passou a prezar pela quantidade em detrimento da qualidade, ocasionando ao consumidor problemas como produtos e serviços viciados ou portadores de defeitos, além de prejuízos à sua saúde, segurança e bem-estar.

Importante ressaltar, a seu turno, que o consenso internacional em relação à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo representou fator importante para o surgimento da tutela em cada país. O reconhecimento de que o consumidor estava desprotegido em termos educacionais, informativos, materiais e legislativos determinou maior atenção para o problema e o aparecimento de legislação protetiva em várias nações.

Cumprir observar que o mercado de consumo deve ser entendido como o espaço ideal e não institucional, onde se desenvolvem as atividades de troca de produtos e serviços avaliáveis economicamente. Trata-se de espaço não institucional em razão de seu caráter não formal e que se caracteriza pela ausência de estrutura pré-determinada¹²⁷. É nesse espaço que o consumidor encontra-se desamparado.

É função do direito atuar no mercado de consumo regulando-o, fixando objetivos, restringindo ações ilegítimas como a veiculação de publicidade ilícita e responsabilizando o infrator por eventuais danos causados ao consumidor.

Muito mais do que uma política pública, ou do que um conjunto de normas infraconstitucionais reunidas em uma legislação específica, qual seja, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a proteção do consumidor no Brasil constitui uma orientação de origem constitucional¹²⁸.

¹²⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 138.

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 151.

Afirma-se, em síntese, que as profundas modificações nas relações de consumo, a identificação dos interesses difusos e coletivos, a nova postura em relação à legitimação ativa e o reconhecimento da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor conduziram, no conjunto, ao surgimento da tutela respectiva. Nesse contexto, afirma Teixeira:

A sistematização do Direito do Consumidor surgiu como resposta da ciência jurídica ao abismo entre as poderosas redes de fornecedores e os milhões de consumidores, que se viam afastados da efetiva proteção de seus direitos. Percebeu-se, enfim, a insuficiência da concepção liberal individualista pra satisfazer essa nova realidade da sociedade de consumo¹²⁹.

Com fundamento no raciocínio do autor e no exposto acima nasceu a necessidade da criação de um sistema normativo de tutela do consumidor com o afã de dar guarida à relação jurídica que faz parte do cotidiano da sociedade contemporânea

3.2 Sistema normativo de tutela do consumidor

A identificação desse novo sujeito de direitos, o consumidor, reclamou uma tutela específica e com maior eficácia dando ensejo à criação de um sistema jurídico protetivo que teve como principal escudo normativo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Em diversos ordenamentos jurídicos alienígenas a identificação do imperativo de proteção do consumidor deu seus primeiros passos com o reconhecimento dos direitos fundamentais em sede constitucional. Foi o que ocorreu com a Constituição Mexicana de 1917 e também na Carta Magna Alemã, de 1919.

No Brasil, antes da inserção constitucional, as normas destinadas à tutela do consumidor traduziam-se em legislações esparsas. Dentre os diversos exemplos destacam-se: a lei sobre crimes e contravenções contra a economia popular (lei nº 1.521/51), a lei que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo (lei delegada nº 4/62) e a lei de ação civil pública (lei nº 7.347/85)¹³⁰.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), lei 8.078/90, constitui o diploma legislativo de maior relevância para a proteção do consumidor no ordenamento jurídico pátrio. Trata-se do único diploma legal que tem sua origem encartada diretamente na

¹²⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 60. São Paulo: RT, p. 7-36, 2006.

¹³⁰ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Princípios sociais dos contratos nas relações de consumo**. 2002. 243 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2002, p. 95.

Constituição da República Federativa do Brasil. Por esse motivo, merece atenção especial deste estudo.

O Código de Defesa do Consumidor é de tal forma abrangente e provocou tamanha repercussão nos diversos ramos do direito que levará alguns anos para que seja devidamente estudado e corretamente aplicado¹³¹.

O constituinte de 1988 adotou claramente a concepção da codificação, conforme se pode observar da leitura do art. 48 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Senão vejamos:

Art. 48. ADCT. CRFB. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor¹³².

A preferência do legislador por um código se explica em razão da maior coerência e homogeneidade dessa espécie normativa. A estrutura de um código tem a peculiaridade de reunir princípios próprios, o que dá maior densidade teórica e fortalece a disciplina consumerista. Lembra Pinto Monteiro que:

A ideia de codificação, como se sabe, foi uma ideia genuinamente moderna, enquanto instrumento com que o Homem novo, liberto enfim das peias do *ancien régime* e das limitações da antiga ordem teocrática e aristocrática, se preparava para reformar o mundo. E foi por isso que se lhe opuseram os defensores de uma concepção do direito como genuíno produto cultural, emanação do “espírito do povo” (*Volksgeist*), e não como instrumento do Estado para reformar a sociedade. A codificação moderna do direito privado ocorreu na generalidade dos países da Europa continental no século XIX¹³³.

Apesar disso, durante a tramitação do código, poderosos empresários (fornecedores de produtos e serviços), vislumbrando sua derrota nos plenários das duas Casas, tentaram embargar a votação do texto sob o argumento de que, por se tratar de um código, era preciso ser respeitado um iter legislativo extremamente formal, o que não havia sido observado naquele caso.

Por essa razão, os elaboradores da legislação consumerista foram obrigados a defender a ideia de que aquilo que a Constituição chamava de código assim não o era. Dessa forma foi superada rapidamente a alegação dos empresários e a legislação foi aprovada. No entanto, não há dúvidas que embora promulgada como lei ordinária, a natureza jurídica da lei 8.078/90 é de

¹³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363.

¹³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 210.

¹³³ MONTEIRO, António Pinto. Sobre o direito do consumidor em Portugal. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 04, p. 121-135, 2002, p. 130.

codificação. Prova inequívoca dessa afirmação é o fato de que as menções ao vocábulo “código” no decorrer de seu texto não foram sequer retirados.

O artigo 5º, inciso XXXII, da Lei Maior, erigiu um comando inderrogável, alçando a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental, e, portanto, protegido pelo manto da cláusula pétrea.

Art. 5º. CRFB. 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:

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
(Grifo nosso).
[...]¹³⁴.

Ao utilizar a expressão “O Estado” de forma genérica, o legislador atribuiu o dever de defesa e proteção a todos os Poderes Constituídos da República, seja o Judiciário, o Executivo ou o Legislativo.

Como a relação jurídica de consumo é uma relação desigual, em que se encontra o consumidor vulnerável de um lado e o fornecedor, detentor do controle dos meios de produção do outro, nada mais acertado do que promover a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental, no afã de tentar equalizar uma relação que já nasce desequilibrada.

É mister destacar que a inclusão da proteção estatal ao consumidor como direito fundamental foi inovação do poder constituinte de 1988, visto que ele não se encontrava inserido no rol de direitos fundamentais das constituições anteriores.

Ainda no que se refere aos fundamentos constitucionais para criação do CDC, mister se faz observar o artigo 170, inciso V, da Carta Magna. Ao eleger a defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica, o legislador constituinte deixou claro que tal prerrogativa não deve ser considerada incompatível com os primados da livre iniciativa.

Seguindo esse raciocínio, os direitos do consumidor devem servir de norte para as atividades empresariais, pois, somente assim, a economia do país será desenvolvida de forma sustentável e observará um padrão de qualidade e eficiência no mercado.

Nessa toada, a defesa do consumidor tem o papel de restringir o regime capitalista, na busca de melhores condições de vida para os cidadãos. Em outras palavras, apesar de estar

¹³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 137.

consagrada no Estado brasileiro uma economia de mercado, de natureza capitalista e baseada na livre iniciativa, os fornecedores de produtos e serviços devem preocupar-se com a defesa do consumidor.

Pode-se dizer que objetivo constitucional de um capitalismo sustentável foi alcançado com a edição do CDC. A partir da lei 8.078/90 uma nova fase no mercado de consumo foi inaugurada. Os empresários, a partir de então, se viram obrigados a respeitar o consumidor ao mesmo tempo em que buscam um retorno financeiro para suas atividades. Esse novo paradigma de comportamento dos fornecedores trouxe enormes benefícios para a sociedade, no entanto, ainda há muito o que avançar.

Percebe-se, portanto, que a origem constitucional do Código de Proteção e Defesa do Consumidor assegurou a este sujeito de direitos uma proteção diferenciada dos outros particulares, civis e comerciantes. Em virtude do mandato da Constituição, o direito do consumidor passou a ser considerado um ramo autônomo, ao lado do direito civil e do direito empresarial.

Diante do exposto, é cediço que houve clara opção do constituinte originário em inserir no texto da lei fundamental vários dispositivos em favor da defesa do consumidor, obrigando o legislador infraconstitucional a tornar efetivo tal propósito. Isso ocorreu em virtude do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor perante o seu parceiro contratual, o fornecedor, na sociedade contemporânea. Nas palavras de Almeida a vulnerabilidade, que será debatida no próximo tópico, constitui a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre que se assenta toda linha filosófica do movimento¹³⁵.

Além das menções explícitas em relação ao consumidor, existem inúmeras outras normas na Lei Maior que repercutem diretamente nas relações de consumo. A dignidade de pessoa humana, fundamento da República, com previsão no artigo 1º, inciso III, é norma que perpassa qualquer relação jurídica, modelando-lhe o conteúdo. Seguindo esse raciocínio, os objetivos fundamentais da República, a exemplo da igualdade substancial extraída do artigo 3º, inciso III, e da solidariedade, que retira seu fundamento de validade do inciso I, do mesmo artigo 3º, constituem normas que influenciaram a construção do CDC.

Vale ressaltar, ainda, que a tutela do consumidor em âmbito constitucional não é regra no direito comparado. São poucos os países que, a exemplo de Portugal e Espanha, apresentam dispositivos expressos no que tange à defesa do consumidor.

¹³⁵ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

Isso se dá em razão de dois fatores. Em primeiro lugar, o estudo do direito do consumidor, como ramo do direito dotado de autonomia científica com princípios, regras, objeto, conteúdo e natureza próprios, é algo recente no cenário mundial. Afora essa questão, o direito constitucional só progrediu recentemente em muitos países.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é um texto legal avançado e arrojado possuindo características marcantes. Dentre elas destaca-se que suas normas têm caráter eminentemente principiológico, sendo de ordem pública e interesse social. Nas palavras de Albuquerque:

O Código de Defesa do Consumidor representa o grande divisor de águas dos contratos de consumo. Os pilares sobre os quais foi consolidado guardam correspondência com os desígnios sociais, sua textura de subsistema normativo aberto torna-o um diploma jurídico moderno e eficaz [...] ¹³⁶.

Diferentemente da estrutura do Código Civil de 1916, positivista e composto por textos jurídicos fechados, o CDC adotou avançada técnica legislativa, fundamentada na adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Por intermédio de um texto jurídico que dê margem a interpretações mais flexíveis, há a possibilidade de uma maior adequação das normas às mudanças sociais, cada dia mais aceleradas.

O fato de se apresentar como um diploma principiológico faz com que o CDC se torne uma legislação perene, apto a se adequar à rapidez nas mudanças no mercado, a exemplo da era digital, responsável por potencializar as relações de consumo por meio da rede mundial de computadores, temática central deste estudo científico.

A explicação para a adoção desse modelo principiológico está na busca por um sistema plural e aberto, capaz de incorporar valores atinentes à mutante realidade social. Dessa forma, é possível extrair do texto jurídico da lei 8.078/90 uma série de normas com o objetivo de conferir maior gama de direitos aos consumidores e, ao mesmo tempo, impor mais deveres aos fornecedores de produtos e serviços.

Esse novo padrão de regulação legislativa onde valores são descritos e finalidades são externadas pode servir como um precioso instrumento, especialmente no momento histórico contemporâneo, em que o Estado se mostra na vanguarda de políticas públicas, incentivando determinadas condutas e não apenas as reprimindo.

¹³⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Princípios sociais dos contratos nas relações de consumo**. 2002. 243 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2002, p. 106.

A legislação consumerista superou a técnica de legislar utilizando exclusivamente o binômio “hipótese fática/preceito normativo”. Nessa perspectiva, quando as metas são pré-definidas, a liberdade do intérprete é maior, o formalismo é mitigado e impõe-se respeito aos conteúdos normativos que são realmente dignos de relevância.

Cabe destacar que o intuito do legislador ao elaborar uma norma com caráter principiológico foi a concretização da igualdade material, já mencionada outrora, visando o reequilíbrio de uma relação jurídica extremamente desigual.

Por norma principiológica entende-se aquela que ingressa no ordenamento jurídico propondo um corte horizontal. No caso do CDC, a finalidade consiste em atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo¹³⁷.

O CDC é tido pela doutrina como norma principiológica no sentido de que prevalece sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. Destarte, as normas específicas sobre bancos, seguros, transportes e demais agentes do mercado devem obediência ao Código Consumerista, sob pena de se encontrarem à margem da lei. No que tange à segunda característica apontada acima, o artigo 1º do CDC assim dispõe:

Art. 1º. CDC. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, **de ordem pública e interesse social**, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (Grifo nosso)¹³⁸.

Além dos preceitos constitucionais aludidos anteriormente, o dispositivo legal mencionado deixa claro que o CDC traz em seu conteúdo normas de ordem pública e de interesse social.

Os conceitos de ordem pública e de interesse social têm como elemento de convergência a relevância do preceito da coletividade como organismo social organizado. Daí exsurge a importância de trazer a temática para esta investigação científica, visto que a problemática da difusão de publicidade subliminar na internet exige uma abordagem de cunho eminentemente coletivo, sem prejuízo, é claro, da tutela do consumidor no âmbito individualizado.

As normas de ordem pública são também denominadas de cogentes, imperativas ou coercitivas. Estas se diferenciam das normas dispositivas, típicas de leis que regem relações

¹³⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

¹³⁸ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 686.

entre sujeitos iguais, a exemplo do Código Civil, e que, portanto, podem decidir pela derrogação de seu comando contratualmente.

Ainda quanto ao caráter de ordem pública a doutrina costuma apontar algumas particularidades relevantes. São elas: as normas da lei 8.078/90 não podem ser alteradas por vontade das partes; o julgador pode atuar *ex officio* diante de uma lide que envolva relação de consumo em qualquer grau de jurisdição; há superioridade jurídica do CDC em conflito com outra norma; e, por fim, deve haver aplicabilidade imediata dos princípios e regras constantes na legislação consumerista.

Outro aspecto relevante em relação a essa característica é que as decisões envolvendo matéria consumerista podem não se limitar às partes envolvidas. É o que ocorre na hipótese de violação de direitos dos consumidores indiretos ou equiparados, estudados no tópico 2.2. Muitas delas repercutem perante interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ademais, tais decisões possuem viés educativo para a sociedade de consumo e servem de alerta para os demais fornecedores para que cessem condutas que configurem práticas abusivas, a exemplo da difusão de mensagens publicitárias ilícitas por meio da internet.

Adverte-se, ainda, que normas de ordem pública não se confundem com normas de direito público. Aquelas são caracterizadas por serem taxativas e indisponíveis e tanto podem estar no direito público como no direito privado. O que caracteriza uma norma como de direito público é a presença de um interesse do Estado. O CDC traz normas de direito público (administrativas e penais, por exemplo) e normas de direito privado.

Com relação ao interesse social da legislação consumerista, também denominada função social, pode-se afirmar que tal atributo é consequência direta da peculiaridade do sujeito de direitos tutelado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A proteção da parte mais frágil da relação de consumo tem a função de transformar a realidade social, caracterizada pela existência de relações jurídicas travadas entre pessoas naturalmente desiguais. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nada mais é do que uma maneira de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e equilíbrio.

Normas de interesse social são aquelas que disciplinam um campo de relações marcado pela desigualdade, razão pela qual têm por finalidade tutelar interesses que transcendem demandas entre particulares; são normas que interessam diretamente à coletividade e, indiretamente, aos indivíduos¹³⁹.

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2011, 13.

O artigo 82, § 1º, do CDC traz regra que dispensa o requisito da pré-constituição das associações para que seja aceita ação coletiva de consumo, quando haja manifesto ‘interesse social’¹⁴⁰.

Ao atribuir a característica de norma de interesse social ao CDC, o legislador concretizou a vontade da Carta Magna. Esta tinha claro intuito de imprimir proteção especial ao consumidor, reduzindo o abismo existente entre os sujeitos envolvidos na relação de consumo.

Para compreensão da violação dos direitos dos consumidores por meio da veiculação de publicidade subliminar na internet é indispensável o estudo do tema no campo de incidência do CDC no que diz respeito a sua interação em relação às demais leis do ordenamento jurídico.

Conforme afirmado acima, o Código Civil de 1916, caracterizado por uma estrutura extremamente fechada, levava a uma interpretação isolada das normas do CDC. É dizer, naquele contexto, existindo uma relação de consumo seria aplicada a legislação consumerista e não o Código Civil. Por outro lado, presente uma relação civil, incidiria o Código de 1916 e não o CDC. Durante a década de noventa do século passado e no início da primeira década do século XXI era dessa forma que se ensinava a disciplina de Direito do Consumidor nas escolas jurídicas.

Nessa perspectiva observa Moraes que, passada a fase inicial de assombros, as posturas mais sensatas passam a prevalecer e os valores da sociedade atual indicam a necessidade de convivência em harmonia dos dois subsistemas superando as antinomias a fim de que, de fato, possam ser atendidos os anseios dos destinatários do ordenamento jurídico pátrio¹⁴¹.

Diante da complexa realidade contemporânea não poderia ser de outra forma. Normas nacionais e internacionais, legais e contratuais, decretos e regulamentos, todas devem ser harmonizadas e ponderadas no afã de encontrar a melhor solução diante de um caso concreto, observando os fundamentos traçados na lei fundamental.

É o que deve ocorrer também diante de um caso de veiculação de publicidade subliminar na rede mundial de computadores. A proteção do consumidor e a responsabilização do infrator não deve encontrar fundamento de validade somente na lei 8.078/90, mas sim em todo ordenamento jurídico pátrio e, até mesmo, internacional.

¹⁴⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 140.

¹⁴¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 87.

O momento atual caracteriza-se pela explosão de leis, um verdadeiro “*Big Bang legislativo*” na feliz expressão de Lorenzetti¹⁴². Essa quantidade enorme de normas jurídicas constitui fenômeno típico do período chamado pós-moderno, resultante de um mundo globalizado e em constante ebulição.

A pós-modernidade nada mais é do que o estado reflexivo da sociedade diante de suas próprias mazelas, capaz de gerar uma revisão completa no modo como se organiza a vida contemporânea e de superação do modelo anterior. Diante desse contexto, é preciso coordenar as inúmeras fontes legais existentes e ordenar a convivência entre elas.

Antes, diante de um embate desta natureza, ou seja, em razão da impossibilidade de se aplicar mais de uma lei perante um mesmo caso, os critérios tradicionais de solução de determinada demanda optavam pela exclusão de uma das leis, e não pela conformação de todas no intuito de tutelar da melhor forma possível os sujeitos de direitos.

As técnicas utilizadas habitualmente eram pautadas no critério hierárquico (lei de hierarquia superior prevalece em relação à lei de hierarquia inferior); no critério da especialidade (lei especial tem prevalência sobre lei geral, ainda que não tenha o condão de revogá-la) e no critério cronológico (lei posterior prevalece sobre a lei mais antiga).

Tais técnicas conhecidas como soluções clássicas para os conflitos de leis não são mais suficientes. É dizer, diante da complexidade do direito atual requer-se mecanismos diferentes de interpretação para pacificação social das demandas da sociedade. Nos tempos pós-modernos há a necessidade de busca de saídas sistemáticas e que permitam a aplicação concomitante de duas ou mais normas ao mesmo tempo e em relação ao mesmo caso, de forma complementar ou subsidiária.

Dessa forma, não se pode mais afirmar que existe uma única fonte legislativa para embasar determinado caso concreto. A ideia de multiplicidade de normas é a que prevalece, sem que nenhuma ocupe uma posição de absoluta proeminência, excludente das demais.

Seguindo esse raciocínio, a divisão rígida e inflexível entre direito público e direito privado não cabe no pensamento pós-moderno. Ressalte-se que a pós-modernidade é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural que, provavelmente, deverá alargar-se por muitas décadas até sua consolidação.

No que se refere ao direito do consumidor é relevante destacar o seguinte: com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, por óbvio, não há falar-se em revogação do CDC. Ao revés, necessário se faz observar a coexistência dos dois diplomas jurídicos que possuem

¹⁴² LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, passim.

harmonia de princípios e que devem ter seu campo de aplicação devidamente delimitado. Prova de tal assertiva é o tratamento dado ao instituto da responsabilização civil (matéria que será debatida no quinto capítulo) nos referidos arcabouços normativos.

3.3 Vulnerabilidade e hipervulnerabilidade dos consumidores na internet

Em análise minuciosa sobre a temática da vulnerabilidade observa Andrade que a inclusão do vernáculo no vocabulário da língua portuguesa apenas no último século indica que seu uso, também no contexto jurídico, é proveniente de um processo histórico recente, oriundo das transformações sociais analisadas no tópico 3.1¹⁴³.

Dessa forma, apesar do estado de vulnerabilidade ser da própria essência da humanidade, quer perante a natureza ou diante do próprio homem¹⁴⁴, a preocupação jurídica em torno da conquista do reequilíbrio perdido em situação de fragilidade é algo relativamente novo.

A vulnerabilidade é um conceito que expressa relação, somente podendo existir tal qualidade se ocorrer a atuação de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém. Outrossim evidencia a condição daquele que foi ferido, ofendido ou melindrado por ato de alguém que possui potência suficiente para tanto¹⁴⁵.

Embora para Bourdieu o estado de vulnerabilidade do indivíduo na sociedade esteja relacionado com a sua origem e herança cultural, para o Direito toda pessoa, independentemente de sua situação política, social, econômica ou financeira, que for consumidora, deverá ser considerada vulnerável¹⁴⁶.

Advertem Leal e Tavares que a vulnerabilidade do consumidor decorre de sua própria condição na sociedade de consumo, constituindo presunção legal absoluta e, ao mesmo tempo, a própria razão de ser do direito do consumidor¹⁴⁷.

¹⁴³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A vulnerabilidade e sua repercussão no superendividamento do consumidor**. 2014. 221 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2015, p. 14.

¹⁴⁴ Thomas Hobbes, filósofo inglês da Idade Moderna, já afirmava em frase célebre que: “O homem é o lobo do homem”, metáfora essa que indica que o homem é capaz de grandes atrocidades e barbaridades contra elementos de sua própria espécie.

¹⁴⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 125.

¹⁴⁶ BOURDIEU, Pierre. **A Distinção: crítica social do julgamento**. Porto Alegre: Zouk, 2015, p. 75.

¹⁴⁷ LEAL, Larissa Maria de Moraes; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre o empreendimento do Shopping Center – A questão do tenant mix e da cláusula de raio e seus efeitos no campo das relações empresariais e das relações de consumo. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, p.137-154, jan-mar, 2015, p. 6.

Na mesma linha de pensamento pontua Braga Neto que todo consumidor é vulnerável, por conceito legal. A vulnerabilidade do consumidor, nos termos do CDC, é inata, não dependendo de condição econômica ou de quaisquer contextos outros¹⁴⁸.

Assim, sob a perspectiva jurídica consumerista a vulnerabilidade traduz-se na condição de sujeito mais frágil da relação, que torna o consumidor passível de ser ofendido na sua incolumidade física, psíquica ou no aspecto econômico por parte do outro polo mais potente, qual seja, o fornecedor de produtos e serviços.

A hipervulnerabilidade também denominada de ‘vulnerabilidade potencializada’ ou ‘dupla vulnerabilidade’ constitui um conceito implícito no ordenamento jurídico pátrio que merece atenção em um estudo que trata da violação dos direitos do consumidor por meio da publicidade subliminar na internet.

O prefixo hiper deriva do termo grego *hypér* e serve para designar um alto grau ou aquilo que excede a medida normal. Uma vez acrescentando este ao vocábulo vulnerável, pode-se extrair o significado de extrema fragilidade, que supera os limites do que seria uma situação de fraqueza¹⁴⁹.

Nos termos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, legislação elogiada internacionalmente por seu caráter vanguardista, o consumidor é considerado presumidamente vulnerável. O artigo 4º, inciso I, do CDC, dispõe que:

Art. 4º. CDC. 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; (Grifo nosso).

[...] ¹⁵⁰.

De acordo com Miragem, “a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do mesmo. É esta vulnerabilidade que determina que se ocupe da proteção do consumidor”¹⁵¹.

¹⁴⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2014, p. 49.

¹⁴⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217-218.

¹⁵⁰ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 686.

¹⁵¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 99.

Ainda nesse sentido, Filomeno afirma que “no âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável [...]”¹⁵².

A ideia de vulnerabilidade está intrinsecamente conectada com a norma que preconiza a igualdade substancial extraída do texto do artigo 5º da Lei Maior. Aquele que é vulnerável necessariamente se encontra em situação desigual. Pode-se, portanto, afirmar que o princípio da vulnerabilidade é subprincípio, derivado do princípio constitucional da igualdade.

Nesse sentido, a busca por um tratamento desigual visa justamente atingir uma igualdade jurídica, difícil de ser alcançada em uma sociedade de consumo de massa caracterizada pelo desequilíbrio socioeconômico excessivo.

A vulnerabilidade do consumidor se distingue, via de regra, em quatro modalidades: técnica, jurídica, fática e informacional. A vulnerabilidade técnica é caracterizada pelo não conhecimento específico acerca do bem que se está adquirindo e, no sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário fático do bem¹⁵³.

É o que ocorre com o consumidor leigo que busca reparação de seu computador pessoal ou telefone celular. É a vulnerabilidade relacionada à expertise, ou seja, à profissionalidade ou não do agente sobre aquele produto ou serviço.

Configura vulnerabilidade jurídica ou científica a ausência de informações jurídicas, de economia ou de contabilidade. Assim como a técnica, esta também é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. No caso dos profissionais e das pessoas jurídicas não existe tal presunção, uma vez que devem possuir conhecimentos científicos acerca das áreas mencionadas.

Na vulnerabilidade fática ou socioeconômica o fornecedor, por deter o poder sobre os bens de produção, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam. No caso dos serviços considerados essenciais como água, energia elétrica, transporte público etc. a referida supremacia resta mais evidente.

Finalmente, o que caracteriza a vulnerabilidade informacional não é a falta de informações, mas sim a ausência de qualidade nos dados repassados ao consumidor. Presumir a vulnerabilidade informacional significa exigir do fornecedor o dever de compensar este novo

¹⁵² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 69.

¹⁵³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 156.

fator de risco da sociedade. O déficit informativo ocorre apesar da abundância de informações que é inerente ao mundo globalizado. Esse é o ponto central deste estudo científico¹⁵⁴.

O consumidor que navega na internet é diuturnamente bombardeado de informações, especialmente publicitárias, que são capazes de torná-lo mais vulnerável do que já é, em outras palavras, hipervulnerável. Um indivíduo que tem seu inconsciente invadido no intuito de alterar seu comportamento de consumo merece, portanto, uma proteção especial por parte do ordenamento jurídico, em face de encontrar-se em um nível mais elevado de fragilidade em razão de uma suscetibilidade maior aos apelos promovidos pelos fornecedores na rede.

Assim, diante do exposto, é mister perceber que a vulnerabilidade constante do CDC decorre diretamente do princípio da isonomia. Nesse raciocínio, somente com proteção jurídica diferenciada, o consumidor é capaz de dialogar com o fornecedor de forma livre, sem estar subjugado previamente.

Diante da cultura do consumismo instalada com o auxílio da publicidade massiva, invasiva e agressiva, tema discutido no capítulo anterior, surge a figura de um consumidor que reclama tratamento diferenciado. Aqui vigora a máxima de que situações diferentes devem ser tuteladas com normas jurídicas próprias.

Nesse diapasão, aparecem os consumidores considerados “especiais”, que apresentam um grau de vulnerabilidade mais elevado do que o de outros consumidores “comuns”. São os chamados consumidores hipervulneráveis, visto que são expostos a um desequilíbrio demasiado no mercado de consumo. Incluem-se nessa categoria as crianças, os idosos, os indígenas, os portadores de doenças raras, os rurícolas, os analfabetos, dentre outros.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor traz em seu bojo características que demonstram o acolhimento da ideia de vulnerabilidade agravada em relação a determinados grupos. Senão vejamos. O artigo 37, § 2º afirma que:

Art. 37. CDC.
[...]

§ 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.

¹⁵⁴ Ressalte-se que o conceito de vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência. Enquanto a primeira trata-se de uma construção jurídica a última revela-se como uma condição fática. A hipossuficiência funda-se nas desigualdades apresentadas nos casos concretos. Dessarte, seu preenchimento valorativo se há de fazer com fundamento nas regras ordinárias de experiência. Por essa razão aqui a presunção é relativa, devendo ser comprovada perante o juiz. É possível afirmar, portanto, que todo consumidor é vulnerável, mas nem todos podem ser considerados hipossuficientes.

[...] ¹⁵⁵.

De acordo com o referido dispositivo a publicidade é abusiva e, portanto, ilegal, quando se aproveita de circunstâncias que agravam a vulnerabilidade do consumidor, como sua idade reduzida ou elevada. O reconhecimento dessa hipervulnerabilidade comprova que a presunção jurídica formal do princípio da vulnerabilidade resta insuficiente no que tange a determinadas relações de consumo vivenciadas na contemporaneidade, a exemplo daquelas que ocorrem por meio da rede mundial de computadores.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 39, inciso IV, da lei 8.078/90, assevera que:

Art. 39. CDC. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

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;

[...] ¹⁵⁶.

Percebe-se, por conseguinte, que a hipervulnerabilidade é condição que faz com que o consumidor necessite de um tratamento distinto. É o que Alexy denominou, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de “mandado de tratamento desigual” ¹⁵⁷.

Com fundamento na máxima: “há que se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”, desenvolveu-se a tese de que, primeiramente deve haver um mandado de tratamento desigual em uma situação em que há desigualdade entre sujeitos; em seguida, a interpretação deve ocorrer no sentido de concretizar o princípio constitucional da igualdade, por meio de um tratamento protetivo em relação às partes mais frágeis em uma relação jurídica, como é o caso dos consumidores. Assim sendo, a igualdade material só é alcançada no momento em que o sujeito vulnerável goza de tutela diferenciada no caso concreto.

Em outras palavras, alguns grupos de pessoas existentes na sociedade merecem uma guarida especial, justificando esse tratamento diverso em razão das condições específicas em que se encontram. No mesmo sentido de justiça distributiva propugnado por Aristóteles,

¹⁵⁵ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 690.

¹⁵⁶ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 690.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, passim.

defende-se que os referidos sujeitos gozem de proteção particularizada. A hipervulnerabilidade resulta da soma da vulnerabilidade intrínseca à pessoa do consumidor com a fragilidade que atinge determinados grupos específicos¹⁵⁸.

Diante do exposto acima, esta pesquisa propõe a inclusão do consumidor que navega na rede mundial de computadores no rol dos hipervulneráveis, em razão da fragilidade maior do consumidor no ambiente virtual. O papel ativo do consumidor na *web* o torna mais vulnerável e mais facilmente manipulável do que aquele exposto às mídias tradicionais (rádio, televisão etc.).

O direito não deve se afastar da realidade social e tem o dever de enfrentar, com seriedade, essa questão, tendo em vista que, na internet, a exposição ao conteúdo agressivo da publicidade, subliminar ou não, é infinitamente maior do que na mídia tradicional.

E mais, como trata-se de um instrumento com características inovadoras, ainda não se sabe de que forma a influência de um anúncio virtual veiculado de forma enganosa, abusiva ou subliminar na Europa, por exemplo, pode trazer consequências danosas para o consumidor internauta que se encontra no Brasil.

No sentido do reconhecimento da situação peculiar do consumidor que utiliza a rede mundial de computadores afirma Jayme:

No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina **uma maior vulnerabilidade** daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invadia o seu próprio programa, e o fato de não conhecer seu adversário preocupa ainda mais. (Grifo nosso)¹⁵⁹.

O conceito jurídico de hipervulnerabilidade, além de obter o reconhecimento da doutrina consumerista, vem sendo acolhido pelos Tribunais Superiores. Em decisão que merece destaque, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tratou do tema ao analisar um caso concreto de um portador de doença celíaca. Esta configura-se pela intolerância permanente ao glúten, proteína presente no trigo, aveia, centeio e cevada, cereais amplamente utilizados na composição de alimentos.

¹⁵⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

¹⁵⁹ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. n. 1. P. 85-97, Porto Alegre: UFRGS, mar. 2003. p. 86.

A questão girava em torno da suficiência ou não dos dizeres ‘contém glúten’, veiculados em embalagens de alimentos industrializados considerando os riscos à saúde e segurança dos consumidores portadores daquela enfermidade.

A intenção do Procon-MG, demandante na ação, consistia em obrigar os fornecedores desses produtos a incluírem, nos respectivos rótulos, a menção de que, além da presença do glúten, o alimento não deveria ser consumido por portadores de doença celíaca. A título de ilustração, cabe aqui a transcrição de trecho do voto do Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, no Recurso Especial 586.316/MG. Senão vejamos.

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão de genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas¹⁶⁰.

A justificativa do ministro para o reconhecimento da hipervulnerabilidade no caso narrado decorre de uma condição fundamental do Estado Democrático de Direito, que tem o papel de reconhecer a igualdade de todos, mas cuja função não se resume a isso, devendo também oferecer mecanismos para que seja assegurada a igualdade material.

A proteção especial defendida por este trabalho científico restou configurada no julgamento da demanda em comento por meio da exigência do dever de informação-advertência que deve ser adotado na rotulagem desses alimentos, tendo-se em vista o risco que a substância glúten acarreta, na hipótese de consumo por parte daqueles acometidos pela doença celíaca. Dessarte, somente o dever de informação não preencheria o objetivo de tutela do consumidor de forma satisfatória.

Destacou, ainda, o Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin que os consumidores hipervulneráveis não são menos consumidores ou cidadãos, tampouco seriam merecedores de direitos de segunda classe, de forma que o Estado não poderia deixar de cuidar também da vida deles, como o faz com os consumidores somente vulneráveis¹⁶¹.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 586.316/MG**. Brasília, DF. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 17 de abril de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2893505&sReg=200301612085&sData=20090319&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 08 nov. 2013, p. 19-20.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 586.316/MG**. Brasília, DF. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 17 de abril de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2893505&sReg=200301612085&sData=20090319&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 08 nov. 2013, p. 19-20.

Não se pode olvidar, ainda, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não é o único instrumento normativo que prevê tutela jurídica diferenciada para grupos especiais. A própria Lei Fundamental, juntamente com alguns diplomas normativos infraconstitucionais¹⁶², dispõe sobre tratamento específico que deve ser dado, por exemplo, as pessoas com deficiência. É o que se extrai dos artigos 227, § 1º, inciso II e § 2º e 244 da Carta Magna.

O reconhecimento da hipervulnerabilidade, portanto, tem fundamento na Constituição, uma vez que esta institui, além dos dispositivos mencionados, a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo o reconhecimento e influência de interesses não patrimoniais sobre as relações entre particulares.

Nesse raciocínio, para que a ideia de vulnerabilidade potencializada seja reconhecida e sedimentada é imprescindível que exista interpretação dialogada do CDC com as demais legislações protetivas, visando à efetivação do princípio da igualdade em sua acepção substancial.

É nesse cenário que a ideia de hipervulnerabilidade ganha destaque. Na realidade contemporânea, a interpretação isolada do princípio da vulnerabilidade em sua acepção formal, releva-se insuficiente diante de uma sociedade de plurais. O consumidor merece, portanto, não apenas proteção retórica do legislador, mas efetivo cumprimento de seus direitos de cidadão.

Diante de questões dotadas de especificidade e novidade como é o caso dos anúncios subliminares na internet, o reconhecimento normativo do conceito de hipervulnerabilidade aliado à adoção de medidas protetivas do consumidor vítima de tal prática, sem olvidar da coibição desse tipo de conduta ilícita por parte do Estado representa um caminho que dá segurança jurídica à parte mais frágil da relação.

Nesse contexto, o direito constitucional contemporâneo conectado ao direito do consumidor atual propõe a transferência da pessoa para o centro das relações jurídicas de consumo, de modo que as suas respectivas fragilidades sejam identificadas e sanadas.

A vulnerabilidade física, psíquica e social do consumidor criança, adolescente, idoso, da pessoa com deficiência, dos acometidos por doenças raras, do analfabeto, dos usuários da internet etc. necessita de um tratamento específico uma vez que, aos considerados diferentes, deve ser assegurada igualdade jurídica com o objetivo de mitigar a desigualdade fática. Para isso o direito deve conter instrumentos suficientes para concretizar o restabelecimento dessa tão propugnada isonomia.

¹⁶² Em conformidade com o exposto e com a finalidade de proteção dos referidos grupos especiais foi instituída recentemente, em 06 de julho de 2015, a lei nº 13.146 que dispõe sobre a inclusão da pessoa com deficiência, denominado de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A hipervulnerabilidade deve ser um atributo com poder de influenciar a proteção das relações de consumo e assegurar o valor da dignidade da pessoa humana. Diferentemente do que dispõe o artigo 4º, inciso I, do CDC, mencionado anteriormente, a vulnerabilidade potencializada não se caracteriza por ser uma pressuposição indiscriminada. Esta possui regime jurídico diferenciado, não sendo possível sua aplicação em uma decisão sem antes ponderar-se as circunstâncias concretas do conflito a ser dirimido.

Diante desses elementos inovadores e das circunstâncias da realidade contemporânea, especialmente no que se refere aos fatores que determinam a desigualdade, novas categorias jurídicas surgem com o intuito de assegurar o permanente comprometimento dos juristas com a valorização da pessoa humana. Nas palavras de Pinheiro e Detroz:

O fato de colocar-se a pessoa humana no centro da análise das situações significa que está sendo levada em consideração a dignidade humana e seu alcance à condição de necessário parâmetro de interpretação e aplicação das normas de direito. Sob a ótica proposta, e segundo as novas tendências do direito, a pessoa humana é o centro do sistema jurídico em substituição ao patrimônio, o que faz com que seja possível a melhor tutela da pessoa em uma visão solidária que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Esta socialização serve para uma reorientação do direito, pois o reconhecimento das desigualdades entre os sujeitos jurídicos e, acima de tudo, o reconhecimento de que o direito pode coibir tais desigualdades auxiliarão na manutenção da dignidade da pessoa humana¹⁶³.

Em apertada síntese, a identificação de sujeitos com características específicas nas relações de consumo constitui uma demanda da sociedade de massa. Um desses sujeitos é o consumidor que utiliza a rede mundial de computadores. Não se pode negar a fragilidade maior deste em relação aos fornecedores de produtos e serviços. Tal constatação se dá, dentre outros fatores, em razão da ausência de educação formal e informal do consumidor para lidar com os apelos da tecnologia da informação.

As agências de publicidade em parceria com os fornecedores e com os veículos de comunicação de massa se aproveitam dessa fragilidade para capturar os desejos do inconsciente do consumidor e fazer com este se comporte de maneira prejudicial a sua saúde e segurança, inclusive financeira, gerando o consumismo e o superendividamento das famílias.

Dessarte, reconhecendo e ampliando a ideia de hipervulnerabilidade para abranger também aqueles que são vítimas da publicidade subliminar na internet, o direito do consumidor

¹⁶³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol II, N. 4, p. 129-164, dez 2012, p. 154-155.

alcançará seu real propósito de tutela da dignidade da pessoa humana na construção de uma sociedade mais igual e menos injusta.

3.4 Proteção da relação jurídica de consumo na internet

Existe uma crítica recorrente de parte da doutrina consumerista brasileira no sentido de que houve omissão do Código de Proteção e Defesa do Consumidor em relação ao tratamento das relações jurídicas por meio da internet.

No entanto, ao observar a questão sob aspecto puramente cronológico, percebe-se que realmente havia certa dificuldade em tratar da matéria haja vista que, quando da promulgação da lei 8.078, em 11 de setembro de 1990, a internet no Brasil ainda dava seus primeiros passos rumo à era digital que vivencia-se hoje.

Dessarte, parece plausível presumir que, não obstante seus diversos méritos, o CDC não pôde regulamentar as relações que ocorrem no meio eletrônico por uma razão óbvia e evidente, qual seja, estas ainda não se faziam sentir e inexistia repercussão digna de tutela por parte do direito naquele momento histórico. Segundo Souza:

Nesses vinte e um anos de existência do CDC, novos casos surgiram, envolvendo o mundo real e o mundo virtual. Os Tribunais começam a pacificar soluções para diversos assuntos, como a responsabilidade do intermediador de serviço, que inundou de reclamações as cortes superiores. O comércio eletrônico, embora sem lei específica, começou a entrar nos ditames do CDC, cujo regulamento abarca também essa forma de comercialização¹⁶⁴.

Naquela época jamais poderia se imaginar que, vinte e seis anos depois, ainda estaria se discutindo no Congresso Nacional a aprovação de normas que assegurem direitos e deveres aos consumidores usuários da internet.

A despeito desta não regulação expressa pelo CDC é cediço que o advento da rede mundial de computadores trouxe profundas modificações nas relações de consumo. Seguindo esse raciocínio, muitos vêm se questionando acerca da aplicabilidade do CDC às relações de consumo celebradas por meio da internet, havendo controvérsia, não só com relação aos contratos celebrados com fornecedores de produtos ou serviços nacionais, mas, em especial, quando a relação de consumo é firmada com fornecedores de outros países.

¹⁶⁴ SOUZA, Ana Paula Marques de. Responsabilidade dos sites de compras coletivas e o Código de Defesa do Consumidor. **Temas relevantes de direito do consumidor:** doutrina e jurisprudência. Org. Hebert Vieira Durães. Coord. Fernando A. de Vasconcelos. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 44.

Há quem questione até se em relação à oferta ou venda pela internet poderia ser aplicado o artigo 33 do CDC¹⁶⁵ visto que tal norma somente teria tratado da oferta por telefone ou reembolso postal. No entanto, para boa parte da doutrina, as normas constantes na lei 8.078/90 se aplicam também às relações de consumo no ambiente digital.

Corroborando esse entendimento, em 15 de março de 2013, o Decreto 7.962 passou a regulamentar a contratação no comércio eletrônico e, em seu artigo 2º, trouxe um texto jurídico que se coaduna perfeitamente com a ideia trazida no referido artigo 33, do CDC. Senão vejamos.

Artigo 2º, do Decreto 7.962/13. Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

- I – nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;
- II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;
- III – características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e segurança dos consumidores;
- IV – discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias tais como as de entrega ou seguros;
- V – condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e
- VI – informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta¹⁶⁶.

Quanto à problemática da aplicação das normas, pondera De Lucca que o caráter naturalmente cosmopolita existente na internet, com inúmeras relações consumeristas celebradas entre fornecedores e consumidores domiciliados em diversos países e até em continentes distintos, traz em seu bojo delicadas questões acerca da legislação e da jurisdição aplicável aos casos concretos¹⁶⁷.

No que se tange às relações de consumo por meio da internet celebradas com fornecedores nacionais, parece não haver dúvidas de que são perfeitamente aplicáveis às

¹⁶⁵ No termos do art. 33 do CDC: “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”.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 690.

¹⁶⁶ BRASIL. Decreto 7.962 (2013). **Decreto que regulamenta a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico**: Decreto 7.962, de 15 de março de 2013. Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

¹⁶⁷ DE LUCCA, Newton. Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol. II, n. 3, p. 113-132, set 2012, p. 120.

disposições constantes do CDC. Obviamente deve-se verificar se os sujeitos da relação concretizada em meio virtual se enquadram nos requisitos dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90, debatidos no tópico 2.2, e se estão presentes as condições que caracterizam uma relação jurídica de consumo.

Uma vez configurada a relação jurídica consumerista com fornecedor nacional, incontestável é a aplicação da legislação protetiva, o que acarreta, em consequência, a alteração do foro para o domicílio do consumidor, tendo em vista sua notória vulnerabilidade frente ao fornecedor de produtos ou serviços.

Ocorre que, nas relações jurídicas por meio da rede mundial de computadores, muitas vezes um consumidor, influenciado por uma publicidade virtual, contrata com um fornecedor estrangeiro, com estabelecimento físico no exterior.

Adverte El Kalay que, ao negociar com consumidores por meio da internet, os fornecedores confrontam-se com o risco de se sujeitarem a tantas jurisdições quantas as diferentes ordens jurídicas com as quais os seus negócios podem ter conexão. Com efeito, o comércio eletrônico internacional suscita a natureza ubiqüitária da *web* ocasionando dificuldades de determinação dos critérios de competência internacional dos tribunais¹⁶⁸.

Não obstante a existência das dificuldades mencionadas acima, observa-se que, configurada tal relação jurídica, e, havendo alguma irregularidade no fornecimento de produto ou serviço, surgem duas indagações importantes a fim de aferir qual a legislação aplicável: a) Existe Tratado ou Convenção Internacional que regule a matéria? b) Há escritório ou representação por meio de filial em território nacional?

Caso a resposta à primeira indagação seja afirmativa e verifique-se a existência de Tratado ou Convenção Internacional que discipline as relações de consumo com determinado país estrangeiro, e que seja o Brasil signatário, aplicam-se as normas da legislação consumerista pátria, podendo o consumidor processar o fornecedor no Brasil.

Outra hipótese que enseja a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que o fornecedor que efetuou o contrato tenha sua sede física no exterior, ocorre quando se constata a existência de filial, escritório de representação ou assistência técnica do fornecedor estrangeiro em território nacional. Nesse caso responderá este por vícios ou defeitos nos produtos ou serviços bem como por indenização devida ao consumidor.

¹⁶⁸ EL KALAY, Renata Solera Ramon. **Aspectos jurídicos da proteção do consumidor no comércio eletrônico sob uma perspectiva luso-brasileira**. 2010. 110 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra: 2010, p. 84.

Para ilustrar o entendimento supracitado, mister observar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em sede do Recurso Especial - RESP nº 63.981/SP, reconheceu o direito de um consumidor, que adquiriu uma máquina filmadora, marca Panasonic, em Miami (EUA), e que mais tarde veio apresentar defeito, posteriormente reparado pela Panasonic do Brasil Ltda. O Relator para o acórdão, reconheceu em seu voto que:

Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no fator mercado consumidor que representa o nosso país.

[...]

O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje 'bombardeado' diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

[...]

Se as empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pela deficiência dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos [...] ¹⁶⁹.

A decisão do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira deve servir de alerta para que haja uma maior preocupação do Poder Judiciário com a proteção jurídica do consumidor que celebra contratos por meio da internet.

O que se observa, de fato, é que ainda não há a devida atenção que o tema merece, tanto por parte do Poder Judiciário, quanto dos legisladores que, diversas vezes, negligenciam a tutela normativa de bens jurídicos que são violados por práticas ilícitas utilizando a rede mundial de computadores e os demais sistemas informatizados, incluindo a difusão de publicidade subliminar.

Mister destacar, ainda, a hipótese de não haver Tratado ou Convenção Internacional que discipline as relações de consumo entre o Brasil e o país de um determinado fornecedor estrangeiro e também não existir qualquer escritório, representação ou assistência deste em território nacional. Nesse caso não há como pretender aplicar as normas constantes no CDC.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 63.981/SP**. Brasília, DF. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em: 11 de abr de 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Produtos-comprados-no-externior-t%C3%AAm-garantia-de-conserto-no-Brasil>. Acesso em: 26 jan. 2016.

Serão levadas em conta as disposições constantes no Novo Código de Processo Civil relativas à competência em razão do lugar, além das normas constantes no Decreto-Lei nº 4.657/42, que antes se chamava Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e, após a alteração produzida pela lei nº 12.376, de 31 de dezembro de 2010, passou a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDIB).

Adverte Ascenção que, apesar de sua estrutura recente, o direito do consumidor não nasceu preparado para a revolução ocasionada pelos meios informáticos¹⁷⁰. Diante de tal constatação e em virtude da velocidade da alteração das ferramentas de comunicação virtuais, a adaptação deve ocorrer de forma rápida, dinâmica e constante.

Apenas nos últimos anos ocorreu a inclusão, na doutrina pátria, dos temas da contratação eletrônica, da assinatura digital, dos crimes cibernéticos e, no caso do direito do consumidor, da publicidade *online*. A temática da identificação e atribuição de responsabilização do infrator em face da veiculação de publicidade subliminar na internet é mais inovadora ainda. Sobre a novidade do tema acrescentam Santos e Silva:

A utilização da *Internet* oferece grandes e inegáveis vantagens ao consumidor, que a partir dela pode assumir um protagonismo nunca antes desempenhado. Não obstante, ao lado dessas potencialidades descortinam-se situações que podem aumentar sua vulnerabilidade, o que aponta para necessidade de a comunidade jurídica refletir sobre o tema [...] ¹⁷¹.

De acordo com o exposto no pensamento das autoras e com fundamento no que foi debatido acima, o reconhecimento da hipervulnerabilidade dos consumidores que navegam na internet constitui elemento essencial para o amadurecimento da tutela jurídica almejada por estes. Enganam-se os que acreditam que as normas postas já são totalmente suficientes para abarcar toda e qualquer relação de consumo e que não há peculiares a serem observadas nesse ramo jurídico. Nesse passo afirma Aquino Júnior:

No campo das relações de consumo travadas no ambiente virtual, o consumidor tem aprofundada sua vulnerabilidade, tendo em vista a imaterialidade do meio de contratação, a atemporalidade da oferta e a desumanização do contrato, elementos que propõem novos desafios para o direito ¹⁷².

¹⁷⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 36.

¹⁷¹ SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do consumidor à publicidade na internet: o caso das promoções de vendas no Twitter**. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, p. 3388-3416, nov. 2011, p. 3412.

¹⁷² AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **A boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo limitador da autonomia da vontade nos contratos eletrônicos de consumo**. 2010. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2010, p. 6.

O presente trabalho científico defende a evolução legislativa e a inserção de normas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor que regulamentem os temas supracitados com a finalidade proporcionar segurança jurídica para as partes da relação de consumo.

Seria relevante que o legislador atentasse para a proibição expressa de publicidade subliminar em qualquer meio de comunicação, seja na mídia tradicional ou na rede mundial de computadores. O fato de existirem vedações gerais em relação a tal conduta não afasta a possibilidade de iniciativas legislativas com o escopo de estabelecer proibições mais específicas. Tal medida teria caráter, inclusive, pedagógico, no afã de intimidar os fornecedores, agências publicitárias e veículos de comunicação de massa que praticam tal conduta.

Ressalte-se, entretanto, que somente a adaptação das normas não se queda suficiente para solucionar as questões atinentes à violação dos direitos do consumidor na *web*. É certo que o Direito estará sempre um passo atrás da evolução das relações sociais, todavia a ciência jurídica tem o dever de acompanhá-las a fim de que todos os jurisdicionados, e em especial os consumidores, não restem desguarnecidos. Esse é o caso daqueles que utilizam a rede mundial de computadores.

Também é preciso atitude e coragem dos tribunais para decidir casos concretos atinentes à difusão de publicidade ilegal por meio da rede mundial de computadores. Somente com o enfrentamento contínuo de tais demandas será possível desmistificar o problema e avançar nas propositura e concretização de soluções.

Não se pode esquecer, também, do papel da doutrina, que tem o dever de não se esquivar de seu protagonismo no sentido de ditar os rumos que o direito do consumidor deve seguir a partir da observação das hipóteses fáticas relevantes no atual momento histórico. É com o debate sobre temas inovadores que surgem os fundamentos jurídicos para decisões justas em um determinado caso concreto. E é na doutrina que se encontra esse espaço para discussões de alto nível sobre problemas jurídicos complexos.

Adverte-se, ainda, que o direito brasileiro passa, atualmente, por um momento ímpar de sua história. Durante os últimos anos, a doutrina vem perdendo espaço para jurisprudência. A ordem natural do sistema jurídico romano-germânico está sendo invertida no ordenamento pátrio. Nesse sentido, é papel dos trabalhos acadêmicos sérios resgatar o protagonismo da doutrina e fortalecê-la como fonte de produção do direito.

Convém lembrar que é na aplicação das normas que o direito se realiza e é na doutrina que surgem os fundamentos jurídicos para uma decisão razoável. No momento em que o juiz expõe os motivos que o levaram a proferir uma sentença está concretizando a doutrina como

fonte do direito. E mais, decisões judiciais sem fundamentação sólida e que não retiram seu fundamento de validade na lei e na doutrina estão aptas a gerar insegurança jurídica.

É certo que ignorar a revolução ocasionada pela internet no relacionamento entre consumidor e fornecedor não é a melhor solução a ser adotada. Destarte, a atuação legislativa, doutrinária e jurisdicional em conjunto será capaz de revigorar o direito do consumidor, observando-o a partir da perspectiva das relações consumeristas que utilizam a rede mundial de computadores.

4 PUBLICIDADE: DEFINIÇÃO, SUJEITOS, FUNÇÕES, CONTROLE E MODALIDADES

Debatidos os aspectos fundamentais do ciberespaço, os fenômenos da sociedade e comunicação de massa e da cultura consumista e o reconhecimento da hipervulnerabilidade do consumidor nas relações jurídicas por meio da internet, mister se faz adentrar no tema da publicidade de consumo. Este é o foco de discussão do quarto capítulo.

É o momento de tratar da definição de publicidade, de sua função no mercado consumerista, dos sujeitos envolvidos no anúncio, além dos mecanismos de controle e das respectivas modalidades. Dedicar-se aqui um espaço para o exame das regras e princípios que devem orientar o direito da publicidade no ordenamento jurídico nacional.

4.1 Publicidade: definição

Atualmente, a veiculação de publicidade de consumo é considerada um dos principais meios utilizados pelo capitalismo para o alcance de seus objetivos. Se, originalmente, tinha uma função eminentemente informativa, com a evolução da comunicação de massa e o aumento da competição entre as empresas, a publicidade passou a representar um valioso instrumento concorrencial.

Daí nasce a importância de um estudo que se propõe a debater a atividade publicitária¹⁷³ ilícita. Em uma sociedade responsável não se pode deixar de prever normas que combatam situações atentatórias aos direitos do cidadão consumidor. Ao se omitir o Estado permite, na prática, o desvirtuamento do próprio mérito da referida atividade.

Na verdade, a rigor, a prática publicitária realizada nos tempos hodiernos não informa. Raros são os casos em que há, no anúncio, as informações relevantes que o consumidor necessita para aquisição de determinado produto ou serviço.

A publicidade tornou-se um instrumento extremamente eficaz na captura de consumidores e também bastante lucrativo, pois, apesar de um anúncio na internet ou em outros

¹⁷³ Mister deixar claro que os conceitos de publicidade e atividade publicitária não se confundem, sendo a primeira considerada o ato de comunicação em si e a segunda a prática organizada e sequencial do referido ato de comunicação. Nesse sentido afirma o Código da Publicidade Português em seu artigo 4º: “Considera-se actividade publicitária o conjunto de operações relacionadas com a difusão da mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efectuem as referidas operações”. PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 29 jan. 2016.

meios de comunicação comprometer parte do capital das empresas anunciantes, tal investimento acaba se tornando uma quantia pequena se comparada ao retorno que poderá advir em um futuro próximo.

Devido ao seu poder de influência sobre o consciente e inconsciente dos indivíduos, pode-se afirmar que a publicidade se tornou a pedra de toque do *marketing* para deformar a vontade livre do consumidor. Convém lembrar as palavras de Frota:

O *marketing* e a publicidade estão intimamente associados. São fortemente responsáveis pelo condicionamento da livre escolha dos consumidores, pela influência que exercem, criando necessidades artificiais e empolgando características de produtos e serviços¹⁷⁴.

Ao contrário do que ocorre na legislação consumerista pátria, várias normas estrangeiras trazem o seu conceito. É o que ocorre, por exemplo, com o direito espanhol, no art. 2.º, da lei 34, de 11 de novembro de 1988 e no art. 22 da lei belga, de 14 de julho de 1991. Ainda no que se refere ao tratamento da legislação alienígena, no direito português também verifica-se a definição jurídica de publicidade¹⁷⁵.

Ressalte-se que o diálogo normativo entre as ordens jurídicas brasileira e portuguesa constitui uma marca deste trabalho científico, sobretudo em face de duas razões: a sua origem comum e a integração a grupos regionais que ora vivenciam, o Mercosul e a União Europeia, respectivamente.

Mister destacar, outrossim, que a presente investigação científica bebeu da fonte do direito português *in loco* haja vista que houve a realização por parte do doutorando do estágio sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Dr. António Pinto Monteiro, durante o período de abril a julho do ano de 2015.

De acordo com a legislação portuguesa a comunicação publicitária tem estreita ligação com uma atividade econômica. Nesse sentido adverte Mota Pinto que a publicidade é, por sua

¹⁷⁴ FROTA, Ângela M. M. S. Portugal. Educação para o consumo: publicidade infanto-juvenil: permitir, restringir ou proibir? Breves notas. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, Coimbra: n. 72, Associação Portuguesa de Direito do Consumo, p. 71-85, dez 2012, p. 71.

¹⁷⁵ Nos termos do art. 3.º, do Decreto-Lei português 330/1990, denominado Código da Publicidade:
 1 – Considera-se publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de:
 a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços;
 b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.
 2 – Considera-se, também, publicidade qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objectivo, directo ou indirecto, promover o fornecimento de bens e serviços;
 3 – Para efeitos do presente diploma, não se considera publicidade a propaganda política.
 PORTUGAL. **Código da Publicidade**: Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 28 jan. 2016.

própria natureza, uma comunicação promocional ligada ao mercado de consumo, diferentemente do que ocorre com a propaganda, como veremos a seguir¹⁷⁶.

Retornando ao Brasil, observa-se que, diante da ausência de uma definição precisa na legislação consumerista, a doutrina pátria se encarregou de fazê-lo, de forma variada, embora com o mesmo sentido. Para Almeida: “É uma forma de veiculação de ofertas de produtos e serviços que não possui destinatário certo e visa estimular o consumo de massa”¹⁷⁷.

Bittar define publicidade como “a técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar ao consumidor determinados produtos ou serviços, despertando nele o desejo de adquiri-los ou deles dispor”¹⁷⁸.

Lôbo faz importante distinção entre publicidade e informação. Segundo o autor: “A publicidade tem por fito atrair e estimular o consumo, enquanto a informação visa a dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer os produtos e serviços e exercer suas escolhas”¹⁷⁹.

Nota-se entre os autores nacionais a convergência de pensamento no sentido de que a publicidade constitui um mecanismo de comunicação que tem o escopo de aproximar o consumidor ao produto ou ao serviço colocado no mercado pelo fornecedor.

Ao tratar dos efeitos obrigacionais da publicidade, Pasqualotto definiu a publicidade como “toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive 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”¹⁸⁰. Adverte ainda o autor que não se inclui no conceito de publicidade a divulgação de ideias de cunho político, religioso, ideológico, filosófico ou moral.

Até a edição do CDC a publicidade, no Brasil, era norteadada exclusivamente pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP). Este, editado em 05 de maio de 1980, a define como: “Toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias”¹⁸¹. Apesar da falta de coercibilidade nas

¹⁷⁶ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro – publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 117-176, 1999, p. 122.

¹⁷⁷ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110.

¹⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do autor na Obra Publicitária**. São Paulo: RT, 1981, p. 73.

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 03, p. 23-45, 2001, p. 38.

¹⁸⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997, p. 25.

¹⁸¹ BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária** do Conar: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, de 05 de maio de 1980. (1980). Disponível em www.conar.org.br. Acesso em: 17 jan. 2016.

deliberações dos órgãos de controle, a autorregulamentação tem a vantagem da rapidez na adaptação de suas normas de acordo com as mudanças sociais.

Por ser um instrumento de comunicação de massa, a publicidade tem o poder de promover estilos de vida e consegue fixar marcas na mente dos consumidores de todo o mundo. Em síntese, a publicidade é uma modalidade de veiculação de ofertas que vem se destacando das demais e, ao mesmo tempo, chamando a atenção dos juristas, visto que atinge uma grande quantidade de potenciais consumidores, principalmente quando a prática se dá com o auxílio da internet.

Como afirma Marques: “No meio eletrônico, a publicidade tem um efeito exponencialmente mais agressivo”¹⁸². Na internet basta um *click* no ícone e, por meio de um *hiperlink*, o usuário já se encontra na página do fornecedor que veiculou a publicidade e, em um segundo, podem ser adquiridos produtos e serviços desta empresa em seu próprio *site*.

É certo que a atividade publicitária constitui uma ferramenta indispensável do sistema capitalista, haja vista que favorece e amplia a concorrência entre os diversos agentes econômicos. Também não se pode negar que tal forma de comunicação tem a capacidade de modificar padrões culturais. No entanto, a observação dos limites e a adaptação destes ao fenômeno da internet se fazem necessários pois, caso contrário, a sociedade pode sofrer as consequências negativas, a exemplo da manipulação de comportamento ocasionado pela veiculação de mensagens subliminares.

4.1.1 Diferença entre publicidade e propaganda

Na prática comercial, os termos publicidade e propaganda são utilizados como sinônimos. No entanto, em homenagem à precisão terminológica, imprescindível para o desenvolvimento de um trabalho científico de excelência, se faz necessária a diferenciação dos referidos conceitos.

Para que se inicie a distinção é imperioso, primeiramente, mas não somente, analisar a etimologia das palavras. O termo publicidade tem sua origem remota no latim *publicus* e significa publicar, expor ao público, levar a todos ou tornar de conhecimento geral.

Ressalte-se que, por se tratar de um estudo sobre direito do consumidor, é evidente que o tipo de publicidade aqui referido é aquele voltado exclusivamente para os consumidores,

¹⁸² MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 162-163.

identificados expressamente no CDC, ou seja, em suas relações de troca, com o comércio e o mercado em geral.

Por esse motivo, parte da doutrina prefere utilizar a nomenclatura publicidade de consumo, privilegiando mais uma vez o rigor científico. Tal cautela inibe, por exemplo, eventual confusão com o sentido de publicidade utilizado no Direito Administrativo¹⁸³.

A publicidade de consumo caracteriza-se como a veiculação de informação, através de meio de comunicação, às expensas do fornecedor. Essa onerosidade atribuída ao fornecedor representa a contraprestação obrigacional necessária para que o empresário possa divulgar a sua mensagem publicitária.

Dessarte, a publicidade de consumo constitui um ato lícito, realizado às custas do detentor dos meios de produção, destinado ao conhecimento exclusivo do público consumidor e que contém uma mensagem com conteúdo informativo que visa à realização de um negócio jurídico.

Exposto o conceito de publicidade, é possível partir agora para definição de propaganda. Esta é uma palavra também de origem latina que foi traduzida precisamente em 1597, pelo Papa Clemente VIII, por meio da fundação da Congregação da Propaganda, criada em Roma, que tinha por objetivo propagar o catolicismo ao redor do mundo. Nota-se, ainda, que o conceito de propaganda esteve ligado a um sentido eclesiástico até o século XIX, quando adquiriu também um significado político¹⁸⁴.

Derivada do gerúndio *propagare*, que significa disseminação ou a propagação de princípios, ideias, conhecimentos ou teorias, o termo propaganda tem um sentido ideológico distinto do enfoque eminentemente mercadológico presente no termo publicidade.

Assim como a publicidade, a propaganda é igualmente técnica de persuasão, todavia destituída de qualquer caráter comercial ou econômico. Diferentemente daquela, esta tem outro direcionamento, qual seja, a difusão de uma ideologia, teoria, crença ou qualquer outro tipo de conhecimento voltado para o convencimento de outrem, fora da área do consumo. Em outras palavras, na propaganda, o objetivo é incluir ou implantar uma ideia na mente alheia de natureza política, cívica ou religiosa.

¹⁸³ Não se incluem, portanto, no conceito de publicidade de consumo, a publicidade de atos administrativos como a publicação de editais de concursos públicos, de uma licitação ou, ainda, a homologação de um contrato administrativo. Tais atos constituem formas de tornar públicos os respectivos conteúdos, no entanto, não visam a promoção de bens e serviços com vista à sua aquisição, encontrando-se pois, excluídos do âmbito das relações econômicas e lucrativas e, conseqüentemente, não estão abrangidos pelo conceito de publicidade do CDC.

¹⁸⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

O que diferencia a publicidade da propaganda, em síntese, é a finalidade econômica presente na primeira e ausente na segunda. Enquanto a publicidade objetiva a realização de um negócio jurídico de consumo, a propaganda visa somente levar aos indivíduos algum tipo de conhecimento com a finalidade de convencê-los ou esclarecê-los sobre seu conteúdo, sem qualquer finalidade econômica, sendo, portanto, não negocial.

Sem embargo de todo o esforço da doutrina e da academia no afã de primar pela adequação dos conceitos, observa-se que nem mesmo a jurisprudência nem a legislação parecem estar atentas em relação à importância da precisão terminológica. Vários são os julgados, inclusive dos Tribunais Superiores, que se referem à publicidade, embora utilizem o termo propaganda. Nesse sentido, mister observar a ementa do acórdão transcrita abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DE SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARA **PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. “PUBLICIDADE DE PALCO”**. CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA Nº 98-STJ. CDC, ARTS. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI. I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei nº 8.078/90, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula **propaganda** por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada **“publicidade de palco”**. II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir corresponsabilidade por apresentar **publicidade** de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório” (Súmula nº 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido. (Grifo nosso)¹⁸⁵.

Até a Lei Maior incorre em tal equívoco ao utilizar o termo propaganda comercial para designar o que seria uma publicidade comercial, conforme se observa na leitura atenta do texto do artigo 220, § 4º. Senão vejamos.

Art. 220. CRFB.

[...]

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 1.157.228/RS**. Brasília, DF. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. Julgamento em: 03 fev. 2011. Disponível em: www.stj.jusbrasil.com.br. Acesso em 28 jan 2016.

§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. (Grifo nosso)¹⁸⁶.

Percebe-se que, no dispositivo mencionado, o termo propaganda deveria ser substituído por publicidade pois resta claro que trata-se da veiculação de mensagens com intuito mercadológico. Adverte-se que o tema da restrição da publicidade de fumígenos e de bebidas alcoólicas será enfrentado ainda neste capítulo.

A lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que regulamentou o artigo 220, § 4º, transcrito acima, seguiu o erro do legislador constituinte e estabeleceu que tal norma dispõe sobre as restrições ao uso e à “propaganda” de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e de defensivos agrícolas.

O próprio CDC não fugiu à regra de confusão dos termos e nos seus artigos 56, XII e 60, § 1º, ao se referir à sanção a ser imputada ao infrator nas hipóteses de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, inapropriadamente utilizou a nomenclatura contrapropaganda ao invés de contrapublicidade. Por fim, conclui Martinez sobre a distinção entre publicidade e propaganda:

É o caráter econômico o diferencial principal entre a publicidade e a propaganda. Tanto a publicidade quanto a propaganda são meios utilizados para divulgar um conteúdo, o qual tem como destinatário genericamente o meio social. Não obstante, enquanto uma volta-se somente para a obtenção de uma realização econômica, que são os contratos de consumo, a outra volta-se para a obtenção de realizações culturais, políticas, religiosas, ideológicas, sociais etc., que não possuem índole econômica. Este caráter diferencial funciona como um critério de exclusão, ou seja, se presente, denota a ocorrência de uma publicidade de consumo, se ausente, denota a ocorrência de uma propaganda naquela comunicação socialmente efetuada¹⁸⁷.

Assim, diante dos argumentos expostos, é possível deduzir que o instituto objeto de estudo do presente trabalho não é a propaganda e sim a publicidade.

4.1.2 Alteração do papel da publicidade

Há notícias de anúncios com o intuito de negociar bens de consumo já no século XV, na Inglaterra¹⁸⁸. Com o passar dos anos, a publicidade passou a incorporar uma linguagem mais

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 199.

¹⁸⁷ MARTINEZ. Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n.58. São Paulo: RT, 2006, p. 223-254.

¹⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 9, jan/mar., 1994, p. 26.

atrativa e dotada de apelos emocionais, com o intuito de convencer o consumidor a adquirir produtos e serviços.

Após o surgimento da sociedade de massa e o advento dos novos veículos de comunicação, em especial da internet, temas abordados nos capítulos 1 e 2, a publicidade teve seu papel alterado. Agora, além de informar, os anúncios têm a função de estimular novas demandas e convencer o consumidor, por intermédio de inúmeras técnicas de persuasão, inclusive mensagens subliminares, a obter bens de consumo de que, na maioria das vezes, não necessitam.

Lembra Benjamin que foi a partir de 1920 que houve uma transformação importante no modo de elaboração da mensagem publicitária. Esta adquiriu uma característica de incitação ao consumo intitulada *lifestyle advertising* ou publicidade de estilo de vida. Desde então, o fenômeno publicitário passou a utilizar técnicas que valorizam a emoção em detrimento da razão e o desejo em face da necessidade¹⁸⁹.

Diante do exposto, questiona-se: Será que o consumidor não deve ter o direito de decidir o que ele considera melhor para sua vida? Por que a publicidade não se encarrega de demonstrar as vantagens e benefícios dos produtos e serviços de forma clara e criativa (sem artifícios subliminares) e deixa o veredicto nas mãos do cliente?

Não há como negar que o caráter informativo da publicidade é, hoje, acompanhado de uma intensa função persuasiva. Uma das justificativas utilizadas pelos profissionais publicitários para alteração do papel da publicidade consiste no fato de que, diante da massificação do comércio, a atividade de divulgação meramente informativa sobre a existência e as características dos bens postos à disposição no mercado não seria suficiente.

No entendimento da classe daqueles profissionais, é preciso que o produto se torne atrativo para essa massa desconhecida e, somente com o uso de recursos emocionais e com o enaltecimento dos benefícios e vantagens dos mesmos, tal objetivo será alcançado.

Ao mencionar as funções da publicidade, Sant'anna observa que a finalidade do anúncio nos tempos hodiernos não é apenas ser visto e ouvido, mas também criar atitudes acerca do produto de tal forma que o consumidor fique predisposto a comprá-lo¹⁹⁰.

É possível afirmar, portanto, que grande parte das comunicações publicitárias tem, hoje em dia, um lado tendencioso, visto que informa com a intenção específica de vender, de fixar uma marca no mercado ou até mesmo criar estilos de vida.

¹⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 9, jan/mar., 1994, p. 27-28.

¹⁹⁰ SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. São Paulo: Thompson Learning, 2007, p. 122.

A publicidade comercial, como ato de comunicação, passou a ter por finalidade essencial inculcar no consumidor o desejo de comprar e somente em segundo plano, informar sobre produtos e serviços.

Para atingir tais metas, a linguagem utilizada para convencer os potenciais consumidores é eminentemente persuasiva e as informações repassadas não se revestem de neutralidade. Pelo contrário, ela é sempre sugestiva para atingir o seu objetivo de compra. Diante do exposto, conclui-se que, na sociedade de massa, há uma certa sobreposição da função persuasiva à informativa, natural dessa técnica de mercado.

Diante da inegável técnica de persuasão inerente às mensagens publicitárias veiculadas nos tempos hodiernos, é função do Direito coibir os possíveis abusos e impor limites com o intuito de proteger o consumidor.

Tal proibição é necessária visto que a atividade do fornecedor de salientar as qualidades de produtos ou serviços pode levar a distorções para as quais o legislador deve voltar a sua atenção. Nesse sentido, o CDC traz em seu bojo a proibição das modalidades ilícitas de publicidade. As denominadas publicidades enganosas e abusivas, definidas nos parágrafos do art. 37, serão estudadas ainda neste capítulo.

No entendimento de Dias, o operador do direito tem o dever de identificar mecanismos de harmonização das relações de consumo considerando, de um lado, a inerente utilização da técnica de convencimento na publicidade e, de outro, os direitos dos consumidores de não serem enganados ou agredidos por certa comunicação publicitária, preservando-lhes direitos básicos neste processo de comunicação¹⁹¹.

Nesse raciocínio, é preciso deixar claro que o presente trabalho tem como um de seus alicerces a preocupação com a ideia de que a atividade publicitária e o direito do consumidor não devem ser encarados como entes conflitantes.

Embora reste evidente que seu papel tenha sido alterado ao longo dos tempos, a atividade publicitária merece guarida do Direito. Este não pode ignorar a importância da utilização de anúncios publicitários para o desenvolvimento econômico e como fator relevante para a vida cultural do país.

É difícil conceber uma sociedade de consumo sem o uso de mensagens publicitárias. O avanço de uma nação está vinculado ao atendimento das suas demandas. Nesse aspecto, a publicidade desenvolve papel econômico de auxiliar na venda de produtos e serviços.

¹⁹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

Não se pode olvidar, todavia, do combate aos abusos que se dão principalmente no âmbito do direito do consumidor, mas também sob o aspecto de preservação e cuidado com o meio ambiente, por exemplo. A veiculação da publicidade deve cumprir suas funções de informar, persuadir e vender produtos e serviços. Ao mesmo tempo devem fazê-lo de forma transparente, leal e com responsabilidade, observando, concomitantemente, a sustentabilidade do planeta.

A despeito de todo o discurso empregado no meio publicitário, não é possível conceber a difusão de publicidade como uma atividade totalmente livre, sem restrições. Ao contrário, conquanto reconhecida a alteração na forma e no conteúdo dos anúncios, estes não podem ser considerados imunes ao sistema normativo; assim como em qualquer outra atividade econômica, estão submetidos às normas constitucionais e aos princípios e regras de proteção do consumidor.

Chaves reconhece a existência de corrente doutrinária que propugna a exclusão da mensagem publicitária do âmbito da liberdade de expressão. Adverte o autor, todavia, que a legislação de grande parte dos países europeus já contém restrições relativas ao conteúdo e ao objeto dos anúncios destinados aos consumidores¹⁹².

Verifica-se no meio publicitário a invocação da liberdade de expressão como uma espécie de panaceia capaz de sanar qualquer tipo de veiculação de comunicação publicitária ilícita. É certo que a garantia do exercício a tal direito constitui, nos dias atuais, uma das principais características das sociedades democráticas. No entanto, é preciso ter em mente que, não obstante a livre manifestação de pensamento ser um dos pilares de um Estado Democrático de Direito, não há liberdade irrestrita à publicidade.

Nesse raciocínio, a restrição à publicidade é perfeitamente compatível com o regime das liberdades garantido pela Lei Fundamental. A Constituição da República de 1988 não fez qualquer exceção que concedesse regime privilegiado à publicidade, de maneira a garantir imunidade para violar outros direitos. A própria liberdade de comunicação sofre restrições para garantir a tutela de outros bens jurídicos.

No que concerne à publicidade veiculada na rede mundial de computadores, temática que constitui o objeto deste estudo, é mister ter em mente que, o fato de a internet ser considerada o espaço da liberdade por excelência, não significa que esta seja considerada um universo sem lei e contrário à responsabilidade pelos abusos que lá possam ocorrer. No âmbito

¹⁹² CHAVES, Ruy Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 72.

virtual ou no mundo real só há falar-se em direito à liberdade em harmonia com a restrição à liberdade em determinados casos.

A publicidade constitui uma manifestação da liberdade de expressão, mas não é um exercício puro de tal liberdade. Ao contrário, ela é um exercício de liberdade de expressão para incremento do mercado consumidor, o que é perfeitamente compatível com um regime de restrição de liberdades¹⁹³.

Dessarte, nem a eventual natureza artística da publicidade justifica sua não limitação. Pode ela de fato ocorrer, mas seu conteúdo artístico está direcionado e a serviço do estímulo a consumir.

4.1.3 Sujeitos: anunciante, agência de publicidade e veículo de comunicação

São três os sujeitos que participam da atividade publicitária e que merecem a atenção deste estudo: o anunciante, a agência de publicidade e os veículos de comunicação responsáveis pela divulgação da mensagem¹⁹⁴.

O anunciante é o fornecedor de produtos e serviços, já estudado detidamente no tópico 2.2. Note-se que a empresa interessada em promover a venda de seus bens constitui o primeiro agente do processo de uma campanha publicitária e, por essa razão, é ela a principal responsável pela sua concretização. O segundo sujeito envolvido é a agência de publicidade. Esta se caracteriza por ser responsável pelo planejamento, criação e distribuição do anúncio contratado pelo cliente fornecedor. Finalmente, participam também dessa cadeia os veículos de comunicação que levam as mensagens aos potenciais consumidores.

Como o fornecedor anunciante já foi objeto de análise no segundo capítulo do presente trabalho, cabe, neste momento, tecer algumas considerações sobre os outros dois sujeitos que participam da atividade publicitária.

Nos termos do artigo 6º, do Decreto 57.690, de 1º de fevereiro de 1966, que regulamentou a lei 4.680/1965, agência de propaganda é:

Art. 6º. Decreto 57.690/66. [...] a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitárias, que, através de profissionais e seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui **propaganda** aos veículos de divulgação, por ordem e conta dos

¹⁹³ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas Notas sobre a Publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 239.

¹⁹⁴ Na verdade há, ainda, a possibilidade de participação de um quarto sujeito, que é a celebridade que empresta a imagem ou voz a um determinado anúncio. Tratar-se-á deste no próximo capítulo, no tópico 5.6, no momento da discussão acerca da apuração da responsabilidade dos envolvidos.

clientes-anunciantes, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir ideias ou informar o público a respeito das organizações e instituições colocadas a serviço desse mesmo público. (Grifo nosso)¹⁹⁵.

Observa-se que, conforme mencionado no tópico 4.1.1, a norma mencionada acima também incorre no equívoco de utilizar indistintamente os termos publicidade e propaganda.

A despeito da confusão dos termos, as agências de publicidade têm o papel de planejar toda a comunicação publicitária encomendada pelo fornecedor. Após a criação das mensagens e produção das peças que serão veiculadas nas diversas mídias, as agências são encarregadas ainda de aferir os resultados da campanha e repassá-los ao respectivo cliente.

Diante da enorme concorrência entre as empresas nos tempos atuais, torna-se praticamente inviável a produção de uma campanha publicitária sem a contratação de uma agência de publicidade. É função desta criar um anúncio que chame a atenção do público-alvo e torne o produto ou serviço, ou até mesmo a própria empresa (no caso da publicidade institucional, que veremos a seguir), dignos de credibilidade e respeitabilidade.

Por fim, o terceiro sujeito da cadeia da atividade publicitária é a chamada mídia. Os veículos de comunicação são os instrumentos colocados à disposição do anunciante com o intuito de divulgar a publicidade perante os consumidores.

A escolha certa do veículo é decisiva para se atingir o público-alvo desejado. O tipo de meio de comunicação utilizado pelo anunciante constitui também critério fundamental na definição do círculo de destinatários atingidos pela mensagem para fins de análise do potencial enganoso ou abusivo de certa publicidade.

As mídias podem ser divididas em três grupos: a) a mídia impressa, que inclui jornais, revistas, periódicos, *outdoors* etc.; b) a mídia eletrônica, manifestada pelo rádio, televisão aberta e por assinatura e cinema etc.); e c) a mídia interativa, composta pela veiculação de mensagens publicitárias por meio da internet.

A utilização desta última mídia revolucionou a atividade publicitária, visto que representa um misto de meio de comunicação e sistema de vendas. Na internet, é possível atingir uma imensa gama de consumidores em uma fração de segundos. Nesse aspecto, a disseminação da publicidade por intermédio da rede mundial de computadores requer uma atenção particularizada, em virtude de seu potencial mais danoso do que o das outras mídias.

¹⁹⁵ BRASIL. Decreto 57.690 (1966). **Decreto que regulamenta a lei que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda**: Decreto 57.690, de 1º de fevereiro de 1966. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm>. Acesso em: 28 jan. 2016.

Por essa razão, o presente estudo propõe um tratamento especial da matéria. Em outras palavras, no caso de publicidade ilícita e, mais especificamente, de anúncios contendo mensagens subliminares, que utilizem como veículo a internet, há a necessidade de legislação tutelando e punindo de forma expressa tais condutas.

Antes de avançar para o próximo ponto, incumbem aqui duas observações. É preciso deixar claro que a campanha publicitária pode envolver um ou mais veículos. A utilização de diversos meios de comunicação para atingir um objetivo publicitário recebe o nome técnico de campanha multimídia. Além disso, o estudo da relação entre fornecedor-anunciante, agência de publicidade e veículo de comunicação será indispensável no último capítulo, momento em que serão analisadas as respectivas responsabilidades na hipótese veiculação de publicidade subliminar que viole os direitos do consumidor.

4.2 Poder de persuasão da publicidade

Não é de hoje que a investigação sobre o comportamento do consumidor está por trás de todo o trabalho realizado pelas agências de publicidade. Contudo, mesmo restando manifesto que existe uma relação direta entre a criação de uma necessidade de consumo e a veiculação de um anúncio visando a estimular tal conduta, muitos insistem em sustentar que a publicidade não goza de todo esse poder de persuasão, já que seus destinatários não levam em conta as informações ali repassadas, por terem conhecimento de sua parcialidade na informação prestada.

Tal ideia, todavia, não corresponde à realidade. É certo que as mensagens publicitárias exercem sim um grande poder de persuasão quando captadas tanto pelo consciente quanto pelo inconsciente humano, no caso das mensagens subliminares. Senão vejamos.

A criação de uma publicidade não é obra de um *click* de um gênio, mas sim fruto de uma elaborada criatividade, balizada e dirigida com a finalidade específica de despertar no consumidor uma atitude face a determinado bem, incluindo-o nos hábitos de consumo¹⁹⁶.

Com a difusão dos veículos de comunicação de massa, fenômeno já abordado nos capítulos anteriores, a publicidade passou a fazer parte do dia a dia dos consumidores. Juntamente com a propagação de tais instrumentos, aumentou o interesse pelo estudo da conduta dos potenciais consumidores, a ponto de se poder prever qual seria a sua reação a partir de certa motivação ou estímulo.

¹⁹⁶ CHAVES, Ruy Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 65.

Passou-se, então, a imaginar onde, quando e como determinado grupo de consumidores compraria determinada marca. Para atingir tal desiderato, buscou-se identificar os motivos que os levariam a adotar tal escolha e a analisar o impacto do veículo de comunicação utilizado e do envolvimento de celebridades nos anúncios, dentre outros fatores.

É com base nessa verdadeira devassa na mente humana que as agências de publicidade desenvolvem suas campanhas. O consciente e o inconsciente humano constituem as principais matérias-primas para o desenvolvimento do *marketing*. Este, cria desejos e, em seguida, manipula os consumidores para que adquiram produtos ou serviços que irão supri-los.

Adverte Benjamin que o poder de persuasão da publicidade atribui-lhe um controle social capaz de ditar estereótipos, modificar atitudes de consumo e de convencer os consumidores impondo-lhes novos padrões culturais¹⁹⁷.

Diante do exposto verifica-se que, em um primeiro momento, fantasia-se a necessidade em relação a determinado bem. Após tal invenção, surgem produtos ou serviços para atender tais necessidades. Assim, algo que até pouco tempo atrás era considerado supérfluo, passa a ser considerado indispensável, graças às técnicas de publicidade cada vez mais agressivas e invasivas.

A manipulação da mente dos consumidores, através do uso indevido da psicologia, retira seu direito de livre escolha e cria um novo esquema de vontades enganosas. Não deve haver hoje qualquer dúvida acerca da influência que a publicidade gera sobre o consumidor, fazendo com que sinta o desejo de adquirir bens sob pressões internas e externas. O ato compra de determinado produto ou serviço é, cada vez mais, um ato condicionado e não um ato voluntário.

Os consumidores não compram somente as propriedades físicas dos bens, mas também a publicidade neles embutida. Ignorar tal fato chega a ser ingenuidade. O objeto em si, acompanhado da publicidade, caracteriza-se por ser um produto distinto daquele mesmo, quando não há anúncio envolvido.

Ao tratar do tema da vulnerabilidade no capítulo anterior, verificou-se que o consumidor necessita de uma proteção jurídica especial, haja vista que não se encontra em pé de igualdade com o outro polo da relação, qual seja, o fornecedor. Tal proteção se faz necessária, igualmente, no momento em que uma informação inadequada é repassada ao consumidor, impedindo que faça uma livre escolha bem fundamentada acerca da obtenção de determinado bem.

¹⁹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 9, jan/mar., 1994, p. 30.

Em outras palavras, as técnicas de comunicação de massa, em especial as publicitárias, estão escassas de informação e abarrotadas de persuasão, com o intuito de manipular e incentivar o consumo muito além das necessidades reais dos indivíduos.

O consumismo, estudado no capítulo 2, é fruto da deformação da vontade livre do consumidor e de seu senso crítico, que o impede de proceder uma escolha racional do produto ou serviço. Ao restringir a espontaneidade de escolha do consumidor, o seu poder de decisão e sua liberdade de contratar restam relativizados.

Em razão da vulnerabilidade do consumidor em face da prática de veiculação de uma publicidade agressiva, principalmente aquela que passa por nós despercebida, de forma subliminar, exercendo no inconsciente um grande poder, faz-se necessária sua detida regulamentação pelo direito.

No entendimento de Guimarães, é função dos juristas traçar os limites do direito à liberdade na veiculação de mensagens publicitárias e as respectivas sanções para o uso abusivo, com o objetivo de coibir campanhas que manipulam o comportamento do consumidor, violando sua liberdade de escolha¹⁹⁸.

4.3 Entre regras e princípios: proibição da publicidade ilícita

A proteção em face da publicidade lesiva foi uma das preocupações do legislador consumerista. Não obstante tal constatação, este estudo científico considera que ainda não há a atenção devida ao tema e propõe a ampliação da referida garantia.

O amparo ao consumidor vítima da propagação de anúncios ilegais já pode ser notado no início da leitura do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no Capítulo III, mais precisamente no art. 6º, inciso IV. Senão vejamos.

Art. 6º. CDC. São direitos básicos do consumidor:

IV – **a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva**, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. (Grifo nosso)¹⁹⁹.

Antes de avançar na análise das normas jurídicas norteadoras da atividade publicitária que servirão de fundamento teórico para as respostas das indagações apresentadas na introdução

¹⁹⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-105.

¹⁹⁹ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói, 2013, p. 687.

da tese, se faz necessária a compreensão do caráter principiológico do sistema jurídico consumerista.

Pode-se afirmar que o CDC tem a função de estabelecer os fundamentos sobre os quais se baseiam as relações de consumo, de forma que toda e qualquer relação jurídica dessa natureza deve submeter-se à referida norma. Além disso, caso haja conflito entre uma lei especial e a legislação consumerista, não se aplica o princípio da especialidade, prevalecendo a norma principiológica extraída do texto do CDC.

Alguns dos preceitos que orientam a sistemática do CDC são extremamente importantes também para a tutela da publicidade, a exemplo do que ocorre com a vulnerabilidade do consumidor e a boa-fé objetiva.

O sistema da publicidade no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no entanto, é informado por normas jurídicas próprias, que auxiliam no controle da legalidade dos anúncios publicitários. Dentre eles, destacam-se os seguintes: a) a exigência de identificação da mensagem publicitária; b) o dever de veracidade na difusão da mensagem; c) a transparência na fundamentação; d) a vinculação contratual da publicidade; e) a proibição de abusividade; f) a inversão do ônus da prova; g) a obrigação de correção do desvio publicitário e h) a não captura do consumidor. Proceder-se-á, neste momento, a algumas considerações sobre tais normas, indispensáveis para o desenvolvimento da tese. Antes de fazê-las incumbe aqui uma observação.

Em que pese ser inesgotável o debate acerca da natureza das normas jurídicas, não é esse o objeto do presente trabalho. Dessa forma, há os que defendem a ideia de que a identificação da mensagem publicitária, a inversão do ônus da prova, a vinculação contratual da publicidade e as demais normas jurídicas listadas acima teriam natureza jurídica de regras ou de princípios.

Adentrar no debate sobre a diferenciação entre normas regras e normas princípios com a profundidade que o tema merece demandaria um desvio de foco metodológico, atributo essencial para concretização de um estudo científico sério.

Dessarte, os enunciados que serão debatidos a seguir, tenham caráter de regras ou de princípios, gozarão do tratamento de normas jurídicas consumeristas, e, por essa razão, estarão aptos a servir de fundamentos de validade de uma decisão de caso concreto e de exercer o seu papel de defesa dos direitos do polo mais frágil da relação de consumo. Senão vejamos.

A mensagem publicitária veiculada em qualquer dos meios de comunicação mencionados no tópico 4.1.3 deve ser clara, transparente, de tal forma que o consumidor a identifique de imediato.

Adverte Ribeiro que “a transparência é hoje uma palavra de ordem que se faz ouvir nos mais diversificados domínios jurídico-políticos”²⁰⁰. A exigência de identificação encontra embasamento legal no texto do artigo 36, *caput*, do CDC.

Art. 36º. CDC. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, **fácil e imediatamente**, a identifique como tal. (Grifo nosso)²⁰¹.

Para Guimarães, “fácil” é um termo que pode ser interpretado como aquilo que qualquer pessoa, ou pelo menos a grande maioria, teria condição de perceber; já o termo “imediatamente” gera um pouco mais de dúvida, isso porque os próprios léxicos o definem como algo “próximo”, “rápido” ou “instantâneo”, termos que, por si sós, permitem certa divergência²⁰².

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária também consagra tal norma ao prescrever, em seu artigo 28, que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de divulgação”²⁰³.

O dever de identificação da mensagem publicitária está previsto, ainda, no direito alienígena. A título de ilustração, cabe destacar o artigo 8º, do Código da Publicidade Português. Senão vejamos.

Artigo 8.º. CPub. Princípio da identificabilidade

- 1 – A publicidade tem de ser **inequivocamente identificada como tal**, qualquer que seja o meio de difusão utilizado.
- 2 – A publicidade efectuada na rádio e na televisão deve ser claramente separada da restante programação, através da introdução de um separador no início e no fim do espaço publicitário.
- 3 – O separador a que se refere o número anterior é constituído na rádio, por sinais acústicos, e, na televisão, por sinais ópticos ou acústicos, devendo, no caso da televisão, conter, de forma perceptível para os destinatários, a palavra <<Publicidade>> no separador que precede o espaço publicitário. (Grifo nosso)²⁰⁴.

²⁰⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O princípio da transparência no direito europeu dos contratos. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 04, p. 137-163, 2002, p. 137.

²⁰¹ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói, 2013, p. 690.

²⁰² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

²⁰³ BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária** do Conar: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, de 05 de maio de 1980. (1980). Disponível em www.conar.org.br. Acesso em: 30 jan 2016.

²⁰⁴ PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 29 jan. 2016.

Segundo Mota Pinto a finalidade da consagração do princípio da identificabilidade é permitir ao destinatário da mensagem publicitária reconhecê-la como tal. Para o autor, se assim não o fosse, o consumidor poderia ser ludibriado quanto à natureza da mensagem e esta passaria a ter o poder de influenciar seus comportamentos²⁰⁵.

Ao destinatário da publicidade deve ser dada a possibilidade de adquirir consciência dos objetivos promocionais da mensagem, para decidir em liberdade e completamente esclarecido sobre a aquisição de bens e serviços, evitando assim influências subliminares ou inconscientes.

A confiança deve ser a base para a relação jurídica de consumo. No entendimento de Federighi, a fidelidade significa a criação de expectativa de consumo legítima. Assim, há a necessidade de lealdade quanto à certeza de que uma comunicação é de fato uma publicidade, e que seu teor orientará uma escolha minimamente livre no mercado de consumo²⁰⁶.

Ocorre que as agências de publicidade já constataram, por meio de reiteradas pesquisas, que um anúncio não identificado tem maior impacto e mais efeito persuasivo junto ao consumidor, justamente pelo fato de não parecer uma publicidade. A aparência de uma mensagem neutra ou não proveniente do fornecedor do produto sobre o qual discorre, a torna mais influente e eficaz diante do receptor. Diante de tal comprovação, o combate a tal prática desleal deve ser intensificado.

A importância da norma em análise é inconteste para o combate à publicidade subliminar. Aqui se encontra a fundamentação legal para a proibição das mensagens camufladas, que confundem o consumidor, fazendo com que este não perceba que, naquele momento, está sendo influenciado e manipulado a adquirir determinado produto ou serviço.

A publicidade subliminar, que será estudada com a devida atenção no próximo capítulo, é aquela que provoca no destinatário percepções sensoriais de que ele não chega a tomar consciência. O perigo da mensagem subliminar é exatamente o fato dela não poder ser captada diretamente pela porção do processamento dos sentidos humanos que está em estado de alerta.

Esse tipo de anúncio volta-se para o que está abaixo do limiar, ou seja, foca-se na menor sensação detectável conscientemente pelo ser humano. Assim, apesar de apreendidas de

²⁰⁵ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro – publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 117-176, 1999, 138.

²⁰⁶ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas Notas sobre a Publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 230.

forma inconsciente, as informações repassadas em tal anúncio geram respostas conscientes, como o desejo de obter bens de consumo.

Embora apareçam diuturnamente em todas as mídias, sobretudo na televisão e na internet, tais mensagens, que serão objeto de estudo aprofundado a seguir, são incompatíveis com as regras e princípios que tutelam a defesa do consumidor, podendo constituir até ilícito penal, em determinados casos.

Nos anúncios dirigidos às crianças, consideradas consumidores hipervulneráveis, conforme visto no tópico 3.3, a fiscalização quanto à violação à exigência de identificação deve ser reforçada. Nesse contexto, ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, os fornecedores devem ter o cuidado de fazê-lo somente nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação.

Nos dias atuais, ao contrário do que ocorria em décadas passadas, não se admite mais que o consumidor possa ser alvo de um apelo publicitário sem que se dê conta de tal acontecimento. É fundamental que os indivíduos estejam absolutamente conscientes de que se trata de um anúncio.

A finalidade da norma em análise é evitar que o consumidor seja exposto aos efeitos persuasivos da publicidade sem que deles possa se defender e adverti-lo de que aquilo que ele está vendo ou ouvindo tem por escopo convencê-lo das necessidades e conveniências na aquisição ou utilização de produtos ou serviços.

De acordo com o entendimento de Dias:

A eventual camuflagem do caráter publicitário da peça veiculada retira do seu destinatário a possibilidade de colocar em prática os naturais mecanismos de defesa em relação a uma publicidade transparente. Ao esconder ilegalmente a sua intenção e natureza, a peça publicitária pode intensificar os efeitos persuasivos sobre o receptor da mensagem. Desse modo, em virtude de sua função persuasiva (promover a aquisição de bens e serviços), impõe-se que a publicidade seja identificada desde logo, “possibilitando ao destinatário que se previna e resista aos argumentos – ou ceda se quiser”²⁰⁷.

É preciso ficar claro, portanto, que as informações que estão sendo repassadas ao consumidor são dotadas de uma enorme parcialidade de opinião, já que emitidas pelo fornecedor que pretende vender o bem ou serviço.

²⁰⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

O dever de veracidade na difusão da mensagem consiste em um dos mecanismos de maior importância no combate à veiculação de atos publicitários ilícitos, pois visa a evitar a captação da vontade do receptor baseado na falsidade da informação.

De acordo com tal norma, o consumidor tem o direito de ser informado corretamente acerca das características de determinado produto ou serviço, sob pena de ficar incapacitado de exercer seu livre direito de escolha.

Para Lôbo considera-se veraz a informação correspondente às reais características do produto ou serviço, além dos dados corretos acerca da composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos. A publicidade não verdadeira, ou parcialmente verdadeira, é considerada enganosa e o direito do consumidor destina especial atenção a suas consequências²⁰⁸.

A boa-fé que deve guiar todo e qualquer ato jurídico constitui a pedra de toque das relações de consumo. Não há dúvidas que se todos os participantes das relações consumeristas, inclusive aqueles que atuam indiretamente, a exemplo das agências de publicidade e dos veículos de comunicação, agissem efetivamente com lealdade, a aplicação do CDC nos tribunais seria significativamente reduzida.

A sujeição ao dever de veracidade da publicidade tem relação direta com a boa-fé. Em razão desta última, a legislação consumerista contém diversas presunções legais, absolutas ou relativas, com a finalidade de assegurar o equilíbrio entre os polos, consumidor e fornecedor e, além disso, conter as formas sub-reptícias e insidiosas de abusos e fraudes engendradas pelo poder econômico para burlar o intuito de proteção do legislador.

Importante destacar que a ideia de lealdade jurídica evoluiu significativamente. Até um passado recente, os juristas afirmavam ser aquela uma diretriz orientadora das relações de consumo. Com o passar dos anos a boa-fé ganhou o *status* de norma jurídica com caráter vinculante. Assim, não há mais falar-se em boa-fé apenas como uma orientação para o legislador e para os jurisdicionados, sem eficácia normativa.

O significado atual de boa-fé é de que cada um tem o dever de guardar objetivamente fidelidade às expectativas sugeridas e também aos atos praticados e jamais fraudar a confiança depositada ou abusar dela.

Em outras palavras, a boa-fé objetiva (diferentemente da boa-fé subjetiva, que leva em conta a intenção das partes) consiste na adequação à função informativa da publicidade, de modo que os consumidores possam fazer suas escolhas com base em informações verdadeiras e corretas sobre os produtos ou serviços anunciados.

²⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 03, p. 23-45, 2001, p. 37.

Dessa forma, em uma determinada relação jurídica de consumo, espera-se que as partes atuem comprometidas com aquilo que acordaram anteriormente e segundo os padrões de comportamento que possam ser exigidos de um indivíduo comum, dentro das circunstâncias que envolvem o caso.

Feita essa breve digressão acerca da boa-fé e relacionando-a com a norma que preconiza a veracidade, é preciso ter em mente que a publicidade deve ser veiculada de forma honesta, verdadeira, leal e deve manter o consumidor informado para assegurar-lhe escolha livre e consciente.

Em Portugal, o princípio da veracidade está recepcionado no artigo 10º, do Código da Publicidade. Senão vejamos.

Artigo 10.º CPub. Princípio da Veracidade

- 1 – a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos;
- 2 – as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição de bens ou serviços publicitados devem ser exatas e passíveis de prova, a todo momento, perante as instâncias competentes²⁰⁹.

Dois casos concretos que demonstram o desrespeito à norma supracitada são trazidos por Chaves no intuito de ilustrar a aplicação prática da mesma. No primeiro deles um hotel colocou na entrada um cartaz anunciando o preço do almoço por um determinado valor. Em um dia de domingo um consumidor se dirigiu ao estabelecimento para almoçar. Após a refeição foi confrontado com um preço manifestamente superior.

Instada a apresentar uma explicação acerca da discrepância de valores, a empresa responsável pela administração do hotel justificou-se afirmando que aquele valor somente vigorava para os dias da semana e nos finais de semana o preço era superior. No referido caso a empresa foi condenada a pagar indenização ao consumidor por violação do princípio da veracidade visto que o cartaz indicativo do preço não continha qualquer exceção, nem muito menos qualquer menção que conduzisse a uma conclusão contrária.

Na segunda situação concreta uma operadora de telefonia celular não deixou claro em seu anúncio a existência de encargos para manutenção da linha que deveriam ser suportados pelo consumidor. A empresa foi então denunciada em razão de sua conduta ter violado a norma do artigo 10.º do Código da Publicidade, bem como o direito à informação dos consumidores,

²⁰⁹ PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 30 jul. 2014.

haja vista que as afirmações sobre as condições de aquisição, manutenção e características do bem e do serviço não gozavam de exatidão²¹⁰.

No legislação pátria, o CDC também se preocupou com o dever de veracidade que deve estar presente nas mensagens publicitárias. Já no artigo 6º, que trata dos direitos básicos do consumidor, há previsão legal neste sentido.

Art. 6º. CDC. 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, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (Grifo nosso)²¹¹.

Diante do exposto, impõe-se que exista sempre uma correspondência entre o conteúdo da publicidade e as características anunciadas dos produtos e serviços postos em circulação no mercado de consumo.

O Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o CDC e dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico veio ao encontro do princípio da veracidade ao trazer em seu bojo matizes principiológicas no sentido de que as informações repassadas nos sítios e demais meios eletrônicos devem ser claras, verdadeiras, corretas e ostensivas. Portanto, no que tange à publicidade veiculada por meio da internet, resta claro o dever de obediência à veracidade do seu respectivo conteúdo.

A transparência na fundamentação está intrinsecamente ligada ao dever de veracidade da publicidade, estudado acima. Nos termos da norma insculpida no artigo 36, parágrafo único do CDC, o fornecedor deve manter em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária.

Portanto, ao anunciar seus produtos e serviços, inclusive na internet, o fornecedor deverá fazê-lo com base nesses dados e conservá-los em seu poder. Tal procedimento será necessário para que o consumidor tenha a garantia de que o anunciante, ao expor as características de um determinado bem de consumo, possua uma base material que a justifique. É a chamada prova da verdade ou correção da publicidade.

A finalidade da norma consiste, justamente, em impor ao fornecedor a manutenção da prova da veracidade das afirmações veiculadas. Evita-se, com isso, a consolidação de informações fantasiosas, que propalem vantagens irreais sobre as mercadorias anunciadas. Em

²¹⁰ CHAVES, Ruy Moreira. **Código da Publicidade anotado**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 47-49

²¹¹ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói, 2013, p. 687.

caso de questionamento, o fornecedor estará obrigado a comprovar técnica e cientificamente as declarações constantes nas peças publicitárias.

Tal ônus não deve ser repassado aos consumidores, visto que estes, por razões de vulnerabilidade evidentes, não possuem condições de levantar aqueles dados ou executar testes com produtos, por exemplo.

Importante destacar que não há sentido exigir a fundamentação da mensagem publicitária se não houver a possibilidade de o consumidor ou qualquer outro interessado ter acesso a ela. É preciso que as afirmações publicitárias veiculadas pelo fornecedor de determinado produto ou serviço sejam passíveis de prova a todo momento.

A legislação consumerista deu tanta importância à transparência na fundamentação que criou um tipo penal para punição pelo não cumprimento das determinações do parágrafo único do artigo 36, da lei 8.078/90.

Nos termos do art. 69 do CDC, caso o fornecedor deixe de organizar os dados fáticos, técnicos e científicos que dão suporte à mensagem, poderá ser aplicada a pena de detenção de um a seis meses ou multa. Para Nunes:

Apesar desse rigor, o fato é que a norma tem duplo sentido protetor. Pretende proteger o consumidor, mas também garante o fornecedor-anunciante. Protege o consumidor porque ele ou seus legítimos representantes, querendo e havendo motivo justificado, poderão requerer a confirmação dos dados anunciados. Garante o fornecedor, pois, arquivando e mantendo consigo os dados técnicos que deram base ao anúncio, não poderá ser acusado de prática de publicidade enganosa, porquanto terá como provar que falou a verdade²¹².

Acerca do tema Pasqualotto ressalva que, apenas são passíveis de comprovação os dados fáticos veiculados na publicidade que se refiram aos elementos relevantes para persuadir o consumidor, como a qualidade, o preço e a composição do produto, por exemplo. Dessarte, as afirmações colaterais que não tenham interferência direta no produto não necessitam guardar comprovação nos termos do CDC²¹³.

Em síntese, a determinação da legislação consumerista para que o fornecedor realize estudos prévios que deem sustentação as suas mensagens tem por fulcro, em última análise, evitar a veiculação de uma publicidade sem qualquer embasamento científico. É certo que o fornecedor deve utilizar os diversos meios de comunicação, inclusive a internet, para anunciar

²¹² NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 592.

²¹³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997, p. 95.

seus produtos e serviços. No entanto, deve fazê-lo com base em elementos fáticos e científicos, ou seja, com fundamentação adequada.

A título de exemplificação pode-se imaginar uma publicidade por meio da *web* em que o fornecedor assegura que seu produto é conhecido por um terço da população nacional. Nessa hipótese, o anunciante deverá manter consigo os dados da pesquisa realizada para fins de comprovação dos consumidores.

Nos termos da vinculação contratual da publicidade, também denominada de obrigatoriedade do cumprimento, a mensagem publicitária integra o contrato que vier a ser celebrado e obriga o fornecedor a cumprir aquilo que foi veiculado. É o que dispõe o artigo 30, do CDC:

Art. 30. CDC. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos ou serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado²¹⁴.

Importante destacar que a norma extraída do dispositivo legal supramencionado abrange todas as formas de manifestação do *marketing* e não somente a publicidade. A finalidade do legislador foi justamente evitar, de forma abrangente, os abusos praticados, fazendo com que as promessas façam parte do contrato a ser firmado.

Ressalte-se que, para haver vinculação da publicidade, esta deve conter informações suficientemente precisas sobre os bens e serviços oferecidos. Assim sendo, embora não se exija precisão absoluta, a publicidade deve apresentar um mínimo de concisão. Ademais, em harmonia com a boa-fé objetiva, o fornecedor deve anunciar apenas aquilo que existe ou que pode ser cumprido. Nesse sentido exemplifica Carvalho:

A mensagem publicitária em que se afirme que um jogador de futebol confia em determinada instituição de crédito não contém qualquer vinculação, em termos contratuais, à própria declaração, não sendo assim possível retirar desta qualquer cláusula ou efeito contratual. Já se mesmo jogador de futebol que diz que confia na instituição de crédito afirmar, nessa ou noutra mensagem publicitária, que lhe é concedida, tal como a qualquer outra pessoa que se dirija àquele banco, a taxa de juro X no caso de Y, o emitente vincula-se perante o público a conceder a taxa de juro X no caso de Y, sendo este o sentido contratualmente útil da mensagem²¹⁵.

²¹⁴ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói, 2013, p. 689.

²¹⁵ CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito do Consumo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 205-206.

No que se refere à vinculação contratual da publicidade na internet, mister mencionar mais uma vez o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013. Tal norma veio somar forças junto com o CDC no sentido de proteger o consumidor do grande manancial de armadilhas a que está sujeito. No ambiente inóspito da rede mundial de computadores não são raros os casos de descumprimento de algo que foi prometido no anúncio, com o agravante da dificuldade de localizar o fornecedor para obrigá-lo a cumprir o contrato.

Nesse sentido, além de reforçar as exigências já prescritas na lei 8.078/90, o referido Decreto determinou, em seu artigo 2º, ser imperativo aos fornecedores virtuais a disponibilização dos dados de contato, do endereço eletrônico para o qual os consumidores devem direcionar suas solicitações, além do nome empresarial, do endereço físico e o número de CNPJ/CPF do fornecedor, conforme disposto no tópico 3.4 do capítulo anterior.

Tal reforço normativo é relevante haja vista que, caso haja recusa ao cumprimento da publicidade virtual, o consumidor, para fazer valer a vinculação contratual da publicidade, precisa estar munido de todos esses dados.

O artigo 35, do CDC, que deve ser interpretado em consonância com o Decreto 7.962/13, prescreve:

Art. 35. CDC. 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 danos²¹⁶.

Dessa forma, sempre que um produto ou serviço for apresentado com determinadas características, seja em meio físico ou virtual, tais elementos devem fazer parte dele e, se isso não ocorrer, o consumidor pode se valer do artigo citado para forçar o cumprimento da oferta contida na mensagem publicitária.

É certo que nenhum direito ou garantia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil deve ser considerado absoluto. Tal premissa se aplica também à liberdade de expressão. Esta é, de fato, uma das mais importantes garantias constitucionais e constitui um dos pilares da democracia. Todavia, apesar de sua importância, a liberdade de expressão está

²¹⁶ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói, 2013, p. 690.

sujeita a parâmetros estabelecidos na própria Carta Magna e na legislação infraconstitucional, segundo já aventado no tópico 4.1.2.

Nesse raciocínio, o dever de não abusividade da comunicação publicitária pode ser identificado no art. 37, § 2º, do CDC, e tem por finalidade vedar toda e qualquer modalidade de publicidade abusiva, englobando também aquelas perpetradas na internet.

Objetiva-se, por meio da norma mencionada, afastar a prática de 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 o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança.

Convém lembrar que o dispositivo legal mencionado acima encontra-se em consonância com os direitos básicos do consumidor estipulados nos incisos I e VI do artigo 6º, do CDC. A finalidade de ambas as normas é proteger o consumidor de um comportamento que possa levá-lo a pôr em risco sua própria saúde e segurança.

Além de respeitar todas as regras e princípios mencionados anteriormente, a publicidade deve estar em consonância com os valores sociais, estejam ou não previstos em lei. Assim, a dignidade da pessoa humana, o interesse da coletividade, o núcleo familiar, as instituições e os símbolos nacionais são exemplos de valores que devem ser preservados.

A publicidade abusiva constitui verdadeiro ato ilícito. É responsável o fornecedor que a fizer veicular para promover determinado produto ou serviço, sendo irrelevante se cause ou não prejuízo efetivo a um consumidor em particular, uma vez que ofende a ordem pública.

A análise do caráter abusivo de uma publicidade não constitui tarefa simples, tendo em vista que envolve o aspecto subjetivo do julgador. Nesse diapasão, deve-se ter cautela para não confundir agressão aos padrões socioculturais de uma sociedade com os próprios e individuais valores do intérprete²¹⁷.

Nas hipóteses de publicidade veiculada por meio da rede mundial de computadores há uma dificuldade mais elevada em identificar a abusividade, podendo dar ensejo a diversos *hard cases*. Basta imaginar, por exemplo, o impacto da diferença cultural existente entre os países ocidentais e do oriente que, muitas vezes, são alvos de uma mesma campanha publicitária de massa na internet.

²¹⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 89.

Algo capaz de configurar uma situação jocosa aqui pode ter conteúdo denegritório ou discriminatório em outra sociedade, em que os valores religiosos são levados ao extremo, por exemplo. Em razão disso, requer-se bastante habilidade do julgador no caso concreto.

No direito brasileiro, a regra do ônus da prova encontra-se prevista no artigo 373, do Novo Código de Processo Civil, lei 13.105, de 16 de março de 2015, segundo a qual ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autor²¹⁸.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 6º, inciso VIII, que é direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Aqui observa-se que, em regra, a inversão do ônus da prova na legislação consumerista é *ope judicis*, nos termos do artigo 6º, mencionado acima. Em outras palavras, cabe ao juiz, de acordo com sua discricionariedade, proceder ou não a inversão, com fundamento na constatação da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor. Tal norma, porém, não é absoluta.

No que se alude à publicidade de consumo, a inversão do ônus da prova é obrigatória, quando se trata da comprovação da veracidade acerca da informação contida no anúncio. Partindo do pressuposto que o consumidor dificilmente tem condições técnicas e econômicas de comprovar os desvios da atividade publicitária, a lei impõe que o encargo da prova caberá ao patrocinador e beneficiário da mensagem. Assim, nos termos do art. 38, do CDC:

Art. 38. CDC. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina²¹⁹.

Diferentemente do parâmetro geral estabelecido no CDC, nesse caso a inversão não é a critério do juiz e sim imperiosa, por determinação da lei. É a chamada inversão *ope legis* e não *ope judicis*. Aqui o juiz não realiza qualquer juízo cognitivo de verificação da presença de requisitos. É dizer, não há a análise de critério algum, nem hipossuficiência, nem

²¹⁸ BRASIL. Lei 13.105 (2015). **Código de Processo Civil**: Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

²¹⁹ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói, 2013, p. 690.

verossimilhança das alegações. Por essa razão, a norma contida do artigo 38, do CDC, é denominada de inversão obrigatória do ônus da prova.

No entendimento de Federighi, não há falar-se nesta ocasião em inversão do ônus da prova, mas sim de atribuição de ônus da prova, que não comporta inversão em prejuízo do consumidor. Assim, o ônus da prova no processo sempre se dará em desfavor do patrocinador, desobrigando o consumidor de comprovar a ilicitude da mensagem²²⁰.

Ao elaborar a referida norma, o legislador levou em conta que os fornecedores detêm os meios de produção e possuem o controle do mercado e, no caso da publicidade, verifica-se uma dificuldade notável para o consumidor no campo probatório, o que justifica a obrigatoriedade da inversão do ônus da prova.

Cumprir notar que as normas contidas nos artigos 6º e 38 do CDC têm a mesma finalidade, qual seja, buscar o equilíbrio das partes da relação de consumo. É relevante lembrar, outrossim, que a inversão estabelecida no artigo 38 está em harmonia com o artigo 36, parágrafo único, aludido anteriormente.

Apenas o fornecedor tem a capacidade de provar as afirmações contidas na publicidade, visto que somente ele mantém em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que são sustentação à mensagem.

Preocupado com a proliferação de desvios publicitários e com a finalidade de desestimular tal conduta, o CDC previu a possibilidade de correção de anúncios difundidos com conteúdo ou forma ilícitos. Trata-se de norma que comina sanção ao fornecedor que adota a referida prática e tem previsão legal nos artigos 56, inciso XII, e 60 da lei 8.078/90.

Com base em tais dispositivos, é possível impor ao patrocinador da publicidade ilegal a veiculação da chamada contrapropaganda, que consiste no instrumento jurídico de correção da campanha publicitária anteriormente divulgada.

A contrapropaganda que, na verdade, deveria se chamar contrapublicidade, de acordo com a distinção realizada no ponto 4.1.1, tem o objetivo de desfazer do imaginário dos consumidores as mensagens fantasiosas, enganosas ou abusivas sobre as características e qualidades dos produtos ou serviços. Tal instrumento deve ser utilizado principalmente nos casos em que o fornecedor propalou a peça publicitária ilícita por um longo período, tornando-a capaz de permanecer na mente do público consumidor mesmo após sua cessação.

²²⁰ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas Notas sobre a Publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 231.

Portanto, a exigência da correção do desvio publicitário visa à amenização dos efeitos produzidos pela publicidade ilícita, como forma de dar efetividade à vedação das modalidades patológicas. Nessa linha de pensamento é o precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Senão vejamos.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA ENGANOSA DURANTE A CAMPANHA “LIQUIDA PORTO ALEGRE” DE FEVEREIRO DE 1997. **CONDENAÇÃO À VEICULAÇÃO DE CONTRAPROPAGANDA.** (Art. 56, XII, CDC) E AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO AO FUNDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS LESADOS (Art. 13, Lei 7.347/85). PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. DECISÃO ESCORREITA. NÃO PROVIMENTO. Caracteriza-se propaganda enganosa a prática, por estabelecimento comercial participante da campanha “Liquida Porto Alegre” de fevereiro de 1997, de veiculação de publicidade anunciando mercadorias, cujos preços estavam iguais e, no caso de alguns produtos, até superiores aos praticados anteriormente a referida campanha, já que **consumidores foram enganados**, na medida em que, **atraídos pela grande publicidade** do evento liquidatório, dirigiram-se ao estabelecimento, pensando encontrar produtos à venda com preços mais baixos, no que foram negativamente surpreendidos. Em assim agindo, infringiu, o estabelecimento comercial, o Código de Defesa do Consumidor no seu art. 37 e correlatos, **sendo condenado a veicular contrapropaganda** e a pagar indenização ao fundo de restituição de bens lesados, de acordo com o art. 13 da Lei 7.347/85. (Grifo nosso)²²¹.

Para que tenha os efeitos desejados pela lei, a contrapropaganda deve ser difundida na mesma mídia, com igual intensidade, visando o mesmo público-alvo, com idêntica duração e horário, devendo ser a mensagem clara e objetiva. Ademais, deve chamar a atenção para aquilo que caracterizou a ilicitude da publicidade e deve ser divulgada às expensas do fornecedor.

Ressalve-se que a contrapropaganda não constitui uma sanção típica. Diz-se isso visto que esta não implica em uma mera punição. Além disso, viabiliza o exercício do poder de polícia do Estado e tem o poder de efetivar o controle pela via do Poder Judiciário, de forma a reparar minimamente o mercado de consumo lesado pela publicidade viciada.

O instrumento da contrapropaganda somente poderá ser imposto ao fornecedor pela Administração ou pelo Poder Judiciário, sempre respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa e desde que seja comprovada a efetiva utilidade da medida.

Trata-se de uma ferramenta que não possui caráter preventivo, mas apenas parcialmente reparatório. Basta pensar na hipótese de uma publicidade subliminar veiculada por meio da internet. A imposição de uma contrapropaganda neste caso possui caráter

²²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. (TJRS). **Ação Civil Pública nº 598498970/RS**. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Porto Alegre. Relator Min. Wellington Pacheco Barros. Julgamento em: 17 de fev de 1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 26 mar. 2016.

minimizador do efeito nocivo causado pelo anúncio ilegal, pois caráter reparatório integral constitui algo improvável.

Seria um engano acreditar na possibilidade de reverter a sociedade de consumo ao estado de coisas anterior. Na rede mundial de computadores, onde as informações circulam com maior velocidade, tal tarefa desafiaria Hércules.

Apesar da dificuldade de reparação integral do dano causado pela veiculação da publicidade ilícita, a imposição de contrapropaganda deve ser estimulada. O próprio mecanismo de chamar a atenção para o ato ilegal anteriormente praticado já servirá como desestímulo para os abusos e descuidos cometidos pelo anunciante.

Finalmente, faz-se mister destacar nesse tópico a obrigação legal da não captura do consumidor. Em uma sociedade de consumo pautada pela avidez do mercado em fisgar o polo mais frágil da relação consumerista, despertando neste o interesse pela aquisição de bens, pode parecer um contrassenso falar em não captura do consumidor.

Não obstante outrora a publicidade tivesse função meramente informativa, tal característica não mais permanece. A captura do consumidor, seja por meio de mensagem dirigida ao seu consciente ou mesmo ao inconsciente, no caso da publicidade subliminar, é uma realidade e deve ser combatida.

Não se pode negligenciar o fato de que o consumo pela internet cresce em grande escala. Em um mundo caracterizado por cidadãos cada vez mais conectados, algumas condutas dos fornecedores chamam atenção e merecem ser analisadas com a devida cautela. O envio de e-mails em massa com informes de produtos e serviços, os chamados *spams*, que serão estudados detalhadamente em momento oportuno, constitui exemplo de prática mercadológica invasiva.

O que ocorre no caso dos *spams* é uma verdadeira tentativa de capturar o consumidor a qualquer custo, colocando-o em constante situação de potencial aquisição de bens, mesmo sem a sua devida autorização. Trata-se de medida que vem se tornando cada dia mais usual, no entanto, não pode ser tolerada pelo direito do consumidor.

É preciso ter em mente que o respeito à liberdade de escolha representa um dos pilares do mercado de consumo. A partir do instante em que o consumidor é insistentemente importunado por mensagens e esforços publicitários, seja na rede mundial de computadores ou em outro veículo midiático, sua liberdade e dignidade estão sendo violadas.

No entendimento de Dias, o fundamento da norma que preconiza a não captura do consumidor insere-se dentro de um contexto maior de inaceitável invasão da esfera privada do mesmo, convertendo sua intimidade em um cenário de luta concorrencial entre empresas. Tais

práticas, sofisticadas e invasivas, molestem o sossego do consumidor, turbam a sua possibilidade de escolha minimamente refletida e, portanto, exigem o seu prévio consentimento, sob pena de se configurarem abusivas²²².

Não se pode olvidar de mencionar outro fenômeno oriundo da rede mundial de computadores que possui relação direta com a norma ora estudada. Algo que vem tornando-se frequente é a veiculação de publicidade na internet com o intuito exclusivo de capturar informações sobre os comportamentos e desejos dos consumidores, formando um verdadeiro banco de dados.

A partir da captura de tais informações, os usuários da rede passam a receber publicidades e ofertas cirurgicamente calculadas. Dessa forma, há a necessidade de combater não somente a prática de bombardeio constante com mensagens publicitárias não solicitadas, a exemplo do que ocorre com os *spams*, mas também deve haver preocupação com a obtenção camuflada de informações pessoais do consumidor por meio de *sites*, redes sociais e cadastros aparentemente inofensivos, mas que são, na verdade, uma armadilha preparada pelo fornecedor.

Em síntese, o dever de não captura do consumidor impõe como reprovável a conduta de assédio, coação e de influência indevida sobre a liberdade de escolha do sujeito mais frágil da relação consumerista. Também constitui comportamento rechaçado pela legislação protetiva o envio de mensagens não solicitadas e a aquisição de informações pessoais do consumidor sem o seu consentimento. Na internet a suscetibilidade à captura de dados e do próprio consumidor são superdimensionados. Daí falar-se em hipervulnerabilidade destes na rede mundial de computadores.

4.4 Controle da publicidade?

A atividade publicitária praticada com respeito às regras e aos princípios jurídicos mencionados no tópico anterior e às demais normas previstas no sistema consumerista é lícita e merece ser estimulada pelos que atuam no mercado.

No entanto, apesar de ser um instituto protegido constitucionalmente, a publicidade não pode ser veiculada com qualquer forma e conteúdo. Em outras palavras, esta encontra-se sujeita a limites, de modo a impedir abusos e ilegalidades.

Diante do avanço da prática de atos publicitários com desrespeito ao império da legalidade, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana indaga-se: de que maneira é possível

²²² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

exercer um controle sobre a divulgação da publicidade de consumo e, ao mesmo tempo, não atentar contra a liberdade de expressão, um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito? O aparente conflito entre estes dois institutos jurídicos, embora já discutido *en passant* no decorrer do trabalho, merece uma atenção especial.

A função econômica exercida pela atividade publicitária é tão intensa que torna-se difícil imaginar o lançamento de um novo produto ou serviço de uma grande marca sem o suporte de um anúncio de massa. É por meio da publicidade que os fornecedores buscam criar uma identidade e, a partir desta, desenvolver uma diferenciação de suas ofertas em relação a dos seus concorrentes.

Diante da dinâmica do mercado e da competição entre os agentes econômicos, uma das principais reivindicações dos sujeitos estudados no tópico 4.1.3 (fornecedores, agências e mídia) consiste na minimização do intervencionismo do Estado, de modo que haja independência na divulgação das peças publicitárias, sob pena de engessar o mercado de consumo.

Na visão das agências de publicidade, quanto maior a liberdade de expressão, mais manifestações criativas do intelecto humano surgirão. A liberdade de veicular publicidade encontra guarida na Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio em diversos dispositivos expressos.

Dentre eles destacam-se o artigo 5º, inciso IX, que assegura ser livre a expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença; o artigo 170, inciso IV e seu respectivo parágrafo único, que garantem o direito à livre concorrência e asseguram a todos a liberdade no exercício de qualquer atividade econômica; e o artigo 220, segundo o qual a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição.

Apesar de todas as normas constitucionais mencionadas e da ampla proteção também no âmbito infraconstitucional no que tange ao exercício da atividade publicitária, é imperioso destacar que esta não é ilimitada.

Neste sentido, a própria Carta Magna cuidou de estabelecer o dever de compatibilização do exercício da livre iniciativa com os direitos dos consumidores, nos termos do artigo 170, inciso V.

Art. 170. CRFB. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios:

[...]

V – **defesa do consumidor**. (Grifo nosso)²²³.

A Lei Fundamental impôs, também, restrições à divulgação publicitária, a exemplo do que ocorre com os anúncios de produtos prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores, de acordo com o § 3º, do artigo 220, ou cujo uso se presume efeitos nocivos, como é o caso dos produtos listados no §4º, do mesmo dispositivo, referido no tópico 4.1.1.

Acerca do tema lembra Lôbo que até pouco tempo atrás não havia qualquer preocupação em impor limites à atividade publicitária visto que se compreendia que esta era um “mal necessário” a ser suportado pela sociedade:

Até o advento e consolidação do direito do consumidor, a publicidade não gerava consequências jurídicas a quem dela se utilizasse ou mesmo abusasse. Entendia-se que era o preço a pagar ou a ser suportado pela sociedade, para o desenvolvimento das atividades econômicas, em favor do **irrestrito princípio da livre iniciativa**. Afirmava-se que era um “*dolus bonus*”, tolerado ou desconsiderado pelo direito, pois sua função era apenas a de estimular e atrair ao consumo. (Grifo nosso)²²⁴.

Todavia, nos tempos hodiernos não há falar-se em livre exercício da atividade publicitária sem limites. O espaço para o *dolus bonus* mencionado por Lôbo foi extremamente reduzido para não dizer extinto.

O dever genérico de lealdade com o consumidor, traduzido na obrigação de não enganá-lo e tratá-lo com respeito já se caracteriza como uma forma de restrição. O Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica poderá sim proceder a intervenções na livre iniciativa. É o que dispõe o artigo 174, da Constituição da República. Senão vejamos.

Art. 174. CRFB: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado²²⁵.

Ao proceder a uma interpretação sistemática da Constituição, percebe-se que esta adotou uma postura de harmonia entre o direito à liberdade de expressão e a proteção do consumidor, por meio de imposição de limites à atividade publicitária.

Diante de tal observação, adverte-se que qualquer redução ao exercício da atividade publicitária deve ser dotada de razoabilidade e proporcionalidade. Em outras palavras, a

²²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 187.

²²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 03, p. 23-45, 2001, p. 38-39.

²²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 187.

adequação entre os meios e fins juntamente com a adoção de medidas ponderadas constituem a fórmula equilibrada para solucionar eventuais incompatibilidades.

De fato, uma excessiva ingerência do Estado na referida atividade ocasionaria prejuízos tanto no aspecto intelectual quanto no âmbito econômico. Além disso, uma intervenção desmedida poderá conduzir a uma indesejada substituição da liberdade do indivíduo pela vontade estatal, como se aquele fosse incapaz de tomar suas próprias decisões.

Em síntese, como a vulnerabilidade revela-se ser a pedra de toque do sistema de direito do consumidor, cabe ao Estado exercer o controle da publicidade com o afã de proteger a parte mais frágil da relação de consumo. Todavia, tal intervenção deve obedecer as normas constitucionais e não ser realizada de forma descabida.

Ressalte-se, ainda, que encontra-se bastante intenso o debate acerca do equilíbrio entre a liberdade de expressão e o conteúdo das informações transmitidas por meio da internet, como é o caso da publicidade. Há necessidade de cooperação internacional com a finalidade de apontar caminhos que contribuam para a solução dos problemas oriundos da potencialidade difusa da rede, sem que haja violação de direitos fundamentais²²⁶.

Toda norma de proteção ao consumidor possui idêntico escopo, qual seja, reequilibrar uma relação jurídica que, por sua própria natureza, nasce desigual. Tal desígnio é atingido por diversas formas, destacando-se o reforço da posição jurídica do consumidor e a limitação de certas práticas no mercado. O controle da publicidade se encaixa nesta última hipótese.

A imposição de limites à publicidade, no caso do Brasil, se materializa por intermédio de uma fiscalização exercida por parte do poder público ou da própria iniciativa privada com o intuito de coibir um ato publicitário consumerista que possa causar lesão àqueles expostos ao seu conteúdo.

Pode-se afirmar que a função do controle é, genericamente, verificar a regularidade da atividade publicitária, atuando para que as ocorrências lesivas sejam imediatamente sanadas, na busca de evitar maiores danos aos consumidores e visando à reparação daqueles efetivamente prejudicados.

É também dever daqueles responsáveis pela fiscalização aplicar sanções quando verificada a ocorrência de uma publicidade ilícita. A função sancionatória contribui para prevenção de futuros atos ilícitos.

Convém destacar que o controle da publicidade tem uma ação quase sempre repressiva, ou seja, após a veiculação do ato publicitário ilegal. Entretanto, o referido controle

²²⁶ CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 41.

pode ter sua atuação realizada preventivamente. Isso ocorre nas hipóteses em que, ao invés de sancionar um ato publicitário viciado, os órgãos fiscalizadores informam a coletividade sobre os tipos de publicidade proibidos, assim como, quando eles analisam a legitimidade de um anúncio publicitário antes de ele ser efetivamente divulgado.

Para que se realize efetivamente o controle da publicidade de consumo se faz necessária a coexistência de três elementos básicos. São eles: o elemento subjetivo, o objetivo e o teleológico.

O primeiro elemento refere-se às entidades atuantes na fiscalização da publicidade de consumo. Destaca-se neste aspecto a atuação do Ministério Público, das Defensorias Públicas bem como das Associações de Defesa do Consumidor, órgãos que possuem legitimidade para perseguição civil ou penal, conforme o caso, dos infratores.

Além das entidades de controle, para que se fortaleça a atuação fiscalizatória da atividade publicitária é imprescindível que haja uma normatização (elemento objetivo) das ações de controle e uma delimitação da licitude dos atos publicitários. Por essa razão, há a necessidade de disciplinar, com normas, condutas que envolvam a divulgação de publicidades lesivas, inclusive as subliminares, juntamente com as respectivas sanções a serem aplicadas em cada caso.

Finalmente, a proteção dos interesses dos consumidores constitui o elemento teleológico para o qual é voltado o controle da publicidade. É em relação aos indivíduos inseridos em uma relação jurídica de consumo que se dirigem as normas atinentes ao controle da publicidade aqui discutidas.

Em síntese, pela leitura interpretativa dos três elementos supracitados, o controle da publicidade de consumo pode ser entendido segundo Martinez como uma atividade de verificação e de punição de atos publicitários tidos por patológicos, realizada por entidades, sejam elas públicas ou privadas, embasadas em normas estruturais, visando à proteção do consumidor²²⁷.

A partir da constatação de que o controle da publicidade se dá com a presença dos três elementos básicos citados, agora é o momento de enfrentar o funcionamento de cada um deles em forma de sistema.

No ordenamento jurídico pátrio podem ser detectados três tipos de sistemas de controle de publicidade. São eles: o sistema privado ou autorregulamentar, o sistema público ou estatal e o sistema misto.

²²⁷ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n.58. São Paulo: RT, 2006, p. 223-254.

A característica básica do sistema autorregulamentar é o fato de que sua criação se deve exclusivamente à vontade das entidades envolvidas no meio publicitário. Deste modo, são os anunciantes, as agências de publicidade e os veículos de comunicação em geral que, sem qualquer participação estatal, estabelecem corporativamente o controle da publicidade.

O sistema de controle autorregulamentar é composto pela reunião de entidades privadas do meio publicitário que, por intermédio de um negócio jurídico, elaboram uma associação ou sociedade de classe e instituem um conjunto de regras, objetivando fiscalizar e estabelecer limites para a atividade publicitária.

Observa-se que o descumprimento das regras estabelecidas pelas entidades privadas sujeitam o infrator a sanções cominadas por seu órgão deliberativo interno, criado especialmente para controlar a criação publicitária de todos os profissionais envolvidos em tal negócio jurídico. A natureza jurídica deste sistema é de direito privado, já que decorre de força contratual e obriga a todos que voluntariamente aderirem ao sistema.

Crítica contundente é apresentada por Benjamin no que se refere à autorregulamentação. Segundo o autor, o controle privado não passa de uma mera garantia ilusória para o consumidor, haja vista que a ausência de cogência das normas autorregulamentares torna ineficaz a referida tutela. A publicidade regulada pelo próprio mercado seria uma particularidade dos países menos desenvolvidos²²⁸.

A atuação do sistema privado de controle pode se dar repressivamente, por meio da verificação de ocorrência de publicidade patológica e seu consequente sancionamento, de acordo com as regras éticas pré-estabelecidas.

Uma postura preventiva também pode ser adotada, através da consulta prévia dos associados ao órgão deliberativo sobre a adequação da mensagem ou da campanha publicitária às normas do Código de Ética da atividade publicitária.

O sistema privado ganhou força, no Brasil, com a criação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar). Tal órgão foi criado pelos agentes do mercado publicitário, no final dos anos 70, com o intuito de zelar pela liberdade de expressão e pela ética na publicidade, em resposta às tentativas do governo federal de estabelecer uma censura prévia à publicidade.

Trata-se de associação civil composta por agências publicitárias, veículos de comunicação e anunciantes que espontaneamente aderem ao quadro social e, portanto, não vincula todos os operadores ao controle por ela exercido.

²²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 9, jan/mar., 1994, p. 47-49.

A aprovação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), durante o III Congresso Brasileiro de Propaganda, também contribuiu para o fortalecimento da fiscalização da publicidade exercida pelo setor privado.

Na hipótese de divulgação de um ato publicitário que viole as normas do CBARP, o Conselho de Ética poderá aplicar diversas sanções, dentre elas, advertência ao anunciante e sua agência, recomendação da alteração, suspensão ou correção do anúncio e divulgação pública da posição do Conar em relação ao fornecedor, à agência e ao veículo de comunicação.

No que se referem às desvantagens do sistema privado destaca-se, principalmente, a ausência de coercitividade nas deliberações dos órgãos de controle, que não têm como obrigar a parte infratora a cumprir suas decisões.

Assim, não obstante a importância do Conar, inclusive para proteção dos direitos dos consumidores, é imperioso frisar que este não detém poder de polícia para aplicar multas aos anunciantes ou mesmo para exercer fiscalização em relação à colocação de produtos e serviços no mercado de consumo.

Para Benjamin, a maior desvantagem deste sistema é o fato dele ficar limitado somente àqueles que espontaneamente aderirem a tal modalidade de controle, não vinculando todos os agentes do mercado²²⁹.

Segundo entendimento de Frota, a desvantagem do sistema privado está também em relação aos consumidores, em face de sua desinformação quanto à existência desse sistema de controle e sua capacidade de ressarcir eventuais prejuízos econômicos ocorridos²³⁰.

De outro lado, as vantagens do sistema privado estão na rapidez do procedimento, além da ágil adaptação das regras éticas às mudanças sociais e também na especialização dos órgãos deliberativos, formados por pessoas com notório conhecimento sobre o funcionamento da atividade publicitária.

Essa última vantagem apontada parece ser a maior dificuldade encontrada pelo Poder Judiciário no que concerne ao enfrentamento do problema da violação dos direitos do consumidor em face da publicidade subliminar na internet. A falta de especialização e de conhecimento faz com que as demandas sobre o tema sejam praticamente ignoradas pela jurisprudência.

²²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 302.

²³⁰ FROTA, Mário. Auto-regulamentação: vantagens e desvantagens. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 04. São Paulo: RT, 1992, p. 47.

Em razão da tendência recente de adoção da arbitragem no direito processual civil pátrio, é possível que demandas específicas como esta que constitui o objeto de estudo deste trabalho científico ganhem o destaque merecido.

Diante da exposição dessas vantagens e desvantagens, é preciso reconhecer que a autorregulamentação não tem o poder de garantir genericamente a proteção dos consumidores, atuando, em regra, de maneira complementar ao sistema público de controle de publicidade.

Diferentemente do sistema privado, o sistema de controle público, estatal ou governamental, atua de forma coercitiva na proibição dos desvios de conduta e dos abusos publicitários, no intuito exclusivo de proteger o consumidor, utilizando-se, para tanto, de normas cogentes e de órgãos de controle públicos, administrativos e judiciais.

Nesse sentido, afirma Almeida que o sistema autorregulamentar se revela insuficiente para o controle da publicidade, visto que não dispõe de coercitividade para retirada de uma publicidade ilícita do ar²³¹.

No sistema público há uma intervenção do Estado na iniciativa privada sob o argumento de que nenhuma atividade de interesse da coletividade pode ficar sem a proteção do ordenamento jurídico estatal.

A natureza jurídica deste sistema é de direito público e sua atuação se concretiza de forma externa – ao contrário do que ocorre no sistema autorregulamentar – objetivando minimizar os danos causados aos consumidores, que são os seus destinatários finais.

Sua atuação é predominantemente repressiva. Entretanto, pode ser preventiva quando, em busca da conscientização educacional dos consumidores e dos meios publicitários, visa prevenir a ocorrência de alguma publicidade enganosa, abusiva ou subliminar.

Quanto às desvantagens do sistema público, destaca-se principalmente a morosidade, em razão do formalismo excessivo e da demora corriqueira no processo legislativo, o que ocasiona a falta de acompanhamento em relação às alterações sociais.

A maior vantagem é, conforme afirmado acima, a força coercitiva que este sistema empresta às suas decisões, além da possibilidade de reparação moral e material dos danos efetivamente causados aos consumidores pela veiculação de publicidade ilícita.

No ordenamento jurídico pátrio, o controle estatal da publicidade pode ser exercido pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. Este é composto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e pelos demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal,

²³¹ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.119.

municipais e as entidades civis de defesa do consumidor. Entre tais órgãos destacam-se: as Promotorias do Consumidor do Ministério Público Estadual e Federal, os Procons, além, é claro, do próprio Poder Judiciário.

Quando existe tanto o sistema de controle da publicidade público quanto o privado num mesmo país, significa que foi adotado o sistema misto. Este sistema possui natureza jurídica de direito público e privado simultaneamente, somando-se a atuação dos órgãos públicos à da iniciativa privada e as normas regulamentares internas às normas públicas.

A vantagem maior da convivência dos dois sistemas é a dupla proteção concedida ao consumidor, anulando-se as desvantagens que individualmente foram apontadas em cada sistema de controle, em razão de seus benefícios recíprocos e complementares.

No Brasil foi adotado o sistema misto, visto que, apesar das diferenças apresentadas, o sistema de autorregulamentação publicitária e a tutela legal dos consumidores são complementares um do outro. Há uma integração entre os sistemas aqui discutidos.

Em resumo, no sistema misto há uma harmonização entre os sistemas de controle público e privado que possibilita a atuação em duas vertentes. Cabe ao meio publicitário regular a publicidade no âmbito interno e ao Estado intervir quando verificar que as regras que protegem os consumidores estão sendo desrespeitadas ou quando configuram-se lesões aos seus direitos.

4.5 Modalidades de publicidade

Antes de discorrer acerca da publicidade subliminar na internet, modalidade que constitui o âmago da pesquisa, é necessário observar quais são as modalidades, no âmbito geral, que mais estão aptas a violar os direitos do consumidor. Após analisar as classificações de diversos autores consumeristas, realizou-se uma síntese de todas elas. A seguir, serão analisados os principais tipos de publicidade.

Quanto ao objetivo a ser alcançado, a publicidade pode ter caráter comercial ou institucional. A publicidade comercial, também conhecida como promocional, é aquela que tem por escopo promover os produtos ou serviços colocados no mercado de consumo pelo fornecedor. É a modalidade de publicidade mais comum, sobretudo na rede mundial de computadores.

A publicidade promocional pode ser destinada à demanda primária, que é a publicidade de um produto não ligada a uma marca ou empresa específica. É o caso de um anúncio que ressalta os benefícios da prática de atividades físicas ou de uma alimentação

saudável ou, ainda, do aprendizado de um novo idioma. Pode, ainda, a publicidade comercial ter foco em uma demanda seletiva. Nessa última hipótese o produto ou serviço é anunciado de forma vinculada a uma determinada empresa ou marca. Este é o tipo de anúncio mais usual na sociedade de consumo de massa.

Já a publicidade institucional, corporativa ou de imagem é a modalidade de anúncio que exalta as qualidades do próprio fornecedor de produtos ou serviços. Destina-se a promover a imagem da empresa, sem visar imediatamente à venda de determinada mercadoria propriamente dita.

A publicidade institucional tem origem mais recente e vem sendo utilizada principalmente pelas grandes empresas, como bancos, estatais e redes varejistas que associam sua imagem a questões relativas à responsabilidade social, ambiental e cultural.

Importante destacar que, enquanto a publicidade promocional tem por objetivo fomentar diretamente a relação jurídica negocial de consumo, a publicidade institucional visa indiretamente à realização dos negócios jurídicos consumeristas.

Existem também as publicidades mistas, assim denominadas visto que têm, ao mesmo tempo, caráter promocional e institucional. A princípio não há ilicitude na veiculação da publicidade comercial ou institucional, desde que ambas as modalidades estejam em consonância com o sistema protetivo consumerista explanado no capítulo anterior.

Os chamados *teasers*²³² constituem tipos de campanhas publicitárias que anunciam algo que será veiculado no futuro. São mensagens que visam criar uma expectativa em torno de produtos ou serviços a serem lançados.

Aqui a publicidade se manifesta de modo enigmático, pois seu objetivo é despertar a curiosidade dos consumidores. Exemplos dessa modalidade são os anúncios com o seguinte conteúdo: “Em breve você conhecerá o revolucionário produto Alfa, aguarde”; ou então, “Assista ao canal X, no intervalo no programa Y, pois você irá se surpreender”.

A justificativa apresentada pelas agências de publicidade para a não violação do artigo 36 do CDC, que preconiza o dever de identificação imediata do anúncio, é o fato de que o *teaser* representaria apenas a primeira fase da campanha publicitária. Logo em seguida haveria uma segunda fase em que o conteúdo publicitário da mensagem seria revelado aos consumidores.

No entendimento de Pasqualotto, por vezes, as campanhas publicitárias são precedidas de anúncios preparatórios, não identificados, que contêm uma mensagem curta, destinada a

²³² O termo *teaser*, em inglês, significa provocante, que deriva do verbo *to tease*, o mesmo que provocar ou incitar.

despertar curiosidade ou interesse, deixando no ar uma interrogação, que será respondida pelos anúncios subseqüentes, estes são os chamados *teasers*²³³.

Em 2010 foi veiculado um *teaser* de lançamento da marca Devassa que teve bastante repercussão. O anúncio era de um homem fotografando uma modelo e finalizava com a remissão a um determinado *site*. Após aguçar a curiosidade dos consumidores, a campanha publicitária revelou o lançamento da referida cerveja. Diante do exposto, pergunta-se: o uso dessa peça auxiliar à campanha publicitária central viola as normas de proteção do consumidor?

Segundo Dias os *teasers*, via de regra, não se submetem a exigência da identificação da mensagem publicitária, tendo em vista a sua finalidade de preparar o mercado para o lançamento de um produto. Como sua essência é despertar a curiosidade do consumidor, se houvesse a identificação imediata da empresa, marca ou produto, tal peça publicitária perderia o objeto²³⁴.

Sem embargo do posicionamento da autora retratado acima, é mister deixar claro que o controle da enganosidade e da abusividade das campanhas publicitárias não pode ser afastado no caso dos *teasers*.

Dessa forma, se o anunciante promete e não cumpre pode ser responsabilizado em razão das expectativas que foram frustradas. Em síntese, trata-se de uma técnica em princípio lícita, mas haverá ilegalidade se o prometido pelo anúncio não se confirmar, induzindo em erro os consumidores.

No ano de 2012, mais precisamente no mês de julho, foi veiculado na internet um *teaser* que ficou conhecido como “Perdi meu amor na balada”. A empresa responsável pelo anúncio era a Nokia e a divulgação ocorreu principalmente na rede social Facebook e no YouTube.

A campanha consistia na reprodução de um vídeo no qual um jovem chamado Daniel Alcântara pedia ajuda aos usuários da rede para encontrar Fernanda, uma suposta garota que havia conhecido e pela qual se apaixonara em uma casa noturna de São Paulo. A falsa história de amor foi desvendada uma semana depois, após intenso compartilhamento na *web* de inúmeros vídeos.

O objetivo da Nokia era lançar um novo aparelho telefônico que possuía uma câmera fotográfica tão avançada que um terceiro foi capaz de registrar, na mesma balada, o momento

²³³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997, p. 91.

²³⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 248.

em que a personagem entrega o seu número de telefone ao jovem apaixonado que, por distração, havia perdido o pedaço de papel com o referido contato.

Ocorre que muitos consumidores sentiram-se enganados pela referida campanha publicitária, tendo em vista que houve manifestações de solidariedade e comoção com a paixão do jovem nas redes sociais. A frustração coletiva e a sensação de violação da boa-fé refletiu em reclamações ao Conar e ao Procon/SP, não alcançando o *teaser* o sucesso que esperava.

Outra modalidade de publicidade utilizada diuturnamente é o *puffing*, conhecida como a técnica publicitária do exagero. Esta consiste na utilização de adjetivações exageradas que podem causar enganosidade ou não. Para Nery Júnior:

*O puffing é o exagero, a publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz ser o melhor produto do mercado, por exemplo*²³⁵.

Denominados igualmente de hipérboles publicitárias, devido a seu conteúdo exagerado, os *puffings* não são levados a sério pelos consumidores. Por essa razão, em tese, não estão submetidos ao princípio da veracidade, já estudado neste capítulo. É o caso, por exemplo, da empresa que afirma fabricar os relógios mais bonitos do mundo ou que vende os chocolates mais gostosos do planeta. Falta a esse tipo de anúncio o requisito “suficientemente preciso”, exigido pelo artigo 30 do CDC.

Ressalve-se que, se não restar claro o exagero, o fornecedor pode sim ser obrigado a demonstrar comprovação daquilo que veiculou. Dessa forma, o *puffing* será vinculante quando puder ser medido por critérios objetivos, ou seja, se for suficientemente preciso. Importante deixar registrado que a apresentação de qualidades que os produtos ou serviços não possuem é considerada publicidade enganosa, que será estudada a seguir.

Existem algumas espécies de *puffing* apontadas pelos especialistas em *marketing*. Senão vejamos. A primeira delas são as opiniões subjetivas ou exageradas sobre as características de determinados produtos ou serviços. É o caso de um anúncio hipotético exibido em um vídeo na internet em que o galã da novela afirma utilizar o creme dental mais refrescante e suave do país.

Outra espécie de *puffing* são as mensagens que invocam deturpações de valores sócio-psicológicos, prometendo algo que não podem cumprir. Estas associam, com sentido figurado, o produto ou serviço a benefícios irreais como liberdade, juventude, prática de esportes radicais

²³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 15/20, p. 210-214, 1995, p. 211.

etc. Famosas campanhas publicitárias utilizaram esse artifício como a da pastilha Halls que, ao ser consumida, levava o indivíduo a experimentar as sensações mencionadas acima.

Outra campanha publicitária marcante que empregou a técnica em comento foi a do produto Sedex, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. No anúncio o carteiro percorria diversos lugares em um curtíssimo intervalo de tempo, com imagens propositadamente exageradas, no afã de demonstrar ao consumidor a rapidez e eficiência do serviço da empresa.

Há ainda tipos de *puffing* que utilizam certos nomes para caracterizar o produto, os quais, se tomados em sua literalidade, seriam considerados falsos. Finalmente, é comum o uso de materiais para ilustração de produtos por meio de mídia visual que contém teor demasiadamente exagerado.

Há uma diferença entre simples exageros e determinadas afirmações em que o anunciante se apresenta em posição de superioridade ou exclusividade no que se refere a produtos ou serviços concorrentes no mercado. Estas últimas são denominadas pela doutrina de publicidade de tom excludente e, quando suas afirmações puderem ser levadas a sério pelos consumidores, estarão sujeitas ao princípio da veracidade.

Nesse raciocínio, o emprego de vocábulos como “exclusivo”, “somente”, “único”, podem sim configurar publicidade de caráter excludente, quando estiverem relacionadas à primazia da empresa anunciante no mercado. Nessa hipótese o fornecedor estará obrigado a comprovar aquilo que veiculou.

Ressalte-se que aqui reside a linha divisória tênue entre o *puffing* e a publicidade de tom excludente. O consumidor não deve interpretar a palavra utilizada na peça publicitária em sentido literal. Para que reste caracterizada a segunda hipótese deve ficar claro que a mensagem objetivou apresentar a empresa, ou determinado bem em posição de supremacia ou exclusividade no mercado e, dessa forma, foi compreendida pelos destinatários do anúncio.

Caso a publicidade apenas tenha exaltado de maneira não objetiva a qualidade de um certo produto, não há falar-se em necessidade de comprovação fática, técnica ou científica por parte do fornecedor. É o caso, por exemplo, de um anúncio de determinado xampu anticaspas que dava ao cabelo “o aspecto limpo e saudável da primeira juventude”²³⁶.

Algumas peças publicitárias de caráter excludente sofreram alterações por recomendação do órgão regulamentar, o Conar. Foi o que ocorreu no anúncio do iogurte Activia. O conselho entendeu que as frases “Descubra o único iogurte desenvolvido especialmente para ajudar a resolver o problema do intestino preguiçoso” e “Só o Activia traz

²³⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 251.

bacilo Dan Regularis, que age regulando o intestino” são mensagens capazes de induzir o consumidor ao erro, visto que atribuem uma exclusividade que não é real.

Nos termos da Representação 299, de 2006, existiam outros iogurtes no mercado com as mesmas características, razão pela qual o Conar determinou a supressão de qualquer afirmação de singularidade ou exclusividade.

Em 2008 o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária determinou a exclusão da frase “Nenhuma outra lavadora é mais resistente que uma Brastemp”, sob o argumento de que não existiam dados que comprovassem a afirmação específica acerca da resistência do produto. (Representação 281/2008).

Modalidade publicitária que merece atenção para os objetivos a que se propõe essa investigação científica é a chamada publicidade testemunhal. Esta, por si só, não viola os direitos do consumidor. No entanto, se o testemunho dado for considerado falso, a publicidade será enganosa e, portanto, ilegal. Segundo Nunes:

Publicidade testemunhal é o depoimento, endosso ou atestado mediante o qual pessoa ou entidade diferente do anunciante exprime opinião, ou reflete observação e experiência própria a respeito de um produto²³⁷.

O Código da Publicidade português, ao contrário da legislação pátria, não silenciou sobre a matéria:

Art. 15º Publicidade testemunhal.

A publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente, sendo admitido o depoimento despersonalizado, desde que não seja atribuído a uma testemunha especialmente qualificada, designadamente em razão do uso de uniformes, fardas ou vestimentas características de determinada profissão²³⁸.

Adverte-se que nem todo envolvimento de pessoas na peça publicitária configura um testemunho. Diz-se isso tendo em vista que é bastante recorrente constatar em anúncios na televisão ou na internet indivíduos sendo retratados em cenas da vida cotidiana com a finalidade de demonstrar a qualidade de um produto ou serviço. Nesses casos, em que resta claro que tratam-se de situações fictícias, o consumidor, em tese, não está sofrendo a influência de um testemunho capaz de persuadi-lo.

²³⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517.

²³⁸ PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 17 mar. 2014.

Para que se configure a modalidade de publicidade em questão se faz necessário que o consumidor seja levado a acreditar na existência de opiniões, crenças ou experiências de uma pessoa distinta do anunciante.

No que se refere àqueles que emitem o testemunho com finalidade publicitária há três possibilidades. A primeira delas é a publicidade testemunhal realizada por especialistas ou *experts*, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Estes podem ser compreendidos como indivíduos ou grupos que possuem conhecimento específico mais aprofundado acerca de um determinado tema em relação ao que se espera das pessoas comuns.

Importante destacar que os conhecimentos do *expert* ou perito devem necessariamente estar relacionados ao produto ou serviço objeto da publicidade. Exemplo corriqueiro dessa modalidade de publicidade são os produtos dentários anunciados por um profissional da odontologia. É imperioso deixar claro que o endossante deverá pautar seu depoimento em respeito às normas éticas que regulamentam a sua respectiva profissão.

A segunda possibilidade é o testemunho emitido por celebridades (atletas, cantores, apresentadores, atores ou empresários famosos) que, por meio de seus depoimentos e também de sua credibilidade, tentam persuadir o consumidor demonstrando que conhecem a qualidade de determinado produto ou serviço e aconselham seu uso.

Para fins de qualificação de uma publicidade testemunhal uma pessoa pode ser considerada célebre na medida em que sua imagem ou nome são facilmente reconhecidos ou identificados pelo público consumidor. Ressalte-se que o testemunho de uma celebridade, diferentemente da hipótese do *expert*, pode ou não estar vinculado com a sua atividade laboral.

O testemunho pode ser realizado, ainda, por pessoa comum, que expõe sua experiência pessoal com a mercadoria anunciada. Aqui, por razões óbvias, o depoimento não deve aludir-se a questões técnicas ou científicas que exijam conhecimento ou habilitação profissional compatível.

Nessa terceira hipótese é fundamental que a empresa anunciante possua embasamento que sirva de suporte às alegações exaradas pelos consumidores testemunhantes, de modo que o resultado demonstrado na publicidade possa ser obtido pelos demais consumidores.

Não se pode olvidar, finalmente, que as mensagens testemunhais estão sujeitas à norma que exige a veracidade das informações repassadas ao consumidor e, portanto, o depoimento deve refletir com fidelidade as características do produto ou serviço ofertado.

Em apertada síntese a publicidade testemunhal consiste em uma técnica publicitária lícita, desde que não deforme os fatos publicados ou tenha por fundamento testemunhos não verdadeiros.

Comprovado o dolo ou culpa grave em suas declarações, os endossantes podem ser responsabilizados. Tal constatação parte do pressuposto que se o testemunhante presta um depoimento sabidamente enganoso, agiu com dolo, beneficiando-se da mesma maneira que a empresa, sendo razoável exigir deste a comprovação da veracidade de suas afirmações pelas quais recebeu compensação econômica.

Verificar-se-á, mais adiante, que o testemunho de uma celebridade em uma publicidade subliminar veiculada por meio da internet pode gerar responsabilidade civil. O poder de influência daquela no consumo de determinado bem é infinitamente maior na rede e, além disso, os efeitos residuais nocivos do referido anúncio podem perdurar por muito mais tempo, tema que será debatido no último capítulo. Dito isso passa-se ao exame da publicidade comparativa.

Nos termos do artigo 16.º do Código da Publicidade português: “É comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente”²³⁹.

A norma prevista no artigo 15 do Código da Actividade Publicitária italiano dispõe textualmente que: “la comparazione indiretta non è consentita se non quando sia intesa ad illustrare sotto l’aspetto tecnico ed economico le caratteristiche e i vantaggi reali dell’attività e del prodotto pubblicizzato”. Na visão da interpretação da jurisprudência italiana tal dispositivo propugna a permissão da comparação indireta desde que nos limites necessários para informar os consumidores acerca das vantagens reais que o produto oferecido possui relativamente àquele concorrente ao qual foi comparado, desde que não ridicularize este último²⁴⁰.

Não há conceituação da modalidade publicitária comparativa no âmbito da legislação nacional. A tarefa coube a doutrina. Segundo Pereira:

A publicidade comparativa consiste no método ou técnica de confronto empregado por um anunciante, destinado a enaltecer as qualidades ou preço de seus produtos ou serviços em relação a produtos ou serviços de um ou mais concorrentes, explícita ou implicitamente²⁴¹.

²³⁹ PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis. Acesso em: 17 de março de 2014.

²⁴⁰ PEREIRA, Alexandre Dias. Publicidade Comparativa e práticas comerciais desleais. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 07, p. 341-378, 2005, p. 353.

²⁴¹ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 89.

Ainda segundo o autor, ao enaltecer as próprias mercadorias em um processo de comparação com a concorrência, o fornecedor acaba por diminuir o poder de atração dos produtos e serviços alheios.

Esse tipo de publicidade, desde que verdadeira, apresenta duas vantagens: estimula a concorrência (ressalte-se que, caso a publicidade seja falsa, caracteriza-se a chamada concorrência desleal) e traz informações que não são veiculadas nos anúncios tradicionais, na medida em que realiza o cotejo com outros bens similares de diversas empresas.

Assim, sob o aspecto mercadológico, o confronto de produtos torna a concorrência mais dinâmica, estimula a inovação tecnológica, favorece a contenção de preços e ainda constringe as grandes empresas a não se acomodarem na posição de monopolizadoras do mercado.

A publicidade comparativa apresenta, em tese, uma maior contribuição informativa visto que, quando corretamente utilizada, fornece maiores elementos no intuito de orientar a decisão de compra do consumidor.

Adverte Dias que a publicidade comparativa entre empresas, atividades, produtos ou serviços pode ser realizada de forma explícita ou implicitamente. Na primeira hipótese há, no conteúdo do anúncio, expressa identificação do concorrente ou de sua respectiva marca. No segundo caso a referência ao concorrente, apesar de não ser direta, torna-se inequívoca aos consumidores. Tal referência caracteriza-se como inequívoca quando o público consumidor é capaz de deduzir, em função das circunstâncias, a qual concorrente a publicidade se destina²⁴².

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor não proibiu a publicidade comparativa. No âmbito da autorregulamentação o Conar optou em permitir expressamente o exercício dessa técnica publicitária, desde que obedecidos determinados limites.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 32, prevê os limites de atuação da publicidade comparativa. São eles: a) o anúncio comparativo deve ter por finalidade esclarecer o consumidor e não confundir-lo; b) a comparação efetuada deve ser passível de comprovação, por essa razão deve reportar-se aos elementos concretos dos produtos ou serviços; c) a objetividade da comparação é princípio básico desse tipo de publicidade, visto que informações subjetivas, de caráter emocional e apelativo, não servem como base válida de comparação perante o consumidor; d) a clareza com relação às marcas mencionadas é imprescindível, pois não se admite a confusão entre elas; e) caso haja comparação entre produtos com preço desigual, tal circunstância deve ser claramente destacada na mensagem

²⁴² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 265.

publicitária comparativa e, por fim, f) não pode haver concorrência desleal ou publicidade que tenha por escopo denegrir a imagem de produtos ou serviços de outras empresas.

A título de ilustração cabe mencionar a Representação 116, de 2008, do Conar. Neste episódio, o órgão regulamentador entendeu que a publicidade comparativa do veículo Hyundai cujo slogan era: “o mais vendido e desejado do país” não apresentava o requisito da objetividade.

Tal decisão fundamentou-se no argumento de que o referido anúncio reunia produtos de preços e características não similares, bem como mostrava dados de produtos agrupados em comparação com dados individuais de produtos concorrentes, gerando imprecisão e ausência de objetividade que poderia ocasionar prejuízos ao concorrente e má informação para os consumidores.

Outro exemplo de publicidade comparativa conhecida do grande público consiste na famigerada guerra concorrencial entre as marcas Coca-Cola e Pepsi. Nos anúncios a seguir (Figuras 1 e 2) observa-se que há uma certa dose de agressividade na comparação, além do desrespeito às normas contidas no artigo 32 do CBARP aludido acima. Senão vejamos.

Figura 1 – Publicidade Comparativa: Coca-Cola x Pepsi



Fonte: <http://propaganda.blogs.sapo.pt/tag/coca-cola>

Figura 2– Guerra concorrencial: Coca-Cola x Pepsi



Fonte: <http://propaganda.blogs.sapo.pt/tag/coca-cola>

Outra modalidade que merece destaque é a publicidade redacional. Esta é a espécie de anúncio travestido de peça jornalística. Para Durandin, a publicidade redacional consiste na inserção, em um veículo de comunicação, de um texto pago por um anunciante, mas apresentando-o da mesma maneira que os artigos produzidos pela redação²⁴³.

É muito comum deparar-se com este tipo de mensagem publicitária em jornais, nas revistas, na televisão e, mais recentemente, na internet. Como o consumidor tem predisposição a crer que a peça jornalística está apresentando uma informação verdadeira e confiável, aquela ficção publicitária é vista como realidade e o consumidor pode ser enganado.

Há uma reserva inconsciente por parte dos potenciais consumidores no sentido de que deve-se adotar uma posição defensiva frente aos anúncios publicitários contidos em um jornal ou revista *on line*, por exemplo. Outorga-se, ao contrário, uma grande credibilidade em relação às notícias jornalísticas presentes nos referidos veículos de comunicação.

Tal constatação se dá haja vista que o público tende a confiar mais no rigor e na objetividade das informações veiculadas na imprensa. O juízo imparcial da redação de um veículo de comunicação respeitado goza de maior autoridade e influi mais eficazmente sobre o consumidor do que a exposição subjetiva de uma determinada publicidade.

Para ilidir a possível enganiosidade e conseqüentemente a ilicitude do anúncio, deve o fornecedor deixar claro que a reportagem ou texto veiculado tem natureza de mensagem

²⁴³ DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução: Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p.143.

publicitária, o que demonstra a boa-fé do empresário e a manifesta intenção de lealdade para com o consumidor.

Em outras palavras, os destinatários devem perceber que as citações dos bens de consumo mencionados consistem em um informe publicitário proveniente do fornecedor que os oferta e não a partir da livre iniciativa do jornalista.

A publicidade redacional manifesta-se, outrossim, na modalidade institucional, mencionada anteriormente. Na internet, páginas de sítios jornalísticos apresentam matérias promovendo a imagem de determinadas empresas e, por vezes, não informam que trata-se de matéria paga. Resta evidenciada nessa hipótese a violação da boa-fé objetivamente considerada e ao sistema protetivo do direito do consumidor.

Cumprido destacar que, quanto à ilicitude, as ofertas publicitárias podem ser classificadas, nos termos do CDC, em duas modalidades: enganosas e abusivas.

A ingenuidade é uma característica intrínseca aos seres humanos. Basta que exista alguém com o propósito de enganar e rapidamente a necessidade do momento faz aparecer outrem que se deixe enganar.

A publicidade foi criada para que as pessoas acreditem nela. Assim, não é admissível o uso de expedientes ardis em face do consumidor fazendo com que seja implantada uma eterna desconfiança na mente dos indivíduos. Para Santos:

Toda e qualquer mensagem publicitária contém mesmo uma carga ínsita mínima de ‘falsidade’, entendido tal vocábulo como uma afirmação, quiçá eloquente, mas incapaz de comprovação fática²⁴⁴.

Ao regulamentar a publicidade enganosa, a finalidade do legislador consumerista foi coibir o abuso decorrente do tipo de anúncio que confunde o consumidor e o induz ao erro, causando uma distorção no processo decisório, podendo ocasionar-lhe dano.

Adverte Marques que o erro, como vício de vontade, é a falsa noção da realidade. Assim, se por meio de uma publicidade o consumidor passa a ter uma falsa percepção da realidade do contrato ou das qualidades do produto, ao manifestar sua aceitação, está incorrendo em erro. Se a este foi induzido, ocorre o dolo por parte do fornecedor. Ambos são vícios da vontade, que, consoante o ordenamento pátrio, ensejam a anulabilidade do ato²⁴⁵.

²⁴⁴ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 210.

²⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 635.

Destarte, a proteção do consumidor contra essa modalidade de publicidade ilícita encontra embasamento jurídico na própria validade da futura relação de consumo. Sendo o consentimento do indivíduo pressuposto de validade do negócio de consumo, objetiva-se com a vedação legal garantir que a escolha do consumidor se manifeste de modo consciente, sem engano ou surpresas em relação aos produtos ou serviços contratados.

A previsão legal da publicidade enganosa encontra-se no artigo 37, §1º e §3º, do CDC. Na verdade, a legislação consumerista não descreve, mas sim normatiza a proibição dessa modalidade de anúncio, caracterizada por trazer informação inteira ou parcialmente falsa ou que, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, seja capaz de induzir ao erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Exemplo que ilustra bem a enganiosidade presente em uma publicidade é o retratado na imagem a seguir. Nessa campanha publicitária o garoto-propaganda das Casas Bahia indagava ao consumidor: “Quer pagar quanto?” por determinado produto.

Figura 3 – Publicidade Enganosa: incentivo ao superendividamento



Fonte: <http://www.jornaldacidade.net/araripe-leitura/64249/casas-bahia.html>

Obviamente o cliente não tinha o poder de determinar o preço do bem de consumo posto à disposição na oferta, conforme sugeria o anúncio. Daí tratar-se de uma publicidade enganosa. O objetivo da ação de *marketing* era fazer o consumidor se dirigir à loja e comprar diversos produtos ocasionando o superendividamento debatido no segundo capítulo da tese.

Um primeiro aspecto relevante acerca da publicidade enganosa se refere à preocupação do legislador em proteger de forma ampla o consumidor. Além de se referir a qualquer modalidade de informação inteira ou mesmo parcialmente falsa (ou mesmo omissiva de dados importantes, no caso do § 3º do artigo 37), observa-se que o CDC não leva em conta a vontade daquele que veicula o anúncio e muito menos se houve prejuízo econômico material ao consumidor.

O que importa aqui é o resultado prático nocivo da publicidade, ou seja, se a mensagem é capaz de induzir ou não o consumidor a ter uma ideia falsa da realidade. Resta claro, por conseguinte, que houve o acolhimento da boa-fé objetiva. Em outras palavras, para configuração da publicidade enganosa é irrelevante o fato de haver culpa ou dolo do anunciante.

Outro ponto importante consiste na imposição de limites à conduta daqueles que criam fantasias e exageros ou utilizam mecanismos sub-reptícios (mensagens subliminares) no intuito de enganar os consumidores e induzi-los à aquisição de produtos e serviços que não necessitam.

Deve haver uma fiscalização permanente por parte dos órgãos responsáveis pelo controle da publicidade no que se refere a esse tipo de atuação dos publicitários. O anúncio não pode confundir os consumidores. Estes devem ser capazes de identificar o que é informação verdadeira e distinguir daquilo que excede o conteúdo real do produto ou serviço posto à disposição no mercado.

Adverte Leal que o consumidor tem o direito de receber informações claras, corretas, verdadeiras e precisas, como também de não receber informações falsas que, veiculadas de modo perene e repetitivo, manipulam o sujeito mais frágil da relação consumerista²⁴⁶.

Ressalte-se, ainda, que a legislação consumerista não exige que haja dano efetivo para que reste configurada a publicidade enganosa. Basta somente que o anúncio seja capaz de induzir o consumidor ao erro, conforme afirmado acima. Assim, no que tange à enganabilidade da publicidade, faz-se uma análise *in abstracto* e não *in concreto*. Por isso se afirma que a vedação à publicidade enganosa tem por finalidade a proteção da incolumidade volitiva e econômica do consumidor.

Na hipótese em que se configure um dano efetivo, deverá haver reparação específica em relação ao consumidor violado. No entanto, a ausência do mesmo não descaracteriza a ilicitude da mensagem. Parte-se do pressuposto de que se não houvesse o engano a escolha do consumidor seria diversa.

²⁴⁶ LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. **Revista de Processo**, Ano 40, Vol. 239, p. 263-276, jan 2015, p. 268.

Sobre a prática de veiculação de publicidade enganosa por intermédio da rede mundial de computadores observam Santos e Silva:

O exemplo mais comum de publicidade enganosa *online* é a oferta de produtos e serviços veiculados pelo anunciante com a finalidade deliberada de atrair o consumidor para o seu *site*, o que é feito por meio de *ofertas relâmpago* ou mesmo de produtos e serviços por preços inexecutáveis. Nestes casos o anunciante já sabe, de antemão, que não cumprirá a oferta, valendo-se, posteriormente, de expedientes como envio de *e-mail* informando que o produto já se encontrava indisponível ou até mesmo impedindo que a solicitação do consumidor se conclua. Apesar de não ultimar o negócio jurídico, o consumidor já foi conduzido para o *site* daquele anunciante, o que muitas vezes o leva a adquirir outros produtos além daquele inicialmente ofertado²⁴⁷.

Quando se pensa na publicidade subliminar realizada por meio da internet, tema que será abordado com profundidade no capítulo seguinte, percebe-se que a enganosidade da publicidade ganha contornos muito mais amplos e, por essa razão, com consequências potencialmente mais graves.

Basta pensar na repercussão de uma publicidade com conteúdo subliminar de determinado produto veiculado na *web* que contém informações falsas acerca de suas características ou de seu preço. A quantidade de pessoas que foram induzidas a erro assume dimensões globais e a simples retirada daquele anúncio publicitário da rede não será meio suficiente para fazer com que se retorne ao *status quo ante*.

Além disso, a dificuldade de equacionar o eventual dano é elevada, visto que a finalidade da mensagem é atingir o inconsciente do consumidor com uma informação falsa e nem este mesmo é capaz de afirmar se foi ou não influenciado. Mais uma razão para atribuição de responsabilidade objetiva em face do simples ato de veicular publicidade dessa natureza.

Vale notar que a publicidade enganosa consiste em prática repugnada não somente pelos que cuidam dos interesses dos consumidores como também pelo outro polo da relação jurídica de consumo. Assim, no âmbito das empresas, tal conduta pode ensejar ilícitos civil e penal nos termos, por exemplo, da norma que regulamenta direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, também conhecida como Lei de Concorrência Desleal (Lei 9.279/96). Senão vejamos.

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I – publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

²⁴⁷ SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do consumidor à publicidade na internet: o caso das promoções de vendas no Twitter**. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, p. 3388-3416, nov. 2011, p. 3396.

II – presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem²⁴⁸.

Ainda com relação à publicidade enganosa, é mister destacar que a lei que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei 8.137/90), trouxe dispositivo expresso e de caráter sancionatório acerca do tema, constante no artigo 7º, VII:

Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo:

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária²⁴⁹.

A norma que proíbe a publicidade abusiva encontra-se prescrita no artigo 37, § 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Tal modalidade pode ser definida como a publicidade discriminatória de qualquer natureza, 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.

Para Marques a publicidade abusiva é aquela considerada antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, os valores sociais básicos e a própria sociedade como um todo²⁵⁰.

Observa-se que a norma extraída do texto jurídico do § 2º do artigo 37 do CDC tem caráter residual em relação à publicidade enganosa, abrangendo qualquer violação aos interesses da sociedade. Assim sendo, podem ser consideradas abusivas todas as modalidades publicitárias em desacordo com o sistema de proteção do consumidor e com a Lei Maior.

Vale lembrar, ainda, que os valores sociais variam conforme a época e o local. Atento a isso, o legislador vislumbrou que os acontecimentos da vida são muito mais diversificados do que sua imaginação e que podem ser utilizadas práticas abusivas não pensadas no momento em que a lei foi elaborada. Portanto, o rol citado acima é meramente exemplificativo (*numerus clausus*).

²⁴⁸ BRASIL. **Lei da Concorrência Desleal**: Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 1389.

²⁴⁹ BRASIL. **Lei dos Crimes contra Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo**: Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 1620.

²⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 680.

Dentre as consequências mais evidentes da publicidade abusiva destacam-se: a mercantilização da violência; o estímulo ao consumo de produtos que prejudicam a saúde do consumidor, caso dos cigarros e das bebidas alcoólicas; a obesidade infantil e a fidelização das marcas, que gera uma verdadeira prisão nos hábitos de consumo, prejudicando, assim, a formação de senso crítico sobre o que se está adquirindo²⁵¹.

O Código de Publicidade português enumerou um rol de situações que podem ser qualificadas como abusivas em seu artigo 7º. Reprova-se, no referido diploma, a publicidade que estimule a violência ou qualquer atividade ilegal, que seja atentatória à dignidade da pessoa humana, que estimule prática discriminatória, que utilize linguagem obscena, deprecie a imagem de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricos.

Retornando ao ordenamento jurídico pátrio, o artigo 68 do CDC também refere-se à prática de publicidade abusiva estabelecendo pena de detenção de seis meses a dois anos e multa para aquele que promove publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Nota-se que, pela definição de publicidade abusiva descrita na lei 8.078/90, a veiculação dessa modalidade de mensagem viola inúmeros princípios e regras estudados neste capítulo.

Conforme já dito anteriormente, os fornecedores de produtos e serviços são auxiliados por publicitários criativos que, no afã de despertar o lado consumista dos indivíduos, muitas vezes não respeitam os valores éticos e morais presentes na sociedade e também no direito.

Um exemplo bastante comum desse desrespeito é a publicidade que têm como alvo o público infantil, uma das modalidades que mais se aproveita dos recursos subliminares para atrair o jovem consumidor.

Aproveitando-se da inocência das crianças e da natural baixa capacidade crítica das mesmas, os anúncios publicitários transmitem informações ou imagens fantasiosas aos menores que, em razão de sua imaturidade, não conseguem distinguir uma informação falsa daquilo que realmente corresponde à realidade.

Ao adquirir determinado produto com a expectativa advinda da publicidade, o menor termina decepcionando-se, e, conseqüentemente, ocasionando frustração aos seus pais ou responsáveis. Uma das técnicas que vêm sendo mais aplicadas é a utilização das próprias crianças nos anúncios para convencer que a mercadoria oferecida tem qualidade e credibilidade. Devido a especificidade desse tipo de anúncio, será dedicado um tópico para discussão do tema.

²⁵¹ BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. **A regulação da publicidade infantil**. 2013. 157 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2013, p. 8.

Importante salientar que o conceito de abusividade não se relaciona diretamente com o produto ou serviço anunciado, mas sim com a mensagem veiculada. Desse modo, a publicidade pode se caracterizar como abusiva independentemente do bem de consumo que venha a divulgar, pois o que importa é o tipo de expediente utilizado para aproximar o fornecedor do consumidor.

Seguindo esse raciocínio, não se faz necessária a ocorrência de dano efetivo ao consumidor, assim como ocorre na publicidade enganosa. Mais relevante é averiguar a potencialidade e a possibilidade de ele ocorrer. Dessa forma, dependendo do conteúdo da mensagem veiculada, a publicidade subliminar pode ser considerada abusiva.

Ao regulamentar a publicidade abusiva o objetivo do legislador foi, dentro do possível e razoável, reduzir as situações que prejudicam o consumidor. O artigo 37, § 2º do CDC enumera alguns valores que merecem proteção especial. São eles: a inocência dos menores, os valores ambientais, a saúde e segurança do consumidor e a proteção contra discriminação de qualquer natureza e contra incitação da violência.

A título de ilustração verifica-se a publicidade abusiva abaixo que viola diversos valores elencados no parágrafo anterior ao associar a imagem de um menor a um chocolate em forma de cigarro.

Figura 4 – Publicidade Abusiva: uso indevido de imagem infantil



Fonte: <http://www.trash80s.com.br/2009/10/ta-lembrado-o-cigarrinho-da-pan/>

No que diz respeito ao aspecto da incitação da violência, é mister destacar que o termo aproxima-se da ideia de agressividade, ou seja, deve ser considerada ilícita uma publicidade ligada a guerras, mortes ou brigas. A expressão deve, ainda, ter acepção ampla incluindo tanto a violência física (uso de força física) quanto a violência moral (atos de opressão verbal ou coação), englobando a agressão contra o próprio ser humano, como também contra os animais, bens, valores sociais etc.

A proteção ambiental, assunto que se encontra na ordem do dia e que mereceu atenção especial da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também foi objeto de preocupação do legislador consumerista. É considerada abusiva a mensagem publicitária que, de qualquer forma, agrida o meio ambiente.

Não pode, assim, a publicidade deseducar o consumidor quanto ao objetivo maior de preservação e respeito ao meio ambiente. Este é tutelado, indiretamente, pelo direito consumerista. Prova disso é que diversas empresas já investem vultosos recursos em publicidade institucional em que demonstram, por meio de diversas ações, a preocupação com a proteção ambiental.

Há ainda a publicidade abusiva que explora o medo dos potenciais consumidores. Segundo Dias, na Espanha houve uma decisão emblemática que declarou ilícita a publicidade que explorava o fato de ter ocorrido uma grande explosão de gás em Madrid para promover a venda de sistema de aquecimento a diesel. A publicidade, por meio da exploração do medo dos consumidores em sofrerem acidentes domésticos, exaltava o aquecimento a diesel como mais seguro e econômico²⁵².

Quanto à exploração da superstição, não se admite um anúncio que apresenta um produto com características mágicas, metafísicas ou sobrenaturais. Não é lícito, pois, criar na mente dos indivíduos a crença em fatos sem qualquer racionalidade ou justificativa para motivá-lo a adquirir produtos e serviços. Trata-se de situação que abusa da fraqueza do consumidor e viola a boa-fé objetiva.

Finalmente, em sede de publicidade abusiva, não se pode deixar de mencionar a publicidade de cigarros que, nos últimos tempos, tem sido objeto de repercussão na mídia e também nos tribunais. Não há dúvidas que esse tipo de publicidade é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança, sem olvidar dos danos causados aos chamados fumantes passivos.

²⁵² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 188.

Na realidade, o consumo de cigarros é um problema de saúde pública e, apesar da resistência e do *lobby* da indústria do fumo, inúmeras iniciativas legislativas vêm tratando de forma específica sobre o tema buscando limitar a publicidade que incentiva o consumo tabagista. A publicidade de fumígenos será estudada no tópico seguinte.

Em síntese, a publicidade é um instrumento que tem o poder de influenciar pensamentos, comportamentos, atitudes e valores da sociedade. Por essa razão, é imprescindível estabelecer limites a mensagens de caráter abusivo, sob pena de, num futuro próximo, ser tarde demais para resgatar valores que constituem o alicerce da sociedade e que devem ser protegidos em nome da estabilidade jurídica e social.

Ressalte-se, ainda, que uma publicidade pode ser abusiva e enganosa ao mesmo tempo. Basta pensar em um anúncio que omita a quantidade real de um produto e, simultaneamente, passe uma mensagem racista na campanha²⁵³. A dupla violação dos direitos do consumidor deve ser punida com rigor.

4.6 Publicidade infantil, dos fumígenos e das bebidas alcoólicas

Não é difícil perceber que, nos dias de hoje, as crianças já nascem imersas na cultura do consumo. Desde a infância já encontram-se submetidas a incríveis pressões para serem bem-sucedidas a fim de possuírem mais elevado poder aquisitivo e, assim, consumirem mais. Além disso, suas obrigações para obtenção de um melhor desempenho só aumentam com o passar dos anos.

Observa Alves que o público infantil vê de quatro a seis mil anúncios por ano. Tal fato causa efeito sobre o comportamento da criança que, por sua vez, transfere tal influência para o consumo da família²⁵⁴.

Alguns produtos destinados às crianças promovem verdadeira coação para alcançar um determinado padrão de beleza e estética. A famosa boneca Barbie, símbolo dessa violência psicológica contra o público infantil, recebeu novas versões no início do ano de 2016, com diferentes tipos de corpo, tons de pele e estilos de cabelo, com o escopo de atrair mais consumidores. Senão vejamos.

²⁵³ PAIVA, Christianne Matos de. **Responsabilidade civil por publicidade enganosa na internet**. 2002. 141 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2002, 47.

²⁵⁴ ALVES, Carlos Teixeira. **Comportamento do consumidor: análise do comportamento de consumo da criança**. Lisboa: Escolar Editora, 2002, p.265.

Figura 5 – Bonecas Barbie: novas versões para atrair o público infantil



Fonte: <https://estilo.catracalivre.com.br/comportamento/barbie-apresenta-tres-novos-tipos-de-corpos-para-sua-linha-de-bonecas/>

O tempo dedicado à televisão, ao videogame e à internet cresce constantemente e a falta de convivência com o mundo exterior desenvolve valores materialistas na mente do público infantil. Aproveitando-se da exposição aos veículos de comunicação, a publicidade influencia deliberadamente as crianças para que se tornem consumidores autônomos e com mais autoridade. Na visão de Fernández:

La publicidad se vale de su gran poder de persuasión, de su sutil mensaje “informativo”, para hacer del menor um cliente potencial, atrae su atención recurriendo a multitud de técnicas que manejan el color, sonido, imagen, rimas fáciles, brevedad de los mensajes, así como um ritmo rápido en el cambio de los planos que condicionan una lectura automática²⁵⁵.

Diante da alteração da realidade e do enfoque do papel protagonista do público infantil como alvo do *marketing* restou evidente que o direito do consumidor precisava exercer seu papel de proteção psicológica e social daqueles considerados a parte mais frágil da relação de consumo.

²⁵⁵ FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España e Portugal. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba: Vol III, N. 10, p. 125-152, jun 2013, p. 129.

Nos termos do artigo 69, inciso I, da lei 8.069/1990, as crianças e os adolescentes estão em uma condição peculiar de pessoas que se encontram em fase de desenvolvimento. Por essa razão, são mais facilmente influenciáveis pelas mensagens publicitárias. Em outras palavras, possuem um mais alto grau de vulnerabilidade e tornam-se o público-alvo preferido, inclusive dos anúncios subliminares, conforme será constatado no próximo capítulo.

Prova do reconhecimento da situação de fragilidade desse parcela da população é a demonstração da preocupação especial do legislador consumerista com a publicidade dirigida ao público infantil, nos termos do § 2º, do artigo 37 do CDC.

O poder de persuasão da publicidade infantil ganhou tamanha relevância no Brasil que, em 2014, foi o tema da redação do Exame Nacional do Ensino Médio, o ENEM. Aproximadamente nove milhões de estudantes se depararam com o assunto e tiveram que pensar e externar sua visão sobre o mesmo.

Embora não sejam parte formal da relação de consumo, as crianças merecem atenção diferenciada visto que são mais suscetíveis aos apelos publicitários. A depender da faixa etária, o menor sequer tem condições de distinguir o caráter publicitário da mensagem a que está submetido e compreender os seus efeitos persuasivos.

Nos termos do artigo 71, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento²⁵⁶.

Ao observar o dispositivo citado, é possível inferir que as informações publicitárias devem observar a condição peculiar do público infantil, sendo vedada a exploração de sua inexperiência ou de sua deficiência de julgamento.

Outro dado relevante acerca da temática em questão é o fato de que as crianças influenciam profundamente na decisão das compras das famílias e representam para as empresas a fidelização de consumo para o futuro, tornando-as dependentes do produto. Nesse sentido afirma Schor:

Hoje em dia, crianças e adolescentes são o epicentro da cultura de consumo norte-americana. Demandam atenção, criatividade e dólares dos anunciantes. Suas preferências direcionam as tendências de mercado. Suas opiniões modelam decisões estratégicas corporativas. No entanto, são poucos os adultos que reconhecem a

²⁵⁶ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 961.

magnitude da mudança e de suas consequências para o futuro de nossas crianças e de nossa cultura²⁵⁷.

É com o conhecimento dessas informações que os anunciantes imprimem uma espécie de pressão psicológica em seus comerciais provocando o constrangimento dos pais para aquisição de bens de consumo. Segundo Frota:

A apresentação do conteúdo das mensagens varia consoante a idade. Para um adulto serão necessários 13 contactos (13 visionamentos da mesma mensagem) para interiorizarem todo o seu conteúdo. Pelo contrário, uma criança necessita de apenas 2 contactos. Dados incontrovertidos dizem-nos que de 30 a 40% na Europa (80% no Brasil) dos orçamentos domésticos são fortemente influenciados pelas crianças. Os menores entre 2 e os 5 anos vêem, em média, 27,5 horas de televisão por semana, o que representa uma média de 26 mil (ou mais) anúncios por ano. 20% deste tempo é gasto em publicidade, o que representa, no final do ano, cerca de 26 ou 27 mil mensagens publicitárias²⁵⁸.

Caso emblemático que ilustra bem o poder de influência da publicidade dirigida ao público infantil foi o anúncio televisivo do tênis da Xuxa. Na aludida peça publicitária, as crianças eram incentivadas pela apresentadora infantil a destruírem seus tênis antigos e pedirem a seus pais o novo “Tênis da Xuxa”. Houve representação no Conar e o anúncio foi retirado do ar por ter sido considerado abusivo. (Representação 081/1992).

Seguindo a mesma linha, o órgão de autorregulamentação publicitária sustou o comercial veiculado pela Nestlé no qual crianças invadiam um armazém a procura de sobremesas daquela marca. A reprovabilidade do anúncio se deu em virtude do comportamento socialmente reprovável das crianças que, além de invadir o estabelecimento, atiravam contra o vigia bolinhas de vidro fazendo com que este escorregasse e elas conseguissem escapar. (Representação 43/1991).

Na figura a seguir verifica-se um exemplo de publicidade que tem por intuito incentivar crianças a adquirirem hábitos alimentares não saudáveis. A ação de *marketing* da McDonald’s utilizou, inclusive, técnica subliminar induzindo o consumidor a acreditar que o leite materno, o principal alimento para o bebê, poderia ser substituído por um sanduíche da referida empresa de *fast food*.

²⁵⁷ SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar:** uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Tradução: Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Editora Gente, 2009, p. 2.

²⁵⁸ FROTA, Ângela M. M. S. Portugal. Educação para o consumo: publicidade infanto-juvenil: permitir, restringir ou proibir? Breves notas. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, Coimbra: n. 72, Associação Portuguesa de Direito do Consumo, p. 71-85, dez 2012, p. 73.

Figura 6 – Publicidade infantil subliminar: estímulo a hábitos alimentares não saudáveis



Fonte: <http://imprensamarromecia.blogspot.com.br/2009/02/mamae-eu-queiro-mamar-e-um-hamburguer.html>

Na visão de Barber, além de migrarem o foco para o público infantil, os marqueteiros em todo mundo passaram a infantilizar os adultos. Segundo o autor, os publicitários dedicam-se diuturnamente à delicada tarefa de capacitar crianças como consumidores adultos, porém sem permitir que elas abram mãos de seus gostos infantis²⁵⁹.

Com fundamento na hipervulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, a Resolução nº 163, de 13 de março de 2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), previu o fim da veiculação de publicidade dirigida ao público infantil por considerá-la abusiva. Senão vejamos.

Art. 2º. Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I – linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

²⁵⁹ BARBER, Benjamin R. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 39.

- II – trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de crianças;
- III – representação de criança;
- IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V – personagens ou apresentadores infantis;
- VI – desenho animado ou de animação;
- VII – bonecos ou similares;
- VIII – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil²⁶⁰.

A medida foi aprovada por unanimidade no conselho, que é vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e constituído por entidades da sociedade civil e do governo federal.

Há, no entanto, um equívoco em acreditar que os produtos e serviços destinados às crianças não serão mais anunciados. O artigo 37, do CDC, que foi reforçado pela Resolução nº 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, prevê que a pecha da ilicitude contamine a veiculação de publicidade voltada às crianças por considerá-las abusivas.

Isso significa que a comunicação das empresas deve ser direcionada aos adultos. Em outras palavras, em vez de anunciar para os pequenos, os fornecedores devem anunciar para seus pais. Não é o fim da publicidade, mas sim uma imposição ética do redirecionamento da publicidade para o público adulto, menos vulnerável e responsável pela mediação e controle do consumo de seus filhos.

Cumprir notar que, dada a sua condição especial, mesmo em situações que não se caracterize como abusiva, a publicidade infantil exige um controle valorativo mais intenso. É o que ocorre, por exemplo, no caso do estímulo à alimentação saudável e à qualidade de vida. Sabe-se que a publicidade, apesar de não ser a causa, tem se tornado responsável por muitos dos problemas que afetam as crianças de hoje, dentre eles a obesidade e os transtornos alimentares.

Deve haver, portanto, uma preocupação no incentivo de anúncios que busquem transmitir mensagens de ingestão de alimentos adequados, evitando-se os excessos e coibindo aqueles que tragam em seu bojo o estímulo ao consumo prejudicial à saúde, conforme exemplificado na publicidade da McDonald's exposta acima.

²⁶⁰ BRASIL. Resolução 163/14 (2014). **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente:** Resolução nº 163, de 13 de março de 2014. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/infancia/publicidadeeconsumo/conanda/resolucao_163_conanda.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2015.

Das inúmeras modalidades publicitárias, há algumas que carregam riscos extremados para saúde do consumidor e para o bem-estar das famílias. Dentre elas destacam-se a publicidade dos fumígenos e das bebidas alcoólicas.

Em relação à publicidade dos fumígenos, há norma constitucional e infraconstitucional sobre o tema, conforme mencionado no tópico 4.1.1. Assim, o uso e o anúncio desse tipo de produto, derivado ou não do tabaco, está sujeito às condições estabelecidas pela lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, nos termos do §4º, do artigo 220 da Lei Maior. Segundo Benjamin:

A lei, apesar de suas boas intenções, foi vítima do irresistível lobby da indústria de tabaco (grande anunciante), agências de publicidade, veículos de comunicação e promotores de atividades culturais. Em vez de, conforme obriga a Constituição, realmente controlar os anúncios fumígenos, com a imposição de restrições efetivas, a Lei Murad (Lei 9.294/1996) acabou por “legalizar” a publicidade de tabaco e seus abusos. Posteriormente, enfrentando extraordinárias resistências de toda ordem, o Ministro José Serra logrou aprovar, no Congresso Nacional, a Lei 10.167, de 27.12.200, a qual corrige as principais impropriedades da Lei Murad²⁶¹.

Não se pode negar o efeito deletério do tabaco sobre a saúde humana. A potencialidade lesiva expressiva dos fumígenos aliada à ação viciante destes causa rápida dependência química no usuário. Ademais, os malefícios causados pelo cigarro não se limitam àqueles que adquirem o produto nocivo. Há, ainda, a situação do fumante passivo que seria uma espécie de consumidor por equiparação, nos termos do artigo 17 do CDC.

É preciso lembrar, outrossim, o impacto do tabagismo na saúde pública. Várias doenças causadas pela utilização de produtos fumígenos são tratados pelos centros de saúde públicos, seja por tratamento ambulatorial ou por meio de distribuição de medicamentos, ocasionando uma onerosidade excessiva aos cofres do Estado.

Nesse contexto, uma das principais medidas de combate ao uso de tais produtos é a informação. O processo de conscientização necessita, inicialmente, passar pela compreensão e pelo conhecimento. Exemplo concreto de estratégia de alerta ao consumidor é a inserção nas carteiras de cigarro de imagens de pacientes vítimas dos malefícios que o tabagismo pode provocar.

Assim, a publicidade de consumo dos fumígenos, por seu caráter peculiar, deve ser delimitada a fim de atender ao interesse público, esclarecendo a todos os danos causados à saúde do consumidor, direito esse consagrado no texto constitucional.

²⁶¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 291.

Finalmente, quanto à publicidade das bebidas alcoólicas há uma resistência maior por parte dos fornecedores, das agências de publicidade e dos veículos de comunicação no que tange ao aspecto da restrição.

Observa Padilha que o consumo de bebidas alcoólicas no Brasil é preocupante, devendo ser tratado como um problema de saúde e segurança pública. São necessárias campanhas de educação e uma fiscalização rigorosa haja vista que a ingestão de álcool é responsável por mais de 10% de todos os casos de adoecimento e morte no país, provoca 60% dos acidentes de trânsito e transforma 18 milhões de brasileiros em dependentes²⁶².

Nos termos do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, por se tratar de um produto de consumo impróprio para determinados públicos e situações, a publicidade de bebidas alcoólicas deve ser estruturada de maneira socialmente responsável. Não é o que ocorre na campanha publicitária da cerveja Skol demonstrada a seguir.

Figura 7 – Publicidade de bebida alcoólica: uso abusivo da imagem feminina



Fonte: <https://br.pinterest.com/pin/553379872933432648/>

²⁶² PADILHA, Sandra Maria Galdino. **A publicidade na sociedade de consumo**: restrições à publicidade de bebidas alcoólicas. 2005. 174 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa: 2005, p. 140.

Importante destacar que exige-se do anunciante a veiculação das chamadas Cláusulas de advertência que devem ser veiculadas juntamente com a publicidade desse tipo de produto no afã de alertar o consumidor. São elas: “Beba com moderação”, “Este produto é destinado a adultos”, Se for “dirigir não beba”, “Evite o consumo excessivo de álcool” etc.

4.7 Publicidade na internet: *spams, banners, pop-ups, hotsites* e virais.

As potencialidades que a internet proporciona para o mercado publicitário estão relacionadas, dentre outros fatores, com a possibilidade de conhecimento das preferências e desejos do consumidor a partir da investigação de seus hábitos de navegação da rede. Esse fenômeno se dá, entre outras razões, pelo papel ativo do consumidor *on line*.

Por esse motivo afirma-se que a publicidade na rede mundial de computadores é diferenciada, pois faz com que o consumidor se torne um personagem atuante (e não meramente passivo como na televisão, no rádio ou na imprensa escrita) e compre muito mais por impulso, com um simples click no *mouse* ou no teclado virtual de seu *smartphone*, influenciado pelo reino de fantasias atribuído àquele produto ou serviço ofertado e não pelas reais qualidades que ele possui.

Os chamados *cookies* são arquivos gerados a partir da navegação dos usuários na rede e constituem instrumentos poderosos na captura de dados pessoais dos consumidores, utilizados para prática da atividade publicitária *on line*.

Parece não haver dúvidas que a conduta de traçar um perfil com base nas preferências do internauta e, de posse de tais dados, direcionar a publicidade que lhe será enviada, sem que haja o consentimento deste e o respeito à sua privacidade e intimidade constitui abuso de direito.

É admissível que as empresas queiram saber a opinião e as necessidades dos consumidores em relação a determinado produto ou serviço. Todavia, o procedimento de monitorar diálogos de internautas e utilizar as informações das conversas como mecanismos subliminares para persuadi-los na *web* não deve ser tolerado.

A publicidade por meio da internet constitui a convergência da publicidade tradicional com o *marketing* da resposta direta e imediata do consumidor. Com base em tais premissas, assevera-se que a publicidade *on line* é uma modalidade que merece atenção especial, visto que possui características diferenciadas em relação à publicidade tradicional. Segundo Santos e Silva:

A publicidade veiculada no ambiente virtual assume contornos diversos, muitas vezes se subtraindo dos comandos expressos no Código de Defesa do Consumidor. Tal

situação tem suscitado novos problemas, principalmente quando não são respeitados os princípios da identificação e não abusividade da mensagem publicitária²⁶³.

O ambiente dinâmico e multifacetado intrínseco à internet contribui para que surjam os novos problemas mencionados pelas autoras. O aumento de divulgação de mensagens subliminares na rede constitui um deles e, diante da dificuldade de identificação destas e da exigência de responsabilização dos que a veiculam, recomenda-se o enfrentamento urgente do tema.

Há uma tendência de utilização na modalidade de publicidade por meio da internet do chamado discurso transformacional. Este é o tipo de apelo que enfoca mais os valores emocionais em detrimento dos racionais, objetivando, assim, uma mudança de atitude por parte do consumidor.

A internet possibilita que uma campanha publicitária esteja disponível o tempo todo, e que possa ser suspensa ou alterada em tempo real. Isso permite maior controle da mensagem *on line* e de sua efetividade durante o processo de captura dos potenciais consumidores. Nesse sentido afirma Chaves que:

Um anúncio difundido pela *Internet* pode ser visto 24 horas por dia, 7 dias por semana, 365 dias por ano. As campanhas publicitárias poderão ser lançadas, actualizadas ou mesmo canceladas no momento pretendido, podendo o anunciante acompanhar diariamente o progresso da campanha e efectuar as modificações necessárias. Ora, relativamente aos meios de comunicação impressos, em que um anúncio só poderá ser alterado pelo menos na nova edição do jornal ou revista, constitui evolução considerável²⁶⁴.

No Brasil, as publicidades inseridas nas chamadas redes sociais apresentaram um crescimento vertiginoso nos últimos anos. As redes sociais constituem uma nova ferramenta de interconexão entre os usuários da internet que possibilita a troca de informações de forma instantânea. Ao criar um perfil na *web* o internauta, potencial consumidor, já está sendo monitorado com o intuito de ser manipulado a adquirir determinados produtos ou serviços.

Caso interessante que ocorreu recentemente demonstra bem o caráter peculiar da modalidade de publicidade descrita acima. Senão vejamos. Em janeiro de 2015 foi veiculado na rede social Facebook um anúncio publicitário que fazia referência à capa do primeiro álbum do cantor Chico Buarque de Hollanda, lançado no ano de 1966.

²⁶³ SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do consumidor à publicidade na internet: o caso das promoções de vendas no Twitter**. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, p. 3388-3416, nov. 2011, p. 3389.

²⁶⁴ CHAVES, Ruy Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 121.

A referida peça publicitária foi difundida apenas como um teste para examinar a receptividade do anúncio pelos consumidores. No entanto, a velocidade e o efeito da publicidade na rede social é tão grande que, em poucos segundos, as imagens se espalharam e, o que era para ser um simples experimento se transformou em um tormento para a empresa que contratou a agência de publicidade.

A capa do disco mostrava duas fotos do artista, lado a lado. Em uma delas Chico Buarque aparece sorridente. Na outra, a expressão é séria. A imagem foi utilizada pelo Teresina Shopping, empresa do Grupo Claudino, em uma comparação entre as altas temperaturas da cidade de Teresina, no estado do Piauí, e o ambiente ameno e agradável dentro do centro de compras.

Figura 8 – Publicidade do Teresina Shopping na rede social Facebook



Fonte: <http://musica.uol.com.br/noticias/redacao/2015/02/03/chico-buarque-processa-shopping-de-teresina-por-uso-indevido-de-imagem.htm>

Conforme verifica-se na imagem acima (Figura 8), a peça publicitária consistia em uma montagem com a capa do primeiro álbum do compositor carioca. Após a divulgação na rede social, o cantor Chico Buarque decidiu ajuizar ação em face da empresa por uso indevido de sua imagem, haja vista que não autorizou a utilização desta para fins comerciais.

Percebe-se, com base no exemplo citado, que a publicidade na *web* possui alcance e velocidade superiores em comparação com as mídias tradicionais. No que se refere especificamente à publicidade por intermédio das redes sociais observam Santos e Silva que:

O *Facebook* inovou ao trazer aplicativos e ferramentas que permitem personalizar os perfis dos usuários, o que propicia uma maior customização do material publicitário presente nessa rede virtual. O tipo de publicidade mais utilizada é o *banner* direcionado, com base nas informações presentes nos perfis. Com isso, um perfil contendo diversas postagens a respeito de uma determinada viagem realizada pelo usuário pode direcionar o responsável pelo *banner* a colocar, incessantemente, anúncios publicitários de agências de turismo, bem como divulgar *sites* de companhias aéreas e produtos relacionados a viagens na tela inicial do navegador da rede social do usuário²⁶⁵.

Afirma-se, ainda, que a publicidade veiculada por meio eletrônico é especial e singularizada, visto que pode ser multimídia, composta por instrumentos interativos como animações, filmes, *jingles*²⁶⁶, além de haver um espaço para o diálogo virtual entre os sujeitos da relação de consumo.

Nesse passo, observa Almeida que o “marketing interativo” foi facilitado pelos desenvolvimentos tecnológicos da rede mundial de computadores. Aproveitando-se dessa facilidade, os fornecedores de produtos e serviços conseguem traçar, sem elevadas despesas, o perfil dos potenciais consumidores. Desse modo, torna-se possível captar informações personalizadas de cada possível cliente concreto e com este estabelecer uma comunicação interativa em tempo real. Adverte a autora que a migração da passividade da publicidade tradicional para a bidirecionalidade da publicidade virtual exige a necessidade de reequacionar a proteção do consumidor²⁶⁷.

Outra grande vantagem da publicidade por meio da internet é o baixo custo de desenvolvimento e alteração de uma peça publicitária que demanda o trabalho de poucos e, muitas vezes, de apenas um funcionário da empresa virtual, o que não ocorre nas modalidades de publicidade clássicas.

Para Ascensão as despesas com publicidade na internet, em comparação com as da televisão, por exemplo, são praticamente irrisórias. Segundo o autor “o critério de preferência

²⁶⁵ SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do consumidor à publicidade na internet: o caso das promoções de vendas no Twitter**. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, p. 3388-3416, nov. 2011, p. 3403.

²⁶⁶ *Jingles* são melodias utilizadas pelos fornecedores nos anúncios para permitir uma maior identidade com o produto ou serviço oferecido no mercado.

²⁶⁷ ALMEIDA, Susana. As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de opt in e a opção de inscrição em listas de Robinson. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol I, N. 2, p. 159-190, jun 2011, p. 161-162.

dos interessados é fundamentalmente semelhante, embora se adoptem qualificativos diferentes. Na televisão é o da audiência. Na internet é o do acesso”²⁶⁸.

Conforme mencionado acima, a rede mundial de computadores é o único espaço que permite transformar de forma simples o papel do consumidor: da função de receptor da informação, para agente de busca e aquisição de bens de consumo oferecidos na *web*. Aqui, o papel da publicidade é ampliado para além de fomentador da decisão de compra, para real efetivador de compra.

Em virtude da constatação descrita no parágrafo anterior é que os anúncios animados e interativos são mais consultados do que aqueles presentes nas páginas estáticas. Segundo Chaves os *web designers* buscam um ambiente atrativo para o usuário da rede criando feiras virtuais que fomentam a compra e venda e possibilitam concomitantemente o consumo de publicidade de outros produtos e serviços²⁶⁹. É o que ocorre, por exemplo, com as páginas na internet da OLX, Mercado Livre, dentre outros.

A publicidade virtual permite ao consumidor a livre busca pela informação, diferentemente da veiculada em outros veículos de comunicação como no rádio ou na televisão. Nesse aspecto, esta nova modalidade assemelha-se mais à publicidade veiculada na imprensa escrita, pois ambas exigem mais conhecimento do usuário ou pelo menos que seja alfabetizado.

No caso da rede mundial de computadores, requerem-se ainda certos conhecimentos de informática e, para obter maior proveito, o domínio de uma língua estrangeira. Como já afirmado outrora, os anúncios veiculados na internet não conhecem limitações de fronteiras na transmissão dos dados. Por essa razão, o risco de ocorrer dano é muito maior do que em qualquer outro tipo de relação jurídica tradicional.

A chegada no Brasil da publicidade por meio da internet se deu quase que simultaneamente à sua chegada em escala mundial no ano de 1994. Esta modalidade de publicidade possui grandes vantagens para os fornecedores de produtos e serviços, dentre elas, a interatividade imediata com o consumidor e sua capacidade de atender tanto a uma campanha massiva quanto a atingir públicos extremamente segmentados. Nesse último aspecto, ressalte-se que a publicidade via *web* pode ser direcionada quer para empresas específicas, quer para áreas postais, zonas geográficas ou determinadas nações.

Ainda no campo dos benefícios que essa modalidade de publicidade traz para os profissionais de *marketing*, é mister destacar que estes podem recepcionar todas as informações

²⁶⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 250.

²⁶⁹ CHAVES, Ruy Moreira. **Código da Publicidade anotado**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27.

de seus clientes e, assim, descobrir suas preferências e interesses. Os anunciantes são capazes, ainda, de mensurar a resposta da campanha publicitária lançada, contabilizando o número de vezes de acesso e a quantidade de compras efetuadas, o que se torna difícil fazer com a publicidade veiculada por meio dos veículos de comunicação tradicionais.

Como é possível perceber, a publicidade virtual massiva é caso relativamente recente. Entretanto, já existem alguns tipos de mensagens dessa natureza que são facilmente identificadas. São elas: *spams*, *banners*, *pop-ups*, *hotsites*, além das publicidades conhecidas como virais.

Estudos revelam que entre as primeiras atitudes de um usuário sempre que se conecta à rede está a verificação das suas mensagens no correio eletrônico. Esta é uma das aplicações mais utilizadas na internet e, por essa razão, um veículo publicitário eficiente²⁷⁰.

Após a constatação do dado afirmado acima, os profissionais da área transformaram a comunicação publicitária realizada por intermédio do correio eletrônico a mais difundida na internet. Ressalte-se que esta pode ser solicitada ou não.

No primeiro caso, o usuário consente no envio das mensagens de teor publicitário, o que ocorre, por exemplo, quando há o registro prévio em uma página na *web* no sentido de recebê-las.

Há, ainda, a possibilidade de envio de mensagens eletrônicas ao consumidor sem a sua prévia aquiescência e, muitas vezes, sem sequer oportunizar ao destinatário o bloqueio de seu recebimento. Estas mensagens são denominadas *spams* ou *junk mails* (mensagens lixo). Trata-se de uma estratégia de anúncio perigosa visto que, como não há a concordância do usuário consumidor no recebimento, poderá criar na mente destes mecanismos psicológicos de recusa, o que é evidentemente desfavorável ao fornecedor de produtos ou serviços.

Quaisquer dos seguintes tipos de correspondência eletrônica podem ser considerados *spams*: cartas-corrente, esquemas de vendas piramidais, cartas sobre como enriquecer rapidamente, ofertas de números telefônicos, anúncios de sites pornográficos, ofertas de programas de coleta de e-mails, propaganda de medicamentos milagrosos, mídias e livros de autoajuda etc.

O ato de enviar e receber comunicações eletrônicas de caráter publicitário em massa sem o consentimento dos usuários dá-se o nome de *spamming*. Aquele que envia a mensagem é chamado de *spammer*.

²⁷⁰ CHAVES, Ruy Moreira. **Código da Publicidade anotado**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 28.

Vale notar que o recebimento de mensagens indesejadas, além de ser incômodo e invasivo de sua privacidade, ocupa o tempo livre *on line* do receptor/usuário, determina a sua perda de produtividade, aumenta o risco de contrair vírus informáticos, dentre outros inúmeros outros prejuízos causados.

Se para o potencial consumidor o recebimento de mensagens não solicitadas pode se tornar verdadeiro tormento, para o *spammer* exige-se um esforço mínimo na elaboração da publicidade, além de um ínfimo custo haja vista que, em última análise, quem assume o ônus, inclusive financeiro, do recebimento dos *spams* é o consumidor.

Diversas são as teorias que buscam explicar a origem do termo *spam*, utilizado para identificar os chamados correios eletrônicos indesejados. Alguns afirmam que a palavra *spam* surgiu em 1937, quando o grupo humorístico inglês *Monty Python* utilizou a nomenclatura, que era marca registrada de uma empresa americana de presuntos enlatados conhecida por Hormel Foods, como sinônimo de incômodo na internet.

Uma outra versão acerca do surgimento do significado da palavra *spam* é a de que ele teria nascido no laboratório de computação da Universidade da Carolina do Sul (*South Carolina University*), nos Estados Unidos, onde a expressão vem a ser algo que não é solicitado e engole-se.

Para que se possa ter uma ideia do quão inoportuno para um usuário é receber *spams* em sua caixa de e-mails, basta vislumbrar a possibilidade da seguinte situação no mundo real: suponha que um indivíduo receba, em sua residência, inúmeras correspondências.

Em virtude do número elevado de cartas recebidas, sua caixa de correio se encontra constantemente cheia. Após esvaziá-la repetidamente, o morador observa que sua caixa continua sendo inundada. Ele percebe, então, que está perdendo correspondências importantes, visto que o carteiro está impedido de depositar suas cartas principais, pois não encontra mais espaço em seu porta-cartas.

No intuito de resolver o problema, o cidadão instala uma proteção (que poderia ser comparado ao chamado *anti-spam* no mundo virtual) em sua caixa de correios, de modo que apenas as pessoas devidamente autorizadas possam depositar suas correspondências na caixa. Poucos dias depois, um invasor mais uma vez inunda sua caixa de correspondência com mensagens publicitárias, de modo que o morador novamente se sinta prejudicado. Essa situação hipotética descrita consiste numa perfeita analogia que demonstra a aberração que é a prática de *spamming* nas relações virtuais.

É possível, portanto, que o usuário deixe de receber e-mails importantes, devido ao fato de sua caixa estar lotada de *spams*. Esse problema vem sendo mitigado pelo aumento da capacidade dos novos correios eletrônicos.

Diante da necessidade de ver sua caixa de correspondência protegida, muitos provedores de internet cobram uma tarifa adicional para o fornecimento de mecanismos *anti-spams*. Todavia, os *spammers* conseguem violar esse bloqueio e o usuário do correio eletrônico permanece sofrendo prejuízos de toda ordem.

Outra consequência negativa desta prática é que, em razão do incômodo causado pelo envio de mensagens indesejadas, o usuário desenvolve uma espécie de alergia crônica e passa a apagar todos os e-mails de remetentes desconhecidos, o que lhe causa prejuízos.

Não obstante todos esses danos causados, não há dúvidas que o internauta também está sendo violado em sua privacidade, direito assegurado constitucionalmente. Nesse sentido ressalta Mota Pinto que tais mensagens publicitárias perturbam a tranquilidade das pessoas, quer na sua residência, quer no local de trabalho, representando uma clara intromissão na esfera privada da pessoa²⁷¹. Destarte, não é aceitável legalmente, muito menos moralmente, que alguém invada seu próprio endereço contra sua vontade. Esses são os prejuízos imediatos causados aos usuários individuais.

Todavia, existem outros males causados que só serão vislumbrados a longo prazo, a exemplo do tempo perdido pelos internautas para apagar os *junk mails*²⁷² e daqueles causados às grandes empresas, como a perda de produtividade, a manutenção e a atualização de sistemas para acomodar o tráfego de e-mails indesejados. Como se pode perceber, a prática de envio de *spams* propicia inconveniência e custos para o destinatário.

No intuito de combater a prática de envio de comunicações publicitárias indesejadas Mota Pinto propõe uma intervenção legislativa específica por meio de um sistema optativo, com possibilidade de manifestação de vontade das pessoas que não desejem receber publicidade e com previsão de sanções pecuniárias para a infração de tal mandamento normativo. Haveria assim, uma proibição geral da prática do *spamming*, salvo quando o destinatário o permita²⁷³.

Segundo Chaves, os EUA tem encampado verdadeira cruzada contra prática do *spamming*. Para atingir tal desiderato a *Federal Trade Commission* tem fiscalizado atentamente os e-mails em busca de fraudes. Aos consumidores, por sua vez, é facultada a possibilidade de

²⁷¹ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro – publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 117-176, 1999, 129.

²⁷² *Junk mails* ou correios eletrônicos lixo consistem em outra nomenclatura utilizada para identificar os *spams*.

²⁷³ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro – publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 117-176, 1999, 160.

reenvio dos correios eletrônicos fraudulentos recebidos para a morada eletrônica da FTC, colaborando na detecção dos que praticam tais condutas ilícitas²⁷⁴.

Outra modalidade de publicidade bastante difundida na rede são os *banners*. Estes são mensagens publicitárias que assemelham-se aos *outdoors* espalhados pelas ruas, principalmente das grandes cidades, que aparecem nos *sites* internet e que, em um primeiro momento, têm caráter geral, ou seja, não levam em conta o perfil do internauta.

O termo *banner* remete usualmente para os estandartes, as bandeiras e as insígnias. São considerados uma das formas publicitárias mais comuns na rede e geralmente são veiculados por meio de imagens de forma alongada, na horizontal ou na vertical que, por vezes, tomam quase a tela inteira e obrigam o usuário a consumir aquele informe publicitário.

Ao clicar no local indicado para fechar o *banner*, na tentativa de eliminá-lo da tela de seu PC (*Personal Computer*), o internauta é redirecionado para a página do fornecedor daquele produto ou serviço. Nesse momento, o anúncio publicitário atingiu o seu objetivo.

Além do fato de ocasionar o consumo forçado da mensagem, os *banners* são alvos de reclamações dos usuários da rede visto que retiram a atenção da página que está sendo visitada e consomem parte da banda de conexão.

Existem três categorias de *banners* veiculados na *web*. Senão vejamos. Os *banners* estáticos são aqueles que surgiram desde os primórdios da publicidade na rede e caracterizam-se por conterem apenas imagens fixas. São de fácil reprodução e possuem plena compatibilização com todos os *sites*. Parecem velhos e entediantes face à evolução tecnológica e às inovações que surgem a cada dia. Geram menor número de respostas do que os *animados*, em que há movimento e ação.

Os *banners* animados constituem modalidade de publicidade na internet em forma de imagem gráfica com animação. São extremamente populares por conseguirem veicular muita informação e possuírem um forte impacto visual e atrativo.

Finalmente os *banners* interativos caracterizam-se por envolverem o usuário e simultaneamente veicularem informação, o que os tornam mais agradáveis, além de estimular o consumo. Aqui há, normalmente, um *link* responsável por direcionar o internauta para um endereço eletrônico promocional ou com mais conteúdo acerca de determinado produto ou serviço.

²⁷⁴ CHAVES, Ruy Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 124.

As janelas publicitárias que surgem, repentinamente, quando o usuário se conecta a certos *sites* são os *pop-ups*. São assim denominados por terem a característica de aparecer na tela do computador sem serem solicitados.

Assemelham-se muito aos *banners*, principalmente com relação à finalidade, diferenciando destes somente pelo tamanho reduzido e pela mobilidade das janelas em volta da tela. Muitos usuários utilizam bloqueadores para essas incômodas janelas denominados *anti-popups*. No entanto, a ação dessa forma publicitária é tão poderosa que esses obstáculos são ultrapassados pelos anunciantes na busca desregrada por mais consumidores.

Os *hotsites* (também conhecidos por *mini-sites*) são os *sites* temporários, com conteúdo eminentemente publicitário, tendo por objetivo divulgar promoção ou lançamento de determinado bem de consumo na rede. É o que os publicitários denominam técnica de *marketing* pontual.

Os *hotsites* geralmente possuem vida útil curta, ligada à ação mercadológica de lançamento de determinados produtos, serviços ou eventos. É o que ocorre, por exemplo, no caso da criação de um *site* temporário para divulgar um show de um grande artista em alguma cidade. Após o acontecimento do evento, a página sairá da rede.

Os virais constituem modalidade de publicidade na rede que tem a característica de difusão rápida da mensagem que, por vezes, está camuflada. Alguns anunciantes agem deliberadamente divulgando vídeos com conteúdo falso mas com forte apelo no afã de fazer com seu a publicidade nele embutida se espalhe rapidamente. Ocorre que, por vezes, tal técnica pode ter efeito negativo, visto que o consumidor pode se sentir traído pelo fornecedor diante de um anúncio não verídico que se propagou rapidamente.

4.8 A publicidade na internet como elemento impositivo da comunicação de massa

Verifica-se, nos tempos hodiernos, uma nova tendência em relação à publicidade e às relações de consumo, qual seja, a guerra de informação e de comunicação com a consequente violação aos direitos do consumidor.

A publicidade perdeu seu caráter meramente informativo ou mesmo sugestivo. Agora o consumidor é induzido a consumir. Ele age pela emoção, destituído de seu juízo crítico. Antes era relevante conhecer a opinião do consumidor, hoje as agências de publicidade decidem o que ele deve querer.

Cumprir destacar aqui que a publicidade por meio da internet tem a característica de ser massiva, a ponto de chegar a diversos lugares do planeta com um simples comando no

mouse ou toque na tela, causando, assim, danos de dimensões muitas vezes incalculáveis e de repercussão global.

O tema da influência da publicidade por meio da internet nas relações de consumo reflete uma preocupação em relação à maneira com que os fornecedores de produtos e serviços conjuntamente com os publicitários vêm tratando a sociedade civil, sobretudo os consumidores. Parece não haver limites quando o assunto é auferir lucros.

Como já foi dito anteriormente, a parte vulnerável e hipossuficiente da relação jurídica de consumo, qual seja, o consumidor, necessita de conscientização e proteção a fim de que possa se defender das habilidades e atrativos utilizados nas peças publicitárias nessa verdadeira batalha de mercado, que ganha contornos ampliados quando se trata do uso da rede mundial de computadores.

Cabe retomar nesse momento a reflexão trazida por Bauman no segundo capítulo no sentido de que os consumidores transformaram-se em mercadorias e servem de vitrine para as marcas. Na internet esse fenômeno é ampliado por intermédio das redes sociais. Os internautas utilizam seus perfis para divulgar bens de consumo sem estar sendo remunerado por tal publicidade.

Em síntese, a sociedade do consumo promove o ideal de um comportamento humano consumista e não deixa espaço para outras opções culturais alternativas, sob pena de exclusão social. Dessa forma, as empresas encorajam e estimulam o consumo desnecessário e reforçam que esse modelo é o adequado (para não dizer o único) como estilo de vida a ser seguido.

Outra ponderação que merece ser lembrada e reforçada quando se discorre sobre o aspecto impositivo da publicidade é o embate entre a proteção do consumidor versus à liberdade de iniciativa e de comunicação.

Sob o pretexto de estarem agindo amparados pela Lei Maior, que garante a liberdade de iniciativa, os fornecedores de produtos e serviços, insaciáveis na busca do lucro, utilizam a publicidade como uma arma perigosa. Por meio de técnicas de *marketing* extremamente persuasivas e invasivas retiram dos consumidores sua capacidade crítica e praticamente impõem um comportamento consumista por parte dos indivíduos.

É mister ressaltar quanto a esse tema que, na busca de limites à publicidade agressiva e impositiva, não há qualquer violação a liberdade de comunicação. Não existe liberdade absoluta no ordenamento jurídico pátrio, nem mesmo a liberdade de manifestação de pensamento. Todos os direitos previstos na Constituição são relativos, conforme já debatido anteriormente.

Destarte, os direitos fundamentais não podem e não devem servir como escudo protetivo para salvaguardar práticas ilícitas, pois, num Estado Democrático de Direito só existe liberdade quando há restrição da liberdade.

O que se torna imprescindível para a solução do problema que constitui o objeto de estudo deste trabalho é o estabelecimento de limitações em relação a determinadas técnicas publicitárias a fim de que não se tornem abusivas e enganosas e violem os direitos dos consumidores. Aliás, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 manifesta pensamento nesse sentido, conforme se pode observar no artigo 220, §3º, II, que prescreve:

Art. 220. CRFB. 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.

[...]

§ 3º Compete à lei federal:

[...]

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente²⁷⁵.

É pacífico o entendimento entre os constitucionalistas de que não existe hierarquia entre as normas constitucionais. O que ocorre, na verdade, é uma harmonização e uma compatibilização entre normas jurídicas aparentemente contraditórias. Cabe ao intérprete, diante da aparente colisão entre direitos fundamentais, fazer uma redução proporcional no âmbito de aplicação de cada um deles.

Por essa razão, parece claro que a intenção do legislador constituinte foi reduzir dentro do possível as abusividades cometidas pelos empresários e publicitários, sem violar a liberdade de comunicação e de iniciativa.

Observe-se, ainda, que o referido dispositivo constitucional mencionou as expressões rádio e televisão, no entanto foi omissivo em relação à internet. Obviamente, essa omissão deve-se ao momento em que o legislador constituinte elaborou a Carta Magna em 1988, quando a internet dava seus primeiros passos como rede de comunicação de grande alcance.

Em síntese, verifica-se que o combate à publicidade impositiva além de ser uma luta dos consumeristas, tem guarida constitucional, o que demonstra a relevância do tema, que

²⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 199.

merece mais atenção por parte da comunidade jurídica, mas também do poder público e da sociedade como um todo.

5 TUTELA DO CONSUMIDOR E PUBLICIDADE SUBLIMINAR NA INTERNET: APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

5.1 A manipulação por meio de mensagens subliminares na internet

A prática de manipulação das pessoas sempre fez parte da história da humanidade. Com o avanço da tecnologia, em especial da internet, ocorrido nas últimas décadas, conforme detalhado no capítulo 1, o exercício de influência sobre o comportamento dos indivíduos ganhou ares de sofisticação. A velocidade na transmissão de dados aliada à possibilidade de atingir destinatários de todo o planeta tornou a veiculação de publicidades subliminares um negócio extremamente lucrativo. Nesse contexto, surge a necessidade urgente de o Direito agir no sentido de impedir a proliferação e o descontrole da referida técnica ilegal.

Ainda hoje há quem veja com ceticismo a possibilidade de um simples acesso a um sítio na rede mundial de computadores ser capaz de influenciar a forma de pensar do consumidor. Parece difícil de acreditar que possa haver mensagens subliminares escondidas em anúncios aptas a inserir ideias de consumo no inconsciente dos indivíduos. No entanto, é exatamente isso que vem ocorrendo diuturnamente.

O senso comum é frequentemente enganoso, podendo vir a constituir uma perigosa ilusão perceptiva. Aqueles que rejeitam a ideia da tecnologia da manipulação subliminar também são vítimas desta. É natural a resistência do ser humano a algo que seja desconhecido. Daí decorre a descrença na existência da persuasão por meio de mensagens sub-reptícias.

Não seria exagero afirmar que a maior parte dos anúncios veiculados na atualidade contém em seu bojo alguma mensagem subliminar. Apesar do crescente aumento do uso de tal técnica, poucos consumidores compreendem como ela funciona.

O procedimento funciona, via de regra, da seguinte forma: enquanto o consumidor centra sua atenção (conscientemente) na mensagem principal da peça publicitária, como um *banner*, por exemplo, veiculado em um sítio na internet; o elemento subliminar age de forma imperceptível no inconsciente da vítima.

Por intermédio da técnica subliminar de persuasão torna-se possível criar um reino de fantasias na mente do consumidor sem que este perceba conscientemente, transformando um produto ou serviço em algo mais atraente do que eles realmente são.

Segundo Dias, mais recentemente, os fornecedores encontraram nos *blogs* e *twitters* um espaço interessante para divulgação desse tipo de mensagem. Os chamados “diários virtuais” são locais em que se relatam as mais diversas vivências, ideias e opiniões²⁷⁶.

O surgimento de novos espaços de mídia não publicitários, a exemplo das redes sociais, inclusive de pessoas famosas, tornou-se um ambiente atrativo para divulgação de marcas e bens de consumo.

O uso dessas ferramentas digitais constitui campo fértil para inserção de mensagens sub-reptícias. Isso ocorre visto que, ao descreverem seus hábitos e experiências, os consumidores municiam o mercado publicitário com dados para que os anúncios sejam personalizados. Nesses casos, por vezes, não é revelado ao internauta, de modo claro, o eventual conteúdo publicitário de uma marca contido em um texto veiculado na rede.

A exposição à publicidade subliminar no ambiente virtual torna os usuários da rede sujeitos a toda sorte de conteúdos. No caso das crianças e dos adolescentes, que são verdadeiros nativos digitais (visto que nasceram e cresceram interagindo na internet), o contato com temas que ainda não possuem amadurecimento para compreender é bastante perigoso.

Segundo Leal e Barbosa as crianças devem ser consideradas hipervulneráveis em virtude da incompletude de seu desenvolvimento e, por essa razão, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil é abusiva e, em consequência disso, ilegal²⁷⁷. Na internet, os seres humanos com personalidade ainda em formação são vítimas mais facilmente capturadas, daí a preocupação especial com estes.

Além disso, há outras razões que denotam ser mais acentuada a vulnerabilidade dos consumidores *on line*. Isso ocorre, dentre outros fatores, em função da exposição ao conteúdo invasivo e agressivo da publicidade ser infinitamente maior na internet do que na mídia tradicional e também devido ao fato de que as campanhas publicitárias alcançam consumidores e difundem signos e conceitos de forma mais rápida na rede, conforme debatido tópico 3.3. Por esse motivo, a preocupação com a regulamentação do uso dessa técnica tem ganhado adeptos em diversos países.

O Código de Publicidade Português, por exemplo, traz previsão expressa no sentido de proibição da publicidade subliminar. Senão vejamos.

²⁷⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 259.

²⁷⁷ LEAL, Larissa Maria de Moraes e BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol IV, N. 14, p. 41-59, jun 2014, p. 45.

Artigo 9.º CPub. Publicidade oculta ou dissimulada

1 – É vedado o uso de **imagens subliminares** ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.

2 – Na transmissão televisiva ou fotográfica de quaisquer acontecimentos ou situações, reais ou simulados, é proibida a focagem directa e exclusiva da publicidade existente.

3 – Considera-se **publicidade subliminar**, para os efeitos do presente diploma, a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência. (Grifo nosso)²⁷⁸.

Ainda no âmbito da legislação alienígena merece destaque a norma espanhola sobre o tema. A *Ley General de Publicidad* prevê em seu bojo a vedação da publicidade subliminar, em seus artigos 3º e 7º. Senão vejamos.

Artículo 3. Ley General de Publicidad. Lei nº 34/1988

Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

b) La publicidad engañosa;

c) La publicidad desleal

*d) La **publicidad subliminal**;*

e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. (Grifo nosso).

Artículo 7.

*A los efectos de esta Ley, será **publicidad subliminal** la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas com los umbrales de los sentidos o análogas pueda actuar sobre el público destinatário sin ser conscientemente percibido. (Grifo nosso)²⁷⁹.*

Na esfera da Comunidade Económica Europeia (CEE), a diretiva nº 89/552, de 3 de outubro de 1989, segue a mesma linha das legislações supracitadas e afirma ser expressamente proibida a utilização da técnica subliminar na publicidade.

No caso do Brasil, apesar do reconhecimento da importância da normatização da matéria, tanto por parte do meio publicitário quanto daqueles responsáveis pela defesa do consumidor, ainda não há tratamento legislativo específico da técnica subliminar.

Não obstante o CDC ter disciplinado as espécies de publicidades ilícitas no capítulo V, Seção III, conforme estudado no tópico 4.5, foi omissivo no que se refere à modalidade

²⁷⁸ PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis. Acesso em: 17 de março de 2014.

²⁷⁹ ESPANHA. Ley 34/1988 (1988). **Ley General de Publicidad**. Ley 34, de 11 de novembro de 1988. Disponível em: <http://www.onnet.es/ley0017e.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

subliminar, permitindo a interpretação errônea de que esta não é proibida de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Como será visto neste capítulo, o argumento da não proibição pela ausência de regra expressa não deve prosperar. As mensagens publicitárias devem ser claras e ostensivas respeitando a boa-fé objetiva, a transparência, a veracidade e o sistema de proteção do consumidor que vela por sua dignidade e consciência.

É preciso ter em mente que o aumento do poder de compra dos consumidores não é sinônimo de vitória dos cidadãos. O capitalismo do consumo pode prevalecer e, ainda assim, a liberdade perder. E mais, as patologias da liberdade podem ser tão perigosas quanto as patologias da tirania; e muito mais dificilmente identificadas ou remediadas²⁸⁰.

Seguindo esse raciocínio, percebe-se que os consumidores contemporâneos são atraídos mais pela representação, explícita ou subliminar, do que pela função de um produto ou de um serviço. Dessa forma a indústria da publicidade tem grande parcela de culpa pelo hiperconsumismo e também pela atual crise econômica vivenciada pelos brasileiros.

É necessário reconhecer que a hipervulnerabilidade do usuário que navega na internet o torna suscetível a ser seduzido pelos truques da publicidade. Desse modo, este trabalho propõe a restrição aos métodos sub-reptícios que vêm sendo adotados pelos fornecedores visto que, quanto mais se acham imunes, mais os consumidores da rede estão suscetíveis a serem enganados.

Ressalte-se que as informações captadas pelo cérebro humano, cotidianamente, são absorvidas ou não pelas pessoas, de acordo com seu interesse. Todavia, aquilo que o cérebro não interpreta como informação relevante, é apreendido pelo inconsciente e lá pode permanecer por semanas, anos, ou até mesmo por toda vida.

Hoje em dia os indivíduos estão rodeados pelas mais variadas formas de informações emanadas de diversos meios de comunicação. Essa condição de alvo de um excesso de dados faz com que a captação destes não se dê por um longo período de tempo. A maioria das mensagens recebidas pelo cérebro ficam registradas apenas no inconsciente²⁸¹.

Os fornecedores e publicitários já perceberam que a rede mundial de computadores é o ambiente ideal para captura de dados dos consumidores. Após a posse de tais informações, a inserção sub-reptícia de anúncios na rede torna-se um próspero negócio. Ademais, o uso de

²⁸⁰ BARBER, Benjamin R. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 14.

²⁸¹ BATISTA, Rosana Roseo; RIOS, José Riverson Araújo Cysne. **Propaganda subliminar em mídia impressa e sua influência sobre pessoas sem tempo**. Trabalho apresentado no XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, Natal, 2015, p. 13.

ferramentas digitais capaz de personalizar as vítimas eleva a dificuldade de combate ao hiperconsumismo.

Diante do exposto, o Direito tem o dever de coibir a técnica subliminar de persuasão que influencia o consumidor a um comportamento não conscientemente desejado. É fundamental que este tenha mecanismos eficientes de defesa contra tal prática nefasta. Ao Poder Judiciário cumpre o papel de responsabilizar todos aqueles que, de alguma forma, contribuam para a difusão dessa arte da manipulação.

5.2 Surgimento da técnica subliminar de persuasão e sua influência no inconsciente do consumidor

As agências de publicidade já se deram conta que fatores como o formato e o tamanho da embalagem de um produto ou a maneira de descrever a refeição no cardápio de um restaurante influenciam de modo inconsciente. Não obstante essa constatação, existe bastante resistência dos consumidores em reconhecer que podem ter sido manipulados. Mesmo admitindo que tais condições possam influenciar outras pessoas, estes preferem acreditar, erroneamente, que não estão incluídos no rol dos influenciados.

Embora haja aversão a essa ideia, estudos comprovam que os elementos ambientais têm uma influência poderosa – e inconsciente – não somente na quantidade, mas também na atribuição de qualidades aos produtos e serviços adquiridos pelo consumidor.

A título de exemplificação basta pensar em um restaurante que ofereça em seu menu uma “carne macia e aveludada”. Para Mlodinow descrições floreadas como essa não apenas levam as pessoas a pedir comidas descritas poeticamente como também as levam a classificar esses pratos como mais saborosos que pratos idênticos, mas com descrição genérica²⁸².

A maneira como o ser humano enxerga o mundo a sua volta é o que se denomina de percepção. Para Schiffman esta é compreendida cientificamente como “o processo pelo qual um indivíduo seleciona, organiza e interpreta estímulos, visando a um quadro significativo e coerente do mundo”²⁸³.

Estudar a percepção é compreender como se dá a captura da informação que o indivíduo faz do estímulo sensorial para formar uma opinião ou ideia própria. No caso da

²⁸² MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 28-29.

²⁸³ SCHIFFMAN, Leon G.; KAKUK, Leslie Lazar. **Comportamento do consumidor**. Rio de Janeiro: LTZ, 1997, p. 103.

percepção subliminar, o processo de interpretação dos estímulos fica abaixo do liminar, de modo que estes são recebidos, interpretados e armazenados na memória, para mais tarde serem recuperados.

Segundo Solomon são três os tipos de percepção subliminar. O primeiro deles é o estímulo visual, apresentado de forma rápida, de modo que o consciente não tenha tempo de assimilar o que foi visto pelos olhos. A segunda modalidade é a fala acelerada em mensagens de baixo volume auditivo. Finalmente, há a hipótese de percepção subliminar em imagens ou palavras escondidas em anúncios ou rótulos de produtos²⁸⁴.

Observa Chaves que o sistema de comunicação visual hoje apresenta diversas modalidades, seja por um rabisco, um desenho, uma cor, uma legenda ou outra forma qualquer. A imagem visual chega com a finalidade de informar algo, silenciosamente, expressando um significado, definindo uma situação, orientando um pensamento ou formando valores²⁸⁵.

Relevante destacar é que como as mensagens subliminares não podem ser percebidas pelo consciente humano, os potenciais consumidores não são capazes de rejeitá-las. Daí surge a grande eficácia desse mecanismo de influência ao consumismo, responsável pela generalização dos gostos e do estilo de vida das pessoas, retirando destas a sua liberdade de escolha.

Fernandes afirma que a origem da técnica subliminar é mais remota do que se imagina, sendo a Bíblia o primeiro documento histórico que faz alusão a essa arte de influência no inconsciente²⁸⁶.

A história a que se refere a autora é a de Jacó e Labão. Havia entre os dois um contrato estabelecendo que toda cria do rebanho sob os cuidados de Jacó que nascesse listrada ou malhada seria sua, a título de remuneração. Aquelas que viessem ao mundo de pele lisa continuariam a pertencer a Labão, empregador de Jacó. Em virtude da raridade com que ocorriam nascimentos sem pele lisa, o acordo era mais vantajoso para Labão.

De acordo com os relatos da Bíblia, Jacó, orientado por inspiração divina, colocou nos bebedouros e nas bicas de água, varas de aveleira descascadas, de modo que a imagem destas apareciam em forma de listras ou malhas.

²⁸⁴ SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor**: comprando, possuindo e sendo. Porto Alegre: Brookman, 2002, p. 59.

²⁸⁵ CHAVES, Lucinda Siqueira. O Direito além das palavras: um estudo da produção de imagens no âmbito jurídico. **Revista do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, Ano XIV, n.51, p. 125-142, out/dez, 2010, p. 126.

²⁸⁶ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 27-28.

Ao beber água, o rebanho registrava, de modo inconsciente, a imagem das varas repetidas vezes durante o dia. Tais estímulos subliminares eram remetidos diretamente ao ventre das fêmeas, interferindo na formação genética dos embriões. Segundo o livro sagrado, Jacó tornou-se um dos homens mais abastados da época.

Apesar de haver registros da teoria subliminar em outros períodos da história, apenas no século XX o tema passou a despertar interesse científico. Tal fato decorreu do desenvolvimento da sociedade que exigiu, em determinado momento, o uso de meios mais apurados para atrair o consumidor contando, inclusive, com o auxílio da psicologia, da sociologia e da antropologia, dentre outras ciências.

Para Freud a filosofia repetidamente tratou do tema do inconsciente. No entanto, com raras exceções, os filósofos adotaram a posição de que o inconsciente deveria ser tratado como algo místico, inatingível e indemonstrável²⁸⁷.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, em razão da pressão concorrencial, cresceu o interesse das empresas pelo estudo da interferência do inconsciente no poder de compra dos consumidores e daí passou-se a desenvolver pesquisas acerca da técnica da publicidade subliminar, sendo nesse período que se deram as primeiras contribuições relevantes relacionadas ao tema²⁸⁸.

Adentrar na mente do consumidor e verificar como o cérebro reage ao estímulo de um anúncio publicitário é o sonho dos que trabalham na área. Fernandes lembra que a primeira experiência subliminar em larga escala ocorreu em 1959, em Nova Jersey, nos Estados Unidos. Durante a exibição do filme *Picnic*, o publicitário Jim Vicary, utilizando um projetor de slides, inseriu frases como *drink Coke* (beba Coca-Cola) em uma velocidade de 1/30 de segundo, imperceptíveis pela consciência humana²⁸⁹.

A intenção do publicitário era que o referido anúncio ficasse gravado no inconsciente dos espectadores do longa-metragem e tal memória fosse recuperada posteriormente, estimulando a aquisição do produto. A experiência foi exitosa, visto que, no intervalo, o consumo do refrigerante aumentou em 57,7%. Tal experiência ficou conhecida como Experimento Vicarysta.

²⁸⁷ FREUD, Sigmund. O interesse científico da psicanálise. **Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas-ESB**, v. 13, 1913, p. 13.

²⁸⁸ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

²⁸⁹ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 29.

O experimento foi repetido com a mensagem *eat popcorn* (coma pipoca) e o resultado foi semelhante. A utilização de sons, aliados à imagens, para emitir uma publicidade velada também passou, a partir daí, a constituir técnica bastante utilizada pelos publicitários.

A precursora inserção subliminar na televisão ocorreu, oficialmente, em 1974. Pouco antes do Natal, Sam McLoud, da rede americana Telecast, inseriu a frase *get in* em um filme publicitário do jogo infantil *Kusker Du*. A mensagem foi veiculada de forma oculta, nos mesmos moldes daquela exibida no cinema por Jim Vicary. A consequência foi semelhante. Houve um aumento considerável das vendas do brinquedo. McLoud admitiu a utilização da técnica da manipulação sub-reptícia e alegou, em sua defesa, que o governo americano não havia definido o que era subliminar e, portanto, não seria possível puni-lo sem um critério pré-definido.

Calazans lembra que a inclusão de mensagens subliminares para estimular vendas também foi utilizada nos quadrinhos, nas histórias do marinheiro Popeye. Tal estratégia se deu sob encomenda do governo e com o intuito de acelerar o consumo de espinafre. Nesse caso não havia vinculação a uma marca específica²⁹⁰.

Após as aludidas experiências, a técnica subliminar de persuasão passou a ser utilizada por diversos meios de comunicação de massa. Com a revolução digital, tal prática adquiriu contornos de sofisticação e, em consequência disso, os danos ocasionados passaram a ser medidos em escala global.

Antes de avançar no tema, mister definir o que significa uma publicidade subliminar, estabelecer a distinção entre esta e o *merchandising* e, logo em seguida, compreender suas respectivas modalidades.

5.3 Distinção entre publicidade subliminar e *merchandising*

Uma das normas básicas que sustentam o edifício jurídico denominado direito consumerista é traduzida no texto que prevê que a publicidade deve atender aos mandamentos da transparência e da boa-fé (estudados no capítulo anterior), de modo que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Não se pode exigir dele qualquer capacidade técnica ou esforço para extrair o sentido do anúncio publicitário, sobretudo em razão do reconhecimento pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) da vulnerabilidade e da hipossuficiência da parte mais frágil da

²⁹⁰ CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992, p. 70.

relação jurídica de consumo. É aí que repousa a questão das chamadas publicidades subliminares.

O termo subliminar origina-se do latim *sub limen* e significa “abaixo do limite”. Os psicólogos o empregam para se referir ao que está abaixo da fronteira da consciência. Segundo Mlodinow o cérebro subliminar, apesar de invisível, é capaz de influenciar as escolhas do consciente humano, de maneira que a capacidade de emitir julgamentos rápidos e tomar decisões importantes estão intrinsecamente relacionadas ao inconsciente²⁹¹.

No entendimento de Chaise, pode-se conceituar publicidade subliminar como aquela que pretende atingir o subconsciente, sendo a mensagem projetada a uma velocidade tão rápida que não chega a ser perceptível conscientemente. Destarte, no momento da aquisição, o produto aflora no nível de consciência, como se fosse uma escolha espontânea²⁹².

Ainda no que se refere à tarefa de delinear o significado da publicidade subliminar, afirma Carballo-Calero ser esta o anúncio que, voltando-se ao inconsciente das pessoas, age através de técnica de produção de estímulos sem resultar conscientemente percebida. Age, de consequência, estimulando uma série de desejos nos espectadores, que a recebem sem filtrá-la com os mecanismos críticos da consciência²⁹³.

A veiculação de mensagem subliminar não é propriamente uma comunicação; é manipulação e tal ato, por implicar na eliminação da consciência faz com que o consumidor atue com ausência de vontade²⁹⁴.

A publicidade subliminar é aquela veiculada por meio de mensagens visuais ou sonoras de pouca intensidade, não sendo capaz de estimular a consciência, mas registrada pelo subconsciente. Diante desse tipo de anúncio o consumidor adquire determinado bem como se fosse de forma espontânea mas o faz, na realidade, em razão da mensagem internalizada inconscientemente²⁹⁵.

Em síntese, a publicidade subliminar pode ser definida como uma espécie de mensagem que utiliza um baixo nível de percepção auditiva e visual. Ressalte-se que diversos sentidos humanos podem ser afetados pelo estímulo subliminar, sendo mais comuns aqueles

²⁹¹ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 9.

²⁹² CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15.

²⁹³ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez. **Publicità oculta e product placement**. Padova: Cedam, 2004, p. 170.

²⁹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997, p. 91.

²⁹⁵ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. São Paulo: Juruá, 2006, p. 39.

citados. Tal artifício tem por finalidade atingir o inconsciente humano e retirar a liberdade de escolha do consumidor, influenciando, de maneira dissimulada, na aquisição de produtos e serviços.

No que tange aos estímulos visuais as mensagens subliminares podem revelar-se por meio da escrita ou pelo uso de imagens. As cores são mecanismos utilizados pelos publicitários de acordo com o estímulo que produza no cérebro podendo transmitir sensações de calor, frio, acidez, doçura etc.

Alerta Gade que as cores e os demais estímulos visuais representam artifícios psicológicos que invadem o cotidiano do consumidor com o intuito de influenciá-lo e sua associação às grandes marcas faz com que a identificação se torne imediata.

Acerca do poder das cores a autora relata um experimento em que foi distribuído o mesmo sabão em pó para consumidoras variando apenas a embalagem, que para um grupo era azul, para outro amarela e para o terceiro, azul com pintas amarelas. A avaliação do produto revelou que o primeiro grupo alegou que o sabão não limpava bem. O grupo que usou o sabão com embalagem amarela o considerou forte demais e o da caixa azul com pintas amarelas avaliou como um excelente produto²⁹⁶.

Outro exemplo que ilustra bem a tentativa de persuadir os indivíduos por intermédio da influência subliminar das cores pode ser observado na capa da revista *Veja*, 2.392ª edição, de 20 de setembro de 2014.

O Brasil vivia, na época, um período de campanhas políticas presidenciais. A capa da referida edição trouxe a imagem dos três candidatos com maior intenção de votos até então, cada um representado por uma cor diferente.

Analisando superficialmente a Figura 9 nota-se que as cores dos candidatos representam a cor oficial de seus respectivos partidos. No entanto, em exame mais acurado, é possível perceber mensagens subliminares e sua tentativa de influenciar a decisão de voto do eleitor.

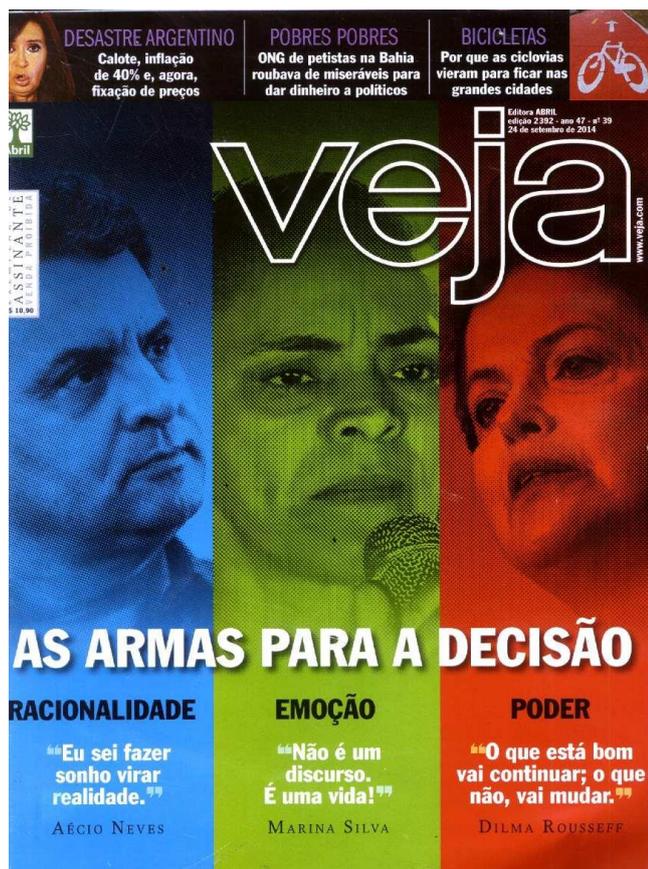
As cores exercem influência sobre as escolhas devido aos significados que têm socialmente. Pesquisas demonstram também que a preferência por cores está associada à idade das pessoas: indivíduos até 10 anos preferem, via de regra, a cor vermelha; os de 30 a 40 optam geralmente pela cor verde e; os de 40 a 50 elegem a cor azul como preferida²⁹⁷.

²⁹⁶ GADE, Christiane. **Psicologia do consumidor e da propaganda**. São Paulo: EPU, 1998, passim.

²⁹⁷ BATISTA, Rosana Roseo; RIOS, José Riverson Araújo Cysne. **Propaganda subliminar em mídia impressa e sua influência sobre pessoas sem tempo**. Trabalho apresentado no XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, Natal, 2015, p. 10.

Com base em tal constatação e sabendo que o público-alvo da revista em questão são pessoas na faixa etária de 30 a 50 anos e que os menores de 10 anos não estão aptos a votar, os leitores tendem a ter maior afinidade com a imagem dos dois primeiros candidatos, em detrimento da terceira que aparece no lado direito.

Figura 9 – Revista Veja: uso das cores e influência subliminar



Fonte: http://produto.mercadolivre.com.br/MLB-708055437-revista-veja-nr-2392-as-armas-para-a-deciso-30-_JM

Espera-se de um veículo de grande circulação imparcialidade quanto aos fatos veiculados. Contudo, nem sempre isso ocorre. Por vezes, as preferências políticas podem ser repassadas ao leitor ou espectador da notícia de forma subliminar e, em razão disso, estes devem estar atentos.

Ainda acerca do exemplo em comento, ressalta-se que o azul é a cor associada aos sentimentos de simpatia e confiança. É a cor do sonho, do infinito. O verde traz em seu bojo a dualidade do impulso e do relaxamento, tem o efeito de reduzir a pressão sanguínea e sugere

calma e esperança. O vermelho, ao contrário, aumenta a tensão muscular, remetendo às ideias de proibição e revolução²⁹⁸.

Em síntese, as cores escolhidas são capazes de afetar a maneira como os leitores recebem as informações que estão contidas apenas na capa. Nota-se, ainda, que, afora a questão das cores, as fotografias utilizadas na capa são sugestivas.

Enquanto o primeiro candidato tem um olhar sonhador (apesar da legenda insinuar racionalidade), a segunda candidata tem um olhar que remete à seriedade (acompanhado de uma legenda com o nome de emoção) e a terceira aparece com a boca aberta, com dentes expostos sugerindo uma ideia de confronto e rejeição.

No que concerne aos estímulos auditivos, destaca-se que a música constitui instrumento hábil capaz de alterar as emoções dos consumidores. A escolha apropriada de um fundo musical pode contribuir fundamentalmente para o aumento das vendas, apressando, inclusive, as decisões de compra. Nesse sentido afirma Elsie:

Es de muchas personas conocida la estrategia utilizada por supermercados y centros comerciales, quienes mediante el uso de una música suave relaja a los clientes, llevándolos muchas veces a prolongar su estancia. Si los visitantes de estos espacios están de buen humor, serán más susceptibles de ser persuadidos recorrer sus escaparates y a gastar²⁹⁹.

Um bom exemplo de uso da aludida estratégia ocorre no interior das lojas *Cyberdog* na Inglaterra. Utiliza-se no período da manhã músicas mais lentas (em ritmo de 140 a 160 batidas por segundo), para que as pessoas comecem a se adaptar a sintonia ambiental. No período da tarde e da noite, as músicas são mais aceleradas (entre 300 a 340 batidas por segundo) visto que o consumidor já encontra-se em um estado mais agitado³⁰⁰.

A memória auditiva pode estar relacionada a lugares, objetos ou períodos da vida. A cada nova ocorrência do mesmo som, o cérebro recuperará todo o conjunto de sensações acumuladas em experiências anteriores. Os publicitários usam e abusam dos sons para atingir o inconsciente daqueles que navegam na *web*. Observa Cavaco que:

A música é capaz de envolver **subliminarmente** com facilidade porque estimula as emoções. A tomada de decisões de modo consciente fica prejudicada pois o córtex

²⁹⁸ BATISTA, Rosana Roseo; RIOS, José Riverson Araújo Cysne. **Propaganda subliminar em mídia impressa e sua influência sobre pessoas sem tempo**. Trabalho apresentado no XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, Natal, 2015, p. 11.

²⁹⁹ ELSIE, Mc Phail Fanger. Publicidad, hábitos y motivaciones. **Razón y Palabra**, v. 17, n. 81, nov-ene, 2012, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, p. 6.

³⁰⁰ CAVACO, Nanci Azevedo. **Consumismo é coisa da sua cabeça: o poder do neuromarketing**. Rio de Janeiro: Ferreira, 2010, p. 85.

pré-frontal não consegue buscar informações armazenadas na memória em outras regiões. Assim, a razão, o domínio próprio e a consciência restam afetados. Como a razão fica anestesiada, as emoções dominam as ações. (Grifo nosso)³⁰¹.

Na prática e, notadamente, no meio das relações de consumo, a publicidade subliminar é um instituto pouco enfrentado pelos tribunais brasileiros, razão por que é a doutrina a principal fonte do direito que discorre sobre a matéria, abordando-a no interior de livros, trabalhos científicos e no meio acadêmico.

A ausência de enfrentamento da questão revela a fragilidade das instituições brasileiras encarregadas da proteção do consumidor usuário de internet. Estas não dedicam a devida atenção às interações no ciberespaço.

Não deve haver confusão entre a publicidade subliminar com a modalidade de publicidade indireta, conhecida como *merchandising*. Com efeito, entende-se por publicidade subliminar aquela que é enviada abaixo dos limites da percepção consciente e tem o poder de influenciar escolhas, atitudes ou motivar a tomada de decisões dos indivíduos, conforme visto acima.

Adverte Federighi que a publicidade subliminar contém a pecha da ilegalidade haja vista que atenta contra o consumidor, que é tomado de assalto por algo que não consegue processar mentalmente como informação, ficção ou realidade³⁰².

Já o *merchandising* constitui técnica publicitária que pode ser percebida pelo consciente, apesar de transmitir uma mensagem de forma discreta. A doutrina consumerista distingue duas espécies de *merchandising*: o direto e o indireto.

No primeiro caso, o anúncio é feito dentro dos próprios programas de rádio, televisão, no teatro ou na internet. Pode ser por meio de apresentador que anuncia diretamente o produto ou serviço disponível no mercado de consumo, descrevendo suas qualidades e fazendo uso de sua credibilidade junto ao público. Na internet, utiliza-se bastante o método de exibir um vídeo ou áudio anteriormente ao conteúdo principal do programa a ser veiculado, com a finalidade de oferecer determinada mercadoria ao consumidor.

Na segunda hipótese, *merchandising* indireto, a publicidade é introduzida dentro da dramaturgia, em novelas, seriados, minisséries, filmes, programas de humor etc., fazendo dos atores verdadeiros anunciantes, que passam a consumir determinado produto ou utilizar determinado serviço enquanto atuam.

³⁰¹ CAVACO, Nanci Azevedo. **Consumismo é coisa da sua cabeça: o poder do neuromarketing**. Rio de Janeiro: Ferreira, 2010, p. 84.

³⁰² FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva: incitação à violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 115.

Segundo Fernandes, a Rede Globo de Televisão, como não podia elevar o número de comerciais nos intervalos de sua programação, passou a utilizar esse tipo de expediente nas telenovelas, inserindo os produtos e serviços em uma situação normal de consumo dos personagens. Após adoção de tal conduta, o seu faturamento alcançou cifras ainda maiores³⁰³.

Atualmente, verifica-se um exagero nas ações de *merchandising* nas telenovelas, o que causa irritação no telespectador e contribui para a diminuição de audiência. Esse fator aliado ao crescimento do número de usuários na rede mundial de computadores, com a conseqüente migração da televisão para a *web*, vem fazendo os departamentos de *marketing* repensarem sua estratégia de atuação comercial na teledramaturgia.

Adverte Pinho que a apresentação de produtos e serviços nas telenovelas deve ocorrer em perfeita adequação ao roteiro, sob pena de criar cenas artificiais e claramente forçadas que não seduzem o consumidor³⁰⁴.

Ressalte-se que, para não haver violação dos direitos do consumidor, sobretudo no que tange à norma que prevê a identificação da publicidade, o anúncio deve ser ostensivo, ficando evidente para o mesmo que trata-se de mensagem publicitária.

Por essa razão Lôbo considera que o *merchandising* não preenche o requisito da adequação do dever de informar, visto que não respeita a transparência na publicidade, alcançando o consumidor de surpresa³⁰⁵.

No direito brasileiro não há proibição expressa dessa modalidade publicitária, havendo entendimento por parte da doutrina, a exemplo de Benjamin, no sentido de sua admissibilidade, desde que seja adaptada ao princípio da identificação³⁰⁶.

Uma das adaptações que vem sendo praticadas é a exposição dos chamados “créditos” após o capítulo de uma novela, seriado ou de um vídeo exibido na internet. Para os que defendem a licitude do *merchandising* tal medida teria o condão de mitigar a ausência de identificação da publicidade.

No entanto é mister perceber que a discussão sobre o tema deve avançar. A nosso entender a mera exibição dos “créditos” demonstrando a marca que patrocina determinado programa não traz o esclarecimento necessário a que o consumidor tem direito e, por

³⁰³ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 61.

³⁰⁴ PINHO, J.B. **Comunicação em marketing: princípios da comunicação mercadológica**. Campinas: Papirus, 2006, p. 81.

³⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 03, p. 23-45, 2001, p. 39-40.

³⁰⁶ BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 228.

consequente, essa modalidade publicitária não deve gozar de acolhida no direito do consumidor brasileiro.

Nessa toada alerta Barbosa que a publicidade goza, hoje, da característica da ubiquidade. Em razão disso, a regulação desta deve ser ampla e estendida a espaços não propriamente publicitários, como é o caso do *merchandising*, que deve ser considerada prática proibida³⁰⁷.

Importante ressaltar, ainda, que é cada vez mais comum o que se convencionou chamar de *merchandising* de ideias ou opinativo acerca de temas polêmicos e que estão na ordem do dia.

Na prática, as empresas remuneram radialistas, apresentadores ou comentaristas de rádio, televisão ou internet para apresentarem discursos de conteúdo pré-concebidos e de natureza semelhante (que nada mais são do que textos elaborados por agências de publicidade), de forma a parecer que estavam expondo ideias e convicções pessoais, quando na verdade não o são. No âmbito da rede mundial de computadores, existem *blogs* e canais no You Tube especializados na difusão da referida estratégia de convencimento.

Como se pode perceber, há uma clara transgressão ao direito consumerista nesse tipo de anúncio, visto que o telespectador, ouvinte ou internauta, não é informado de que o discurso do anunciante em questão não passa de uma publicidade com intuito de persuadi-lo. Nesse caso, há uma tentativa concreta de manipulação dos consumidores, pouco importando a qualidade das opiniões vendidas.

Diferentemente do *merchandising*, a publicidade subliminar não pode ser identificada pelo consumidor de forma visível e nem sequer conscientemente. Esta é imperceptível aos sentidos dos consumidores.

Em outras palavras, a técnica publicitária subliminar caracteriza-se pela utilização de métodos peculiares, focados na inserção de mensagens na memória inconsciente das pessoas, por meio da captação de estímulos, com a finalidade de levá-las a adotar um determinado comportamento.

Diante desse contexto e sobretudo por atingir a região abaixo do limite da consciência do cérebro humano, com a possível utilização desleal de técnicas sub-reptícias, ela deve ser entendida como ilícita por afrontar, especialmente, os artigos 6º, inciso IV e 36 do CDC, estudados no tópico 4.3.

³⁰⁷BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. **A regulação da publicidade infantil**. 2013. 157 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2013, p. 119.

No entendimento de Silva, Hoch e De la Rue o intuito do legislador foi resguardar o consumidor, visto que este pode nem mesmo ser atingido, mas a proteção se dá em razão da percepção da mensagem subliminar. Isso ocorre devido à vulnerabilidade técnica do consumidor, a qual resta ainda mais evidenciada em decorrência das estratégias utilizadas pela publicidade na internet³⁰⁸.

5.4 Casos concretos de utilização de publicidade subliminar: cinema, televisão e internet

Antes de discutir sobre a veiculação de publicidade subliminar na internet propriamente dita, tema que constitui o âmago deste trabalho, mister se faz destacar casos concretos em outros tipos de mídia que se valeram da referida técnica ilícita.

A descoberta de inserção de imagens subliminares na exibição de determinados longas-metragens causa impacto nos telespectadores, visto que estes não se dão conta de que, em uma simples ida ao cinema, podem estar sendo vítimas da voracidade dos anunciantes de produtos e serviços no mercado de consumo. Vejamos alguns exemplos concretos.

Figura 10 – Publicidade subliminar no cinema: HP



Fonte: <http://www.supergacinema.it/old/approfondimenti/3598-bozza-approfondimento-subliminali.html>

³⁰⁸ SILVA, Rosane Leal da; HOCH, Patrícia Adriani; DE LA RUE, Letícia Almeida. **A proteção do consumidor em face da publicidade subliminar: um estudo de caso de blogs de beleza**. Artigo publicado no 1º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria. Rio Grande do Sul, 2012, p. 9.

Na exibição do filme *Matrix*, sucesso de bilheteria do final dos anos noventa, há uma imagem com publicidade da empresa de tecnologia da informação Hewlett Packard, mais conhecida com HP, que somente é percebida quando a cena é paralisada em um certo ponto (Figura 10). Trata-se de um exemplo típico de estímulo visual, apresentado de forma rápida, em frações de segundo, de forma que o consciente não é capaz de captar aquilo que foi visto pelo espectador.

Outro caso de difusão de mensagem publicitária subliminar no cinema ocorreu na sequência da película *Homem-Aranha*. Em certo momento surge na tela a imagem discreta do verbo no imperativo *eat*, que significa “coma” em inglês; logo em seguida aparece a logomarca da mundialmente famosa empresa fornecedora de alimentos McDonald’s. Senão vejamos.

Figura 11 – Publicidade subliminar no cinema: McDonald’s



Fonte: <http://pt.slideshare.net/brunoromano/mensagens-subliminares>

O recurso subliminar também vem sendo utilizado com frequência nas telenovelas, uma das principais formas de entretenimento das famílias brasileiras e, por essa razão, habitat de ofertas de inúmeros bens de consumo.

Além da utilização da técnica do *merchandising* na teledramaturgia, conforme registrado no tópico anterior, verifica-se, também, situações de propagação de publicidades subliminares nesse tipo de entretenimento.

Um dos casos concretos mais evidentes foi protagonizado pelo SBT. Entre os anos de 2012 e 2013, durante a exibição da telenovela *Carrossel*, a emissora de Sílvio Santos passou a adotar a prática de inserção de publicidades subliminares da empresa de cosméticos Jequiti. Os anúncios com a logomarca abaixo (Figura 12) eram lançados durante as cenas da atração infanto-juvenil sem nenhum tipo de alerta de que aquilo tratava-se de uma publicidade.

Figura 12 – Publicidade subliminar da empresa de cosméticos Jequiti: novela Carrossel



Fonte: <http://www.mundodastribos.com/consultora-jequiti-grupo-silvio-santos-sbt.html>

A aparição da marca ou produto em frações de segundos, de maneira que o consciente não consiga absorver a imagem veiculada, gera estímulo visual destinado a atingir o inconsciente dos telespectadores, o que caracteriza a publicidade sub-reptícia.

É certo que mensagens que atingem o inconsciente das pessoas e influenciam seu comportamento tornam-se cada vez mais comuns na sociedade contemporânea hipercomplexa. Um caso concreto de ampla repercussão e que serviu de alerta sobre os efeitos danosos da utilização de técnicas subliminares ficou conhecido como: caso *Pokemón*. A exibição de um episódio da referida série de desenhos animados ocasionou um fenômeno inusitado no Japão.

Na noite do dia dezesseis de dezembro de 1997, centenas de crianças japonesas foram internadas em hospitais apresentando sintomas parecidos: febre, vômitos, dificuldades respiratórias, irritações dos olhos, convulsões, dores de cabeça, vertigem etc.

Após averiguação da causa dos sintomas apresentados, verificou-se um ponto em comum, qual seja, todas as crianças haviam assistido, enquanto jantavam, ao desenho animado líder de audiência da televisão japonesa na época: *Pokemón*.

Segundo Fernandes o jornal *Yomiuro Shimbun*, de dezenove de dezembro daquele ano, noticiou que uma pesquisa oficial do sistema educacional japonês realizada nas escolas de todo o país teria registrado um total de doze mil novecentos e cinquenta estudantes faltando às aulas. As ausências foram justificadas pelos pais sob a alegação de doença e descrevendo sintomas semelhantes àqueles apresentados pelas crianças internadas após terem assistido ao desenho animado³⁰⁹.

Figura 13 – *Pokemón*: efeito subliminar provoca danos à saúde dos telespectadores



Fonte: <http://www.eutanasiamental.com.br/2013/08/acidente-pokemon.html>

A partir da divulgação do caso nas mídias, a hipótese de que o desenho havia utilizado técnicas subliminares foi levantada. Após análise de diversos grupos de médicos, confirmou-se oficialmente a relação de causa e efeito entre as luzes piscando (conforme verifica-se na figura acima) durante a exibição do desenho e as crianças doentes em Tóquio.

O estudo do fenômeno constatou que a técnica foi utilizada para prender a atenção das crianças que assistam ao desenho animado, tendo sido provocado, involuntariamente, efeitos colaterais à sua saúde.

³⁰⁹ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 43.

Houve inúmeras manifestações de repúdio ao fato e os envolvidos sofreram prejuízos, desde a empresa detentora dos direitos da série até a rede de televisão que exibia os episódios. Várias ações de indenizações por danos materiais e morais foram ajuizadas e o cancelamento da exibição do desenho animado em diversas emissoras de todo mundo foi inevitável.

Mister observar que no episódio *Pokemón* não houve exibição de qualquer anúncio de produto ou serviço. Por esse motivo não se trata de uma publicidade subliminar em sentido estrito, mas sim de uma mensagem sub-reptícia inserida em um desenho animado com a finalidade de fixar a atenção dos espectadores.

Recentemente os personagens da famigerada série japonesa voltaram a ocupar os espaços midiáticos com o estrondoso sucesso do jogo virtual *Pokemón Go*. O produto veiculado agora em forma de *game* adota a estratégia de associação de entretenimento ao *marketing* e vem atraindo milhares de consumidores em diversas partes do mundo.

Outro caso de utilização de técnica subliminar de grande impacto ocorreu na França com o anúncio televisivo do veículo *Toyota Yaris Verso*, divulgado em dezembro do ano de 1999. A peça publicitária mostrava um homem, acompanhado de sua esposa grávida, conduzindo o referido automóvel de sua casa para maternidade.

O jornal “*Le Parisien*”, na edição de 18 de dezembro de 1999, após analisar a exibição do filme em câmera lenta, noticiou que a publicidade do veículo continha uma mensagem subliminar que fazia apologia aos cultos satânicos. Retardada a velocidade do filme, observava-se uma cruz vermelha em sangue e diversos símbolos esotéricos, além de dizeres suspeitos nos idiomas francês e inglês³¹⁰.

No aludido episódio a Associação de Defesa das Famílias, que luta contra as seitas, entendeu que a peça publicitária em comento propagava um discurso delirante em defesa do estímulo ao suicídio. A agência de publicidade responsável pelo anúncio foi obrigada a suspender o anúncio.

A dificuldade de identificação do formato subliminar exige a necessidade de proteção especial do consumidor. Na rede mundial de computadores a mistura de publicidade e entretenimento aliada à superexposição dos usuários facilita a penetração no inconsciente dos que navegam no ciberespaço.

Conforme discutido no primeiro capítulo, após o surgimento das novas tecnologias da informação, mormente da internet, diversos setores do mercado mundial passaram a se valer de tais ferramentas com a finalidade de elevar seus lucros.

³¹⁰ CHAVES, Ruy Moreira. **Código da Publicidade anotado**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 45.

O ambiente virtual tem o condão de atrair o público, principalmente por sua dinamicidade e por ofertar mecanismos de interação variados. As redes sociais, por exemplo, formam uma espécie de teia global capaz de disseminar ideias, valores e influenciar possíveis consumidores a adquirir bens.

A impulsividade e, muitas vezes, a inexperiência dos que navegam na *web* faz com que se acredite que o conteúdo ali exposto é aparentemente inocente e inofensivo. Diante de tal cenário, o *marketing* virtual utiliza o formato subliminar para este novo tipo de mídia no intuito de promover marcas e empresas.

Diante da concorrência que impera no mercado, a publicidade subliminar na internet vem sendo utilizada como forma de controle do comportamento do consumidor, coagindo-o a agir de forma pré-determinada e privando-o de seu livre-arbítrio³¹¹.

O pressuposto mais empregado para estimular o ato de consumo é o emotivo, relacionado diretamente ao inconsciente. O objetivo dos publicitários é reduzir ao máximo possível a liberdade de o público discutir ou de resistir àquilo que lhe é proposto.

No momento em que mensagens são inseridas no inconsciente do consumidor sem que este se dê conta, com a finalidade de incentivá-lo a adquirir de bens, sua liberdade de escolha está sendo violada. Há muito tempo a parte mais frágil da relação jurídica de consumo vem sendo vilipendiada pela publicidade subliminar. Na internet, tal prática parece ser mais nefasta ainda do que aquela realizada na mídia tradicional.

Os profissionais de *marketing* atentos a esse novo perfil de consumidor, aquele que utiliza a rede para obtenção de bens, ampliaram as técnicas subliminares para o mundo virtual, fazendo com que a liberdade do usuário que navega na *web* se tornasse viciada.

Um exemplo concreto de tolhimento da liberdade de escolha do consumidor em face da publicidade subliminar na internet é o que vem ocorrendo na rede social *Twitter*. Este notabiliza-se por ser um instrumento de comunicação instantânea por meio de troca de mensagens de textos com até cento e quarenta caracteres, denominados *tweets*.

O *Twitter* permite, ainda, que os usuários sigam uma determinada empresa ou marca, por meio do acompanhamento de seu perfil. A possibilidade de criação de uma rede de seguidores atraiu rapidamente a publicidade *on line* que se deparou com um caminho livre de barreiras e com usuários dispostos a divulgar marcas no ambiente virtual. No entanto, adverte, Santos e Silva sobre o tema:

³¹¹ EFING, Antônio Carlos; SOUZA, Maristela Denise Marques de. O comportamento do consumidor sob influência da publicidade e a garantia constitucional da dignidade humana. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 70-94, jul./dez. 2014, p. 78.

Enquanto os consumidores sentem-se alçados à condição de protagonistas do processo comunicacional, sendo merecedores de importância por parte dos fornecedores, seus seguidores, estes, por outro lado, **aproveitam pra fazer uso de mensagens subliminares, em desrespeito aos princípios da identificação e não abusividade.** (Grifo nosso)³¹².

O usuário da referida rede social não percebe que, ao se tornar um divulgador da marca, está também sendo condicionado a adquirir um determinado produto ou serviço da mesma. No seu consciente ele escolheu livremente “seguir” a empresa e, portanto, não há falar-se em tolhimento à sua liberdade de escolha quando, na verdade, o internauta é influenciado, por intermédio de mensagens subliminares, a comportar-se de tal maneira.

A potencialização da divulgação das marcas por meio de *tweets* e *retweets*, que são as respostas ou repetições dos *tweets*, faz com que novos consumidores sejam atraídos ligeiramente, não havendo espaço para reflexão por parte destes, que estão sendo usados pelos anunciantes.

Outra armadilha a que o usuário consumidor está exposto nessa rede social é a dos perfis falsos. Ao contrário do que o internauta imagina, por vezes, ele não está seguindo determinada marca ou empresa, mas sim um perfil criado por terceiros, que não o fornecedor, com intuito de capturar informações daquele. Tal fragilidade retoma a discussão sobre o argumento que defendemos no tópico 3.3 deste estudo, qual seja, o consumidor que navega na *web* deve ter o *status* de hipervulnerabilidade.

Ressalte-se que a publicidade subliminar não possui, isoladamente, o condão de fazer com que os seus receptores ajam contra a própria vontade. O poder da mensagem subliminar está em apropriar-se das preferências comuns a um grande número de pessoas e utilizá-las, de uma forma implícita, para que expostos à elas, os consumidores encontrem, em si próprios, justificativas para fazerem suas escolhas. Daí a enorme eficácia da publicidade subliminar³¹³.

Uma das estratégias empregadas para difundir anúncios subliminares na internet são os chamados *advergames*. Estes constituem um poderoso formato do mercado publicitário utilizado com o escopo de atingir o público consumidor.

Os *advergames* podem ser definidos como uma fusão de jogos com mensagens publicitárias, de forma semelhante ao que ocorre no caso *Pokémon Go*, mencionado

³¹² SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do consumidor à publicidade na internet: o caso das promoções de vendas no Twitter.** Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, p. 3388-3416, nov. 2011, p. 3405.

³¹³ BATISTA, Rosana Roseo; RIOS, José Riverson Araújo Cysne. **Propaganda subliminar em mídia impressa e sua influência sobre pessoas sem tempo.** Trabalho apresentado no XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, Natal, 2015, p. 14.

anteriormente. O termo em inglês *advertise* significa publicidade. Este termo associado com videogame (jogo eletrônico) deu origem ao vocábulo *advergemes*.

Para Medeiros esses jogos virtuais servem de ferramenta para divulgar e promover conceitos, organizações e diferentes pontos de vista sobre determinado produto ou serviço³¹⁴. Dessa forma a ideia do consumismo é propagada sob o véu da diversão e do entretenimento virtual.

Ante o exposto, várias agências, sobretudo do setor de *marketing* infantil, passaram a apostar neste novo tipo de mídia. O fato de os jogadores infantis não se sentirem incomodados com as intervenções publicitárias nos games auxilia a proliferação de tais anúncios.

Segundo Santos e Silva, isso ocorre haja vista que, muitas vezes, o usuário sequer percebe que está sendo “bombardeado” por mensagens publicitárias. No entendimento das autoras, o público infanto-juvenil não possui a mesma capacidade de discernimento de um adulto para identificar a publicidade interativa dos jogos virtuais como tal³¹⁵.

Um caso concreto de publicidade subliminar na internet ocorrido recentemente é o do jogo virtual *Miss Bimbo*. Trata-se de um game de origem britânica, cujo público-alvo são as meninas. A palavra *Bimbo* em inglês significa mulher fútil.

Para Santos e Silva a análise do jogo permite afirmar que seu conteúdo é fortemente voltado à erotização precoce das crianças, consistindo em um verdadeiro convite ao consumismo infantil exagerado e incompatível com a faixa etária recomendada para as jogadoras³¹⁶.

Ainda segundo as autoras, o referido game nada tem de inocente e se utiliza de mensagem subliminar para disseminar entre o público infanto-juvenil padrões de consumo inerentes ao mundo adulto, o que é facilmente percebido, tanto pela compra de roupas e acessórios para as *Bimbos* na lojas virtuais, como também na vida real, já que muitas meninas com pouca idade se vestem e consomem produtos destinados ao mundo adulto. Para atestar a aludida constatação basta observar as imagens abaixo.

³¹⁴ MEDEIROS, J. F. **Advergemes: a publicidade em jogos digitais como forma de atrair o consumidor**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <www.sbgames.org/papers/sbgames09/culture/short/cults3_09.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

³¹⁵ SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do público infanto-juvenil à publicidade subliminar on line: o caso do jogo Miss Bimbo**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 311-331, jan./jun. 2011, p. 318.

³¹⁶ SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do público infanto-juvenil à publicidade subliminar on line: o caso do jogo Miss Bimbo**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 311-331, jan./jun. 2011, p. 325.

Figura 14 – Jogo virtual *Miss Bimbo*: influência subliminar ao consumismo e erotização da imagem infantil



Outro exemplo de disseminação de publicidades subliminares na rede é extraído do caso Neopets. Trata-se de um *site* de *Pets* virtuais com a finalidade de trocar mensagens com outros internautas que se interessam sobre o tema, acessar jogos e adquirir produtos e serviços para os seus respectivos animais virtuais de estimação. Acerca do *site* mencionado afirmam Santos e Silva:

O incentivo ao consumo é constante, pois há inúmeras mensagens e textos que sugerem que o proprietário do *pet* virtual adquira produtos, tanto para o seu animalzinho de estimação, quanto para a sua casa, que pode ser construída e decorada com móveis e objetos de decoração disponíveis no *site*. Além disso, constantemente o discurso se volta para a competição, inculcando na mente dos internautas que quanto mais adquirirem, mais chances terão de serem vitoriosos nas competições que participarem, ou seja, todos os sentidos são mobilizados para o mundo do consumo³¹⁷.

Figura 15 – Site Neopets: estímulo subliminar à competitividade e ao consumismo



Fonte: <http://www.freewords.com.br/o-mundo-dos-neopets/>

³¹⁷ SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. As fragilidades das políticas públicas de inclusão digital: o caso da publicidade infantojuvenil *on line*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta; COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org). **As políticas públicas do constitucionalismo contemporâneo**: tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 420-435, p. 432.

As mensagens subliminares inseridas no referido sítio são tão bem engendradas que os internautas não são capazes de perceber que estão sendo vítimas de um artifício que tem por objetivo principal o estímulo ao consumismo.

No Brasil, um caso de bastante repercussão de uso de mensagens subliminares na internet é o que ocorreu no *site* “Porta dos Fundos”. O referido endereço virtual veicula esquetes de humor e atrai milhares de visualizações na rede.

Em um dos vídeos intitulado “Na lata” uma consumidora procura seu nome em uma lata de refrigerante no supermercado. Em seguida, aparece o funcionário do estabelecimento e diz que, pelo fato de seu nome ser incomum, ela não encontrará naquela marca de refrigerante mas somente em uma marca de qualidade inferior, como se observa nas imagens a seguir.

Figura 16 – Site Porta dos Fundos: imagem sugestiva subliminar dos refrigerantes Coca-cola e Dolly



Fonte: <http://www.b9.com.br/34134/web-video/nome-na-latinha-porta-dos-fundos-cria-comercial-que-a-coca-zero-jamais-poderia-bancar/>

Para o internauta que assiste ao vídeo fica subliminarmente compreendido que a marca de refrigerante procurada pela consumidora é a Coca-cola e que esta tem qualidade superior a marca Dolly. O referido portal vem adotando tal prática com o intuito de chamar a atenção não só dos consumidores mas também das empresas. Prova disso é que, nesse caso, após a verificação da enorme repercussão do vídeo, a empresa Coca-cola decidiu contratar o *site* de humor.

Como resultado da parceria contratual foi lançado um segundo vídeo intitulado “Na lata 2” em que aparece o mesmo funcionário do supermercado, só que agora a imagem do refrigerante é mostrada nitidamente ao consumidor, além de ser ostensivamente anunciada a marca Coca-cola na narrativa da esquete de humor.

Em síntese, os idealizadores do aludido *site* elaboram os vídeos ironizando determinada empresa ou marca com o afã de serem posteriormente contratados para fazer publicidade das mesmas.

A mesma estratégia foi utilizada na exibição de outro vídeo em que uma garota se encontra em um balcão de um *fast-food* na dúvida sobre quais ingredientes irá adicionar na sua comida. A cliente é maltratada pelo atendente estressado em virtude de sua indecisão. Nesse caso, fica subliminarmente sugerido que o fornecedor em questão trata-se da franquia de alimentos Spoleto, visto que a farda utilizada pelo funcionário grosseiro e as cores ao fundo remetem àquela marca (Figura 17). Senão vejamos.

Figura 17 – *Site* Porta dos Fundos: publicidade subliminar da franquia de alimentos Spoleto por meio de cenário e vestuário representativos da marca



Fonte: <http://comidanarede.com.br/porta-dos-fundos-no-spoleto/>

Assim como ocorreu no caso da Coca-cola, a rede de *fast-food* contratou o *site* de humor e, em seguida, foi lançado um vídeo em que o funcionário é demitido, passando a exercer outras funções no mercado de trabalho, como a de ascensorista e atendente de telemarketing. Após ser mandado embora também nessas outras funções em virtude de sua impaciência, o rapaz volta a trabalhar na empresa Spoleto. No final do segundo vídeo surge uma mensagem com o conteúdo seguinte: “Se você foi mal atendido no Spoleto, conte para gente e nos ajude a melhorar”.

Há ainda uma terceira esquete em que a garota do primeiro vídeo depara-se novamente com o funcionário impaciente, só que agora ela fica em dúvida acerca de qual prato escolherá diante da promoção que o Spoleto está realizando.

O ordenamento jurídico pátrio ainda não possui mecanismos coercitivos expressos com a finalidade de impedir a prática da publicidade subliminar no ciberespaço. Sem embargo de tal lacuna legislativa, ao contrário do que ocorre em outros países, conforme demonstrado anteriormente, é preciso ter em mente que a interpretação sistemática da legislação protetiva do consumidor dá ensejo a proibição da publicidade subliminar veiculada por meio da *web*.

Para chegar a tal conclusão basta lembrar que qualquer tipo de publicidade subliminar é vedada no ordenamento jurídico pátrio por violar as normas que propugnam a identificação da mensagem publicitária e da não abusividade, debatidas no capítulo anterior deste estudo.

Apesar de tal vedação poder ser extraída do sistema protetivo, ao longo dos anos, tem se percebido que os fornecedores ignoram o referido comando. Basta navegar pela internet por algumas horas e diversos tipos de publicidades subliminares serão enviadas para o internauta, nas redes sociais, nos *sites* de entretenimento e até nos e-mails. Daí a necessidade de debater o tema com seriedade e profundidade e apontar soluções para referida problemática.

Outro ponto que merece destaque é que a exposição à publicidade subliminar *on line* no Brasil é um problema que ainda não adentrou nas pautas de discussão como deveria, nem no âmbito do Poder Legislativo, muito menos do Poder Judiciário, o que acaba sendo determinante para a proliferação dessas práticas no ciberespaço. A seguir, serão debatidos os aspectos atinentes a responsabilização em face da veiculação de anúncios subliminares por meio da rede mundial de computadores.

5.5 Publicidade ilícita e responsabilização nas relações de consumo

No Brasil tem-se adotado a tese dualista acerca do tema da responsabilidade civil. Prova inequívoca dessa constatação foi a acolhida pelo Código Civil de 2002 de normas que

disciplinam a responsabilidade contratual, sem deixar de lado, em seu artigo 186³¹⁸, a regulamentação da responsabilidade civil extracontratual.

Nesse sentido, afirma Dias que o diploma que regula as relações privadas fez distinção explícita entre a responsabilidade contratual e extracontratual, regulando-as em seções marcadamente diferentes em seu texto³¹⁹.

No âmbito das relações de consumo, tema central desta pesquisa, houve uma mitigação da dicotomia supracitada no que se refere ao tratamento da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. O CDC, em seu artigo 17, equiparou todas as vítimas de acidentes de consumo e atribuiu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento, nesse caso, é a violação de um dever de segurança em relação a um produto ou serviço lançado no mercado, sendo esse dever contratual ou não.

Corroborando tal entendimento, Lisboa afirma que, com a legislação consumerista, houve uma minimização da importância dada pela doutrina clássica à dicotomia responsabilidade contratual e extracontratual. Para o autor, a defesa do consumidor se aplica em razão da existência da relação de consumo e não graças à natureza do dever jurídico violado³²⁰.

Para Benjamin a discussão acerca da responsabilização contratual ou extracontratual é prejudicial à proteção do consumidor. Sobre essa questão o autor defende a chamada teoria da qualidade que constitui uma releitura das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa³²¹.

É importante, ainda, fazer uma breve explanação a respeito das teorias que versam sobre a responsabilidade civil, tendo em vista que elas estão presentes no ordenamento jurídico pátrio, e, conseqüentemente, terão influência nas relações jurídicas de consumo por meio da internet.

De acordo com o pensamento tradicional, somente deve ser responsabilizado, ou seja, só deve reparar o dano supostamente causado a outrem, aquele que agiu com culpa. Entenda-se aqui culpa em sentido amplo, quer dizer, culpa *lato sensu*, abrangendo tanto a culpa *stricto sensu* como também o dolo.

³¹⁸ Art. 186. Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013, p. 280.

³¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 127.

³²⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129-130.

³²¹ BENJAMIN. Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. 6. ed. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 132.

A fim de esclarecer o que foi dito acima acerca da culpa, cabe aqui remetermo-nos a uma lição de Cavalieri Filho. Infere-se do pensamento do autor que, ao falar-se em responsabilidade subjetiva, não basta apenas imputar ao agente a causa de um dano para que o mesmo possa ser responsabilizado. A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, além da comprovação de autoria do dano, o elemento culpa³²².

Segundo tal teoria, a conduta culposa é pressuposto principal da obrigação de indenizar. Chega-se, assim, à noção de culpa em sentido amplo, abrangendo espécies de comportamento contrário ao Direito, sejam intencionais, como no caso de dolo, ou não, como na hipótese de culpa *stricto sensu*.

Tanto no dolo quanto na culpa em sentido estrito, há conduta voluntária do agente, porém, no primeiro caso, a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico (o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante), enquanto que no segundo, a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.

Destarte, o dolo consiste na vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. Seria o propósito de causar dano a outrem. Já a culpa *stricto sensu*, caracteriza-se por ser uma conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.

Dito isso, e, retomando a temática da responsabilização civil subjetiva pela prática de um dano, convém ressaltar que, de acordo com esta teoria, a vítima só poderá obter a reparação do dano se provar a culpa do agente.

Ocorre que o desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento das máquinas e da tecnologia da informação, bem como o crescimento populacional, a massificação dos meios de comunicação e outros fenômenos já mencionados nos capítulos anteriores geraram uma série de situações novas que não se coadunavam com o conceito tradicional de culpa.

Relevantes trabalhos surgiram, então, de diversas partes do mundo, sustentando a adoção da ideia de responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo abraçada pela legislação brasileira em algumas situações.

Após evolução do pensamento jurídico no que se refere ao tema, percebeu-se a dificuldade em provar a culpa do agente em determinados casos. Na hipótese de responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano implica riscos aos direitos de outrem, de modo que aquele que exerce tal atividade, por ter a obrigação de velar para que dela não

³²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.

resulte prejuízo, terá o dever de ressarcir pelo simples implemento do nexu causal, quer dizer, do liame entre o ato praticado e a comprovação do dano.

É importante ter em mente, todavia, que a responsabilidade objetiva não afasta a responsabilidade subjetiva. Elas convivem harmonicamente, de modo que a responsabilidade subjetiva subsiste como regra (pelo menos por enquanto), sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, nos casos e limites previstos em leis especiais.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cuja disciplina provocou uma verdadeira revolução na seara da responsabilidade civil, foi criado em virtude do cumprimento de mandamento constitucional que impôs a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República), como demonstrado no tópico 3.2.

No intuito de dar cumprimento à sua vocação constitucional, o CDC criou uma estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável a todas as relações de consumo, seja no direito público ou privado, contratual ou extracontratual, material ou processual, englobando, inclusive, as relações jurídicas de consumo por meio da internet.

Em outras palavras, a legislação de defesa do consumidor instituiu uma disciplina jurídica uniforme, destinada a tutelar os direitos materiais ou morais de todos que ocupam o polo mais frágil da relação de consumo em nosso país.

Partindo do pressuposto de que grande parte das relações sociais contemporâneas são relações de consumo (abrangendo, também, as relações jurídicas consumeristas por meio da rede mundial de computadores), é possível dizer que o CDC trouxe uma novo espectro de responsabilização: a responsabilidade civil nas relações de consumo. A esse respeito afirma Andrade:

O Código de Defesa do Consumidor, com sua vocação vanguardista, reduziu a complexidade e a conseqüente dificuldade de enfrentamento do problema da responsabilidade civil à luz do modelo tradicional em que a vítima carregava o duplo ônus de provar a culpa e o nexu de causalidade, evoluindo e optando por um sistema solidarista em que a finalidade principal é a restituição do lesado ao estado anterior. Esse sistema solidarista se volta para a proteção da pessoa humana e está mais vinculado às exigências de uma igualdade material, promovendo assim uma releitura do instituto sob os valores que preenchem regras e princípios do texto constitucional. A opção do CDC traçou novos rumos à disciplina e facilitou sobremaneira a defesa da vítima, que nas relações de consumo são em sua quase totalidade a parte mais vulnerável³²³.

³²³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A vulnerabilidade e sua repercussão no superendividamento do consumidor**. 2014. 221 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2015, p. 94.

Ressalte-se que a responsabilidade estabelecida no CDC é, via de regra, objetiva³²⁴, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo. Em razão da acolhida da responsabilidade objetiva por diversos diplomas normativos importantes, esta passou a ter um campo de incidência tão relevante quanto a própria responsabilidade subjetiva. Segundo Gonçalves:

Ao adotar o sistema de responsabilização objetiva pelos danos causados a direitos do consumidor, o legislador brasileiro tomou o mesmo passo das modernas legislações dos países industrializados, como os Estados Unidos, a Inglaterra (*Consumer Protection Act*, de 1987), a Áustria, a Itália (Lei n. 183/87), a Alemanha e Portugal³²⁵.

Para Dias, há uma tendência de ampliação dos casos de responsabilidade objetiva e mais do que apontar o responsável pelo dano, os legisladores e aplicadores do direito passam a optar por dizer como ele deve ser reparado. Ainda segundo o autor, o centro da preocupação em matéria de responsabilidade civil deixou de ser o homem, isoladamente considerado, para tornar-se o ser humano coletiva e socialmente considerado, inserido em um mundo em que não há fronteiras e a capacidade tecnológica é capaz de alterar nossos hábitos³²⁶.

Dessa forma, nota-se uma predisposição, em matéria de direito do consumidor, de abandono da subjetividade na aferição da culpa, que fica restrita a hipóteses excepcionais, como nos casos de prestação de serviços dos profissionais liberais.

Seguindo esse raciocínio, no momento em que há violação dos direitos dos consumidores por veiculação de uma publicidade ilegal na internet, há o dever de responsabilização objetiva envolvendo o consumidor não apenas isoladamente, mas também coletiva e socialmente considerado.

Aplicando a lei de forma contundente, as práticas enganosas, abusivas e subliminares serão combatidas com êxito. Discutir o tema de maneira séria, contribuir com ideias e oferecer soluções para que a identificação e a responsabilização se dê de forma eficaz constitui o escopo deste trabalho científico.

No direito do consumidor, além da preservação da incolumidade físico-psíquica (saúde e segurança), busca-se a proteção da incolumidade econômica do consumidor em face dos incidentes (e não acidentes de consumo) capazes de atingir o seu patrimônio.

³²⁴ Há uma exceção prevista na lei 8.078/90 no que se refere à responsabilidade objetiva. Nos termos do art. 14, §4º, da referida norma, a responsabilidade dos profissionais liberais deve ser apurada mediante a verificação de culpa.

³²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365.

³²⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39.

Não se pode olvidar, outrossim, que na hipótese da atividade do fornecedor provocar danos à incolumidade físico-psíquica da parte mais frágil da relação de consumo, reflexamente estará atingindo à sua incolumidade econômica, pois ocasionará a diminuição de seu patrimônio.

Nesse diapasão alerta Benjamin que quando o consumidor é lesado pela veiculação de publicidade ilícita ganha destaque a violação de sua órbita econômica, posto que os eventuais prejuízos concentram-se no plano eminentemente patrimonial³²⁷.

A título de exclusão da responsabilização civil por vezes é suscitado o argumento segundo o qual as mensagens publicitárias constituiriam meras recomendações com finalidade persuasiva para aquisição de bens ou serviços e que, diante de seu exagero proposital, não deveriam ser encaradas como vinculantes ao consumidor. Tal alegação, no entanto, não deve prosperar, tendo em vista que todo e qualquer anúncio deve obedecer à norma que prevê a veracidade da comunicação publicitária, estudada no capítulo anterior.

A veiculação de publicidade ilícita, na sua imensa gama de modalidades (enganosa, abusiva, clandestina ou subliminar) gera responsabilidade civil, na medida em que os pressupostos que ensejam tal subsunção sejam preenchidos. Tal assertiva encontra fundamento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Observa-se que o artigo 6º, inciso VI, do CDC, mencionado no tópico 2.2, demonstra a adoção da responsabilidade civil objetiva na reparação de danos, sejam eles individuais ou coletivos. Diz-se isso, haja vista que, em nenhum momento, o texto jurídico exige, para que haja o dever de indenizar, a ocorrência de dolo ou culpa do fornecedor.

Percebe-se, portanto, que, seja qual for a natureza ou a origem dos danos causados ao consumidor, serão indenizáveis a título objetivo. O mesmo se diz em relação à responsabilidade derivada de qualquer modalidade de publicidade ilícita.

Nesse sentido, afirma Guimarães que, não obstante o CDC somente ter tutelado de forma expressa sobre a responsabilidade civil em relação aos defeitos e aos vícios nos produtos e serviços, o dever de reparação aplica-se a todas as demais situações existentes, tanto por infração contratual quanto extracontratual³²⁸.

Havia a previsão específica de reparação do consumidor que fosse vítima de publicidade enganosa ou abusiva no parágrafo 4º do artigo 37 e no artigo 45 da lei 8.078/90.

³²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. 6. ed. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

³²⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 148.

No entanto, ambos os dispositivos foram vetados. Tais vetos não trouxeram qualquer prejuízo, visto que, conforme mencionado acima, o artigo 6º, inciso VI em conjunto com o sistema de proteção do consumidor garantem que este não seja desguarnecido.

Pode-se concluir, em resumo, que o sistema que informa a responsabilidade civil decorrente de publicidade ilegal é o mesmo para toda relação de consumo, qual seja, o da responsabilidade independentemente de culpa, excetuando-se a hipótese prevista no § 4º do art. 14 do CDC que prevê a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais mediante a verificação de culpa.

Conforme mencionado anteriormente, a sistemática da responsabilidade objetiva encontra seu fundamento de validade na teoria do risco do empreendimento, necessitando tão somente da comprovação do nexo causal entre a ação ou omissão do agente e o dano ocasionado.

Assim, basta a veiculação de comunicação publicitária ilícita e causação de dano para que se configure a responsabilidade civil. Não é relevante, por conseguinte, a investigação da boa ou má-fé do anunciante, muito menos de sua intenção em querer enganar os consumidores ou desprezar valores fundamentais do ordenamento pátrio.

Adverte Benjamin que o CDC visa, em última análise, à proteção do consumidor e não à repressão de comportamento antijurídico do fornecedor. Por essa razão, o que deve ser levado em conta para efeito de responsabilidade é a verificação do anúncio em si mesmo, objetivamente considerado³²⁹.

Para que ocorra a subsunção ao caso concreto leva-se em conta os efeitos gerados ou que potencialmente poderão efetivamente advir. No caso de veiculação de uma publicidade subliminar na internet, por exemplo, não importa se aquela mensagem foi capturada com sucesso pelo inconsciente das vítimas consumidores, basta que haja a potencialidade lesiva para que se configure a ilicitude e o conseqüente dever de indenizar.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor adotou o chamado critério finalístico, ao estabelecer que nasce o dever de responsabilização da simples conduta de veiculação de um anúncio publicitário ilícito. Desse modo, avalia-se apenas a potencialidade lesiva da publicidade, não sendo necessário que o consumidor tenha sido efetivamente prejudicado. Trata-se de presunção *jure et de jure* de que os consumidores difusamente considerados foram lesados.

³²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e *et alli*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 329.

Assim, não se exige, impreterivelmente, que o consumidor vítima de uma publicidade subliminar na internet chegue às últimas consequências e adquira, de fato, o produto ou serviço. A aquisição, nesse caso, constitui mero exaurimento de ato já consumado.

Em apertada síntese, não é a vontade do agente (dolo ou culpa) em veicular a publicidade ilícita que determina o dever de indenizar, mas sim a efetiva causação de efeitos negativos ou a potencialidade dos mesmos.

Para Chaves, a simples divulgação de uma mensagem publicitária ilícita causará de forma geral e abstrata um dano não patrimonial a todos expostos à mensagem, que poderá ser reparado através de compensação em dinheiro ou por meio de publicidade correctora. Além disso, poderá ocorrer também um dano patrimonial coletivo, sendo que, nesta hipótese, será necessária a quantificação do mesmo face aos elementos de prova carreados para o processo pelos lesados³³⁰.

Constitui ônus do fornecedor a demonstração da inexistência dos efeitos nocivos decorrentes da veiculação da publicidade ou a comprovação de que os fatos trazidos não são capazes de gerar os danos alegados.

Ressalve-se, ainda, que a veiculação de publicidade ilícita traz consequências administrativas, penais e civis, porém esta pesquisa centrará seus esforços na discussão das últimas.

Antes de avançar no estudo da reponsabilidade civil decorrente da transmissão de publicidade subliminar ilegal no direito brasileiro, faz-se mister verificar, brevemente, de que forma tal temática é enfrentada em outros ordenamentos jurídicos.

Reitera-se aqui a importância de visitar a legislação alienígena, assim como foi feito em diversos momentos ao longo deste estudo científico, tendo em vista as características universalizantes do direito do consumidor.

Dessa forma, é possível extrair das legislações de outros países voltadas a regulamentar relações de consumo, lições que podem ser aplicadas no ordenamento jurídico pátrio, afinal de contas os problemas e dificuldades enfrentados pelos consumidores, nas diversas nações, são comuns e, por essa razão, merecem tratamento semelhante.

Na França, por exemplo, a responsabilidade principal por tal conduta fica a cargo do anunciante e aqueles que colaborarem são punidos nos termos do direito comum, de acordo com o art. L 121-5, da lei de 27/12/1973. Sobre tal norma adverte Chaves que:

³³⁰ CHAVES, Ruy Moreira. **Código da Publicidade anotado**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 162.

Esta responsabilidade presumida do anunciante, mesmo quando a comunicação publicitária esteja a cargo duma agência, impõe-lhe os deveres de verificação do conteúdo da mensagem e de certificação sobre a transparência, sinceridade e legalidade da mesma. O anunciante, ao autorizar a difusão da mensagem, responsabiliza-se pela licitude desta e pelos danos que poderá causar a terceiros. Sendo o anunciante uma pessoa colectiva os seus dirigentes serão igualmente responsabilizados pela publicidade ilícita difundida³³¹.

Ressalte-se que a legislação francesa também responsabiliza a agência de publicidade. Incide sobre esta, que idealizou a mensagem considerada ilícita e concebeu a referida campanha publicitária, a obrigação de fiscalizar os elementos fornecidos pelo anunciante e de requisitar sérias justificações para as suas alegações, sobretudo as que lhes parecerem suspeitas.

Seguindo a linha de pensamento do ordenamento jurídico francês, no direito espanhol, a *ley general de publicidad* atribui aos anunciantes a total responsabilidade pela veiculação de uma publicidade ilícita que viole os direitos do consumidor. Senão vejamos.

Artículo 25. Ley General de Publicidad.

*1. Los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita*³³².

Em ambos os ordenamentos citados parte-se do fundamento jurídico de que a publicidade que foi veiculada em desacordo com os preceitos legais dos respectivos países beneficia primordialmente o anunciante. No entanto, como se verá nos tópicos seguintes, ao analisar mais profunda e criticamente a temática objeto desta pesquisa científica, perceber-se-á que existem outros sujeitos que, igualmente, se favorecem pela prática de tais condutas ilegais.

No sistema jurídico alemão a responsabilidade civil pela transmissão de publicidade ilícita é conjunta entre o anunciante e a agência de publicidade. Assim, na hipótese de ser demandado o anunciante, este poderá incluir a agência no polo passivo e caso haja condenação a indenizar, há a possibilidade de ação regressiva. Ressalte-se que podem existir cláusulas contratuais que prevejam responsabilização em sentido diverso do que foi mencionado.

Para o ordenamento jurídico lusitano a responsabilização pela veiculação de publicidade ilícita é solidária, nos termos do artigo 30 do CPub.

³³¹ CHAVES, Ruy Moreira. **Código da Publicidade anotado**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 308-309.

³³² ESPANHA. Ley 34/1988 (1988). **Ley General de Publicidad**. Ley 34, de 11 de novembro de 1988. Disponível em: <<http://www.onnet.es/ley0017e.htm>>. Acesso em: 10 set. 2015.

Artigo 30.º CPub. Responsabilidade civil

1 – Os anunciantes, os profissionais, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a actividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respectivos concessionários, **respondem civil e solidariamente**, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.

2 – Os anunciantes eximir-se-ão da responsabilidade prevista no número anterior caso provem não ter tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada. (Grifo nosso)³³³.

Finalmente, na Dinamarca, país reconhecidamente avançado em matéria de educação para o consumo, há norma específica regulamentando a responsabilidade dos meios de comunicação em razão das mensagens publicitárias veiculadas pelos mesmos. Tal legislação também inclui normas sobre responsabilidade civil e penal do anunciante, relativamente ao conteúdo ilícito da mensagem.

No Brasil não há consenso na doutrina no que tange à atribuição de responsabilidade dos atores que colaboram para o processo de difusão da publicidade ilícita. É certo que a ausência de norma expressa específica sobre a matéria no ordenamento pátrio não significa que os participantes na criação e difusão da mensagem publicitária estão livres de responder por condutas ilegais.

É preciso ter em mente que no direito brasileiro não houve limitação da responsabilização dos diversos sujeitos da atividade publicitária que participam das etapas de concepção, montagem e veiculação do anúncio, motivo pelo qual torna-se possível vislumbrar uma amplitude no dever de indenizar os destinatários da mensagem ilícita. Passa-se agora, então, a investigação da responsabilidade civil de todos os envolvidos direta e indiretamente no problema que constitui o objeto deste estudo.

5.6 Análise da responsabilidade civil do fornecedor-anunciante, dos meios de comunicação, das agências de publicidade e das celebridades

Nos termos do artigo 5º do Código da Publicidade lusitano: “anunciante é a pessoa singular ou colectiva no interesse de quem se realiza a publicidade”³³⁴. O anunciante é, por

³³³ PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 17 mar. 2014.

³³⁴ PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 17 mar. 2014.

consequente, o fornecedor de produtos e serviços, sujeito mais poderoso da relação de consumo. É o chamado sujeito ativo de uma campanha, é quem toma a iniciativa e a decisão da ação publicitária assumindo a reponsabilidade (não exclusiva) e os encargos financeiros que a mesma acarreta.

Ao tratar do tema da responsabilização de todos os agentes envolvidos na difusão de publicidade subliminar na internet é mister relembrar, antes de mais nada, que a relação jurídica de consumo é estabelecida, essencialmente, entre o consumidor e o fornecedor, conforme analisado exaustivamente nos capítulos 2 e 3.

Nesse passo, parece restar evidente que o fornecedor é o principal (mas não o único) responsável pela conduta ilícita de disseminar anúncios velados e que influenciam o consumidor a adquirir produtos sem necessidade, ludibriados pelo reino de fantasias gerados no seu inconsciente como consequência de absorção de uma mensagem subliminar.

Prova incontestada do argumento lançado acima é que cumpre exclusivamente ao fornecedor-anunciante o dever de cumprimento da oferta publicitária, nos termos do artigo 30, do CDC, dispositivo legal já examinado no tópico 4.3.

Dessarte, apesar da possibilidade de responsabilização de outros agentes envolvidos na atividade publicitária ilícita, a vinculação à oferta é dever apenas do fornecedor visto que a relação de consumo é estabelecida com este.

Dito isso, passa-se à verificação da possibilidade de responsabilização de outros entes que encontram-se estreitamente interligados na cadeia encarregada de promover os produtos ou serviços no mercado de consumo.

Não há dúvidas de que o fornecedor-anunciante deve responder objetivamente pelos danos causados aos consumidores em razão da veiculação de publicidade ilícita subliminar na internet. Todavia, questiona-se, somente ele responderá por tal conduta?

O impacto dos veículos de comunicação de massa na vida dos indivíduos só aumenta com o passar dos anos. Estes exercem diversas funções como socializar, ditar modas, usos e costumes e estereótipos, temática esta já desenvolvida nos primeiros capítulos do presente estudo científico.

O entretenimento é uma das formas mais eficientes de comunicação. É justamente quando estamos nos divertindo que as mensagens explícitas e, sobretudo, as subliminares, são mais facilmente captadas.

Outra observação relevante é que quanto maior a credibilidade de um meio de comunicação mais este torna-se persuasivo. Assim, uma publicidade subliminar na internet de

determinado produto ou serviço será mais eficaz se for divulgada em um *site* de uma loja conhecida no mercado do que em comparação com outra desconhecida.

Esta última constatação se dá em razão de dois fatores. Em primeiro lugar, tendo em vista que uma página mais visitada na rede atinge um número maior de internautas que, proporcionalmente, adquirirão mais bens. Além disso, os consumidores tendem a crer mais nos anúncios apresentados por fornecedores com maior notoriedade. Em resumo, uma fonte de alta credibilidade é mais persuasiva do que uma fonte de baixa confiabilidade.

Para Guimarães, analisando sob tal ótica, não se poderia chegar a outro posicionamento a não ser o da responsabilização do veículo de comunicação pela publicidade veiculada³³⁵.

Tal obrigação de reparar o dano juntamente com todos os que colaborarem para o advento da mensagem ilícita encontra seu fundamento de validade, segundo o autor, no parágrafo único do art. 7º e no § 1º do art. 25, ambos do CDC. Senão vejamos.

Art. 7º. CDC.

[...]

Parágrafo Único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo³³⁶.

Art. 25. CDC.

[...]

§1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores³³⁷.

O entendimento exposto acima, além de encontrar adeptos no direito brasileiro, também encontra acolhida no direito alienígena. No ordenamento jurídico francês, espanhol, dinamarquês e belga, embora o anunciante seja o principal alvo de responsabilização, há previsão no sentido de haver o dever de indenizar dos co-participantes, conforme mencionado no tópico anterior. No direito lusitano não é diferente. É o que dispõe o artigo 30 do CPub, também aludido acima.

³³⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 156.

³³⁶ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói, 2013, p. 687.

³³⁷ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmen Becker. Niterói, 2013, p. 689.

Dessa forma os veículos de comunicação possuem responsabilidade por aquilo que veiculam em virtude de fazerem parte efetivamente do ciclo de fornecimento e não estarem imunes à teoria do risco do negócio. Ao veicular uma publicidade na internet, um *site* ou um aplicativo utilizado no *smartphone* não somente intermedia a venda de produtos ou serviços, mas também realiza um planejamento para que sua vitrine virtual contenha as melhores promoções agregando, com isso, maior valor a página na *web* e angariando mais consumidores e possíveis parceiros anunciantes.

Nesse sentido afirma Barbosa que a participação do veículo de comunicação constitui conduta determinante para divulgação da mensagem publicitária, já que os espaços publicitários na televisão, no rádio ou na internet são vendidos tendo-se em conta os índices de retorno que podem gerar aos fornecedores e, em razão disso, deveria ser conferido maior cuidado na veiculação do anúncio³³⁸.

Advertem, ainda, Batista e Rios que não é incomum que os meios de comunicação ajam de má-fé, no afã de que os receptores da mensagem não consigam captar seus códigos e intenções. Utilizam-se de conhecimentos específicos da Psicologia, da Psicanálise, da Neurociência e da Teoria das Cores para compor a publicidade subliminar, sabendo que os consumidores não terão o conhecimento necessário para identificá-las³³⁹.

Ocorre que a posição mencionada anteriormente enfrenta divergências na doutrina pátria. Para Benjamin não deve prosperar a tese segundo a qual o meio que transmite a mensagem publicitária deve ser responsabilizado, visto que este não teria condições de verificar a veracidade da mesma. Segundo o autor, o veículo somente seria corresponsável se agisse com dolo ou culpa³⁴⁰.

Seguindo este entendimento afirma Dias que não deve haver responsabilidade dos veículos de comunicação, haja vista que nenhuma obrigação a eles poderá ser atribuída em relação ao cumprimento da oferta publicitária. Segundo a autora, caso as emissoras de televisão e demais veículos de difusão passassem a responder objetiva e solidariamente pela mensagens de conteúdo ilícito que veiculam diariamente, estaria sendo declarada a extinção do patrocínio³⁴¹.

³³⁸ BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. **A regulação da publicidade infantil**. 2013. 157 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2013, p. 118.

³³⁹ BATISTA, Rosana Roseo; RIOS, José Riverson Araújo Cysne. **Propaganda subliminar em mídia impressa e sua influência sobre pessoas sem tempo**. Trabalho apresentado no XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, Natal, 2015, p. 14.

³⁴⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e *et alli*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 356.

³⁴¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 322-323.

Em que pese os argumentos dos autores mencionados acima, a tese da responsabilização dos veículos de comunicação pela divulgação de publicidade subliminar parece estar mais condizente com o sistema de proteção do consumidor. Diz-se isso visto que os referidos veículos que divulgam a mensagem se beneficiam por tal difusão. Nos termos do CDC, havendo ato ilícito, dano e nexos causal, incide a responsabilidade objetiva de todos os que são favorecidos por tal prática ilegal.

Além disso, com o mapeamento das ferramentas de comunicação, em especial da rede mundial de computadores, é possível sim descobrir pelo *Internet Protocol*, o I.P., quem foram os responsáveis pela propagação da publicidade ilícita, refutando, assim, a tese de Benjamin acerca da dificuldade em localizar os que utilizam meios de comunicação para práticas ilegais.

A alegação de que a checagem e a avaliação do conteúdo das mensagens se mostra incompatível com a dinâmica dos negócios e do mercado concorrencial igualmente não deve prosperar. Não é papel do direito omitir-se na persecução dos ilícitos com o propósito de não prejudicar a economia. Os fins não devem justificar os meios e aqueles que agem em desconformidade com a lei devem ser responsabilizados por seus atos antijurídicos. Dito isso, passa-se à análise da responsabilização das agências de publicidade.

Ao contrário do que muitos pensam, o planejamento de uma publicidade, seja uma campanha completa ou um anúncio isolado, não é uma atividade simples e instantânea. O processo inicia quando o empresário elabora o seu projeto de *marketing*. A publicidade deve ser considerada uma das ferramentas do *marketing*, conforme estudado no capítulo 2.

Com o intento de pôr em prática seu plano, o empresário confia ao profissional ou agência publicitária a elaboração de uma campanha apropriada para determinado produto ou serviço que será colocado no mercado. Para oferecer à agência ou ao profissional publicitário todas as condições para elaborar um bom trabalho, o anunciante deverá fornecer um *briefing*, ou seja, as informações sobre o produto ou serviço, o mercado e a concorrência e a finalidade da futura campanha publicitária.

Profissional ou agência publicitária é, na descrição expressa do artigo 5º, do CPub, a “pessoa singular que exerce a actividade publicitária ou pessoa colectiva que tenha por objecto exclusivo o exercício da actividade publicitária”³⁴².

Sabe-se que as agências publicitárias possuem papel fundamental no processo de construção das publicidades de consumo. É das agências, inclusive, o dever de indicar qual o

³⁴² PORTUGAL. Decreto 330/90 (1990). **Código da Publicidade**: Decreto-Lei.º 330, de 23 de outubro de 1990. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 17 mar. 2014.

veículo de comunicação mais adequado para a disseminação de determinado anúncio. Tais corporações podem ser sucintamente definidas como empresas especializadas na técnica publicitária que estudam, idealizam e executam as ideias e distribuem as mensagens aos veículos de comunicação com a finalidade de promover a venda de bem de consumo.

Ao contratar uma agência para elaboração de uma campanha publicitária, o fornecedor-anunciante visa, essencialmente, maximizar seu lucro. Para alcançar tal desiderato, espera que a agência dedique todos os seus esforços no afã de atingir o público-alvo desejado. Dessa forma, resta evidenciado que a contratação de uma empresa especializada busca dar maior efetividade aos resultados mercadológicos esperados pelo fornecedor-anunciante.

Diante de tal constatação, questiona-se: deve haver responsabilização da agência de publicidade pela veiculação de uma publicidade subliminar ilícita na rede mundial de computadores?

Seguindo os fundamentos jurídicos do direito do consumidor e, mais especificamente, do instituto da responsabilidade civil nas relações de consumo trazidos por este estudo entende-se que deve haver sim responsabilidade das empresas contratadas para prestar serviços de promoção de anúncios publicitários.

O argumento que sustenta tal tese é que no direito do consumidor a responsabilização se dá de forma solidária em relação àqueles que causam danos. Assim, em razão da forte interação entre os dois agentes do mercado e da dificuldade de cindir a participação do fornecedor-anunciante da contribuição da agência na veiculação de uma publicidade subliminar deve o consumidor buscar a reparação de ambos.

Nada impede, porém, que haja ação regressiva por parte da agência em caso de comprovação de que tal prática ilegal se deu por iniciativa exclusiva do fornecedor-anunciante. O contrário também é verdadeiro, caso o fornecedor-anunciante demonstre, claramente, que a reponsabilidade pela campanha publicitária ilícita é da agência poderá aquele se eximir do dever de indenizar.

Adverte Dias que as partes podem estabelecer, em sede contratual, cláusula determinando que eventuais danos decorrentes da publicidade contratada serão de exclusiva responsabilidade do anunciante. Ainda assim, fica à critério do consumidor e dos legitimados pelo art. 82, da lei 8.078/90 a prerrogativa de ajuizar ação de reparação por danos materiais e/ou morais em face de um ou contra os dois agentes de mercado, anunciante e/ou agência de publicidade³⁴³.

³⁴³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 321.

Observa-se, ainda, que não deve prosperar o argumento segundo o qual a agência de publicidade está isenta de responsabilização visto que não é coautora do anúncio e dos danos eventualmente gerados ao lado do fornecedor-anunciante, nos termos dos artigos 7º e 25 do CDC, mencionados acima. Ao contrário, por encontrarem-se diretamente envolvidas no processo de disseminação da publicidade devem responder objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos.

Em consonância com o posicionamento que defende a responsabilização das agências publicitárias assevera Fernandes que eximir o criador do anúncio com conteúdo subliminar do dever de indenizar significa premiar o profissional antiético. Ainda segundo a autora, o publicitário tem, muito mais até do que o fornecedor-anunciante, a responsabilidade pelos anúncios com essas características, visto que o profissional da área conhece, a fundo, o real impacto que a técnica subliminar exerce sobre o consumidor³⁴⁴.

Reforçando tal argumento observa-se o disposto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP). Nos termos da norma do sistema privado de controle, a agência possui o dever de cuidado na elaboração do anúncio. É que o se extrai do disposto no artigo 45, letra b. Senão vejamos.

Artigo 45. CBARP.

A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código **cabe ao Anunciante e a sua Agência** [...]

b. a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, **com ele respondendo solidariamente** pela obediência aos preceitos deste Código; [...] (Grifo nosso)³⁴⁵.

Esclarece, ainda, Fernandes que o publicitário não pode ser enquadrado na hipótese excepcional de responsabilização subjetiva dos profissionais liberais uma vez que seus serviços são direcionados à sociedade em geral, independentemente de quem queira ou não tomar conhecimento do anúncio. Desta feita, ao contrário de um advogado que vincula-se, exclusivamente, ao seu cliente, a agência publicitária, ao veicular uma publicidade subliminar na *web* a expõe a toda esfera de consumidores³⁴⁶.

³⁴⁴ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 124.

³⁴⁵ BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 08 set. 2015.

³⁴⁶ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 125-126.

Importante lembrar que a agência não possui o dever de cumprimento da oferta publicitária. Em outras palavras, apesar deste trabalho científico entender pela existência de responsabilização das agências em caso de veiculação de publicidade subliminares, restringe-se, exclusivamente, ao fornecedor-anunciante o dever de concretizar os termos da oferta lançada no mercado de consumo.

Finalmente, verificar-se-á a responsabilidade das celebridades envolvidas no anúncio. Recapitulando o conceito trazido no capítulo 4, um indivíduo considerado célebre é aquele que tem sua imagem ou nome prontamente reconhecidos ou identificados pelo público consumidor. Acerca da definição do que deve ser considerado celebridade afirma Guimarães:

Trata-se dos artistas, pessoas públicas famosas, ou dos especialistas de produtos e serviços, que, sem dúvida, exercem grande influência sobre os consumidores ou sobre determinado grupo deles, dando-lhes, às vezes, uma falsa segurança sobre as qualidades do produto ou serviço, seja por afirmações, conselhos, recomendações, seja pela simples vinculação de sua imagem ou nome ao bem ou serviço. Assume, assim, a celebridade, diante do consumidor, uma posição de “garante”³⁴⁷.

Diante de tal definição questiona-se: uma celebridade que participa de um anúncio com características subliminares deve ser responsabilizada junto com o fornecedor-anunciante por violação dos direitos do consumidor?

É preciso muita ingenuidade para crer que não há um papel determinante das celebridades na influência dos hábitos de consumo dos indivíduos. A verdade é que, de forma inconsciente, agimos em conformidade com aquilo que nos é imposto pela sociedade de consumo, conforme a visão de Bauman, debatida no segundo capítulo.

Nesse aspecto, a força dos ídolos e mitos não deve ser ignorada. O consumo é ditado, dentre outros fatores, pelas preferências dos personagens que são criados na mente dos consumidores. Assim, aquele que apresenta a mensagem publicitária transfere imediatamente sua credibilidade para o produto ou serviço anunciado.

O cachê milionário pago às celebridades que emprestam a sua imagem e voz a fim de que o anunciante possa vender seus produtos e serviços denota que a contratação das mesmas não se dá em vão.

No ano de 2014, a apresentadora Fátima Bernardes estreou no mundo dos comerciais e vinculou sua imagem a um produto em um anúncio publicitário. A campanha marcou a desvinculação da figura da mesma do jornalismo, passando a integrar o time de entretenimento

³⁴⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 161.

da rede Globo. Apesar de ter recebido um valor altíssimo, comparando-se com o retorno comercial que adveio em virtude da credibilidade da jornalista, o investimento certamente terá valido a pena. Em lista elaborada pela 12ª edição da Pesquisa “Marcas de Confiança” Fátima Bernardes foi apontada como a apresentadora mais confiável do Brasil³⁴⁸.

A associação da imagem de uma celebridade com o sucesso de venda de determinados produtos foi matéria da edição 2.498 da Revista Veja, de 05 de outubro de 2016. Segundo dados do periódico, as duas fragrâncias da marca Jequiti que levam o nome da apresentadora de televisão Eliana já venderam mais de 1 milhão de unidades. Trata-se de um número que superou a expectativa da empresa que vem obtendo êxito na vinculação da marca a imagem de diversos outros artistas como Fabio Jr., Adriane Galisteu e Rodrigo Faro³⁴⁹.

Prática recorrente de anúncio envolvendo celebridades são aqueles que tem por propósito a comercialização de crédito consignado. Grandes empresas que fornecem dinheiro veiculam na mídia escrita, na televisão e por meio da internet ofertas de crédito fácil utilizando a credibilidade de personalidades notórias. Sobre o tema adverte Moraes:

Por intermédio da chamada técnica da convicção são utilizadas pessoas famosas, celebridades que tenham o respeito e a credibilidade da massa. Diversos são os exemplos de bancos que contrataram apresentadores de programas, atores, atrizes, os quais se mostram sorrindo e falando da felicidade que terão os consumidores que tomarem determinado empréstimo a ser descontados no seus proventos. O efeito é imediato, induzindo à aquisição de dinheiro.³⁵⁰

No que concerne à responsabilização, há divergências entre os autores que se dedicaram aos estudo da matéria. Para Dias a celebridade que empresta sua credibilidade para um anúncio atua como mero porta-voz do anunciante, não participando do processo de criação da peça e, por essa razão, não deve assumir responsabilidade idêntica à do fornecedor. Nas palavras da autora: “Não há, pois, como assumir que as celebridades seriam “coautoras” para uma responsabilização objetiva e solidária dessas pessoas. Assumir uma interpretação diferente seria desarrazoado”³⁵¹.

³⁴⁸ Fátima Bernardes estreia como garota-propaganda da Seara. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/fatima-bernardes-estreia-como-garota-propaganda-da-seara>>. Acesso em 04 out. de 2016.

³⁴⁹ O PERFUME E O FARO. **Revista Veja**. São Paulo: Abril. Edição 2.498, ano 49, n. 40, out. 2016, p. 83.

³⁵⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 296-297.

³⁵¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 323-324.

Seguindo a coerência do entendimento da solidariedade no dever de reparação pela veiculação de mensagem ilícita, entende-se neste estudo pela inclusão da celebridade que vincula sua credibilidade no rol de responsabilizados. Em consonância com o exposto anteriormente, o poder de influência da uma pessoa que goza de confiabilidade é decisivo no momento da aquisição de um produto ou serviço pelo consumidor e essa variável não pode ser ignorada.

Um anúncio que utiliza a técnica da convicção referida acima desencadeia um comportamento no consumidor, em nível consciente ou inconsciente, gerando uma resposta imediata em razão da ideia preexistente que se tem daquela pessoa ou grupo que estão testemunhando a favor do bem, agregando-lhe valores como admiração, sucesso, riqueza, juventude, alegria etc.

Assevera Guimarães que a celebridade não está obrigada a vincular sua credibilidade ao anúncio. Caso o faça haverá uma responsabilização civil da mesma pela violação dos deveres secundários da boa-fé, mais especificamente o da confiança na fase pré-contratual, mesmo que ela se refira à conduta de terceiro³⁵². Em outras palavras, a celebridade ou especialista atua na condição de garante do produto ou serviço anunciado.

Sobre o tema afirma Moraes que a postura de responsabilização das celebridades se afina com o respeito às normas do sistema jurídico pátrio, na medida em que não é aceitável que recebam milionários *cachês* e ainda restem impunes diante de situações em que configurem comprovados os danos causados aos consumidores³⁵³.

A ideia de amplitude na responsabilização é compartilhada também por Bittar. Para o autor, deve imperar o princípio da solidariedade, reconhecido universalmente para as hipóteses em que haja mais de um civilmente responsável, como é o caso de todos os que colaborarem para o advento da mensagem ilícita³⁵⁴.

Para efeito de responsabilização o conceito de profissional liberal não caberia em relação às celebridades haja vista que estas não são contratadas pelos consumidores *intuito personae* e, além disso, via de regra, aquelas participam dos anúncios em razão de suas qualidades externas como beleza, prestígio, fama e não em virtude de qualidades intelectuais ou técnicas. Trata-se, portanto, de hipótese de responsabilidade objetiva e não subjetiva.

³⁵² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 168.

³⁵³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 297.

³⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. O Controle da publicidade: sancionamento e mensagens enganosas e abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 4, São Paulo: RT, edição especial 1981, p. 129-131.

Acrescenta, ainda, Guimarães que serão responsáveis civilmente os titulares dos direitos sobre os personagens de história infantil ou desenho animado e as celebridades que licenciem suas marcas, uma vez que tais personagens, quando ligados aos produtos, têm o poder de influenciar as crianças³⁵⁵.

Seguindo o raciocínio do autor, na hipótese de veiculação de um anúncio com características subliminares na internet com a finalidade de venda da boneca da Mônica, por exemplo, a Maurício de Souza Produções Artísticas pode ser condenada a indenizar os consumidores em razão da associação da imagem da personagem ao produto posto no mercado.

5.7 Responsabilidade pelos danos causados ao consumidor e pelo efeito residual nocivo da publicidade subliminar na internet

A preocupação com a informação difundida pela internet é algo recente. Apurar a responsabilidade civil por eventuais conteúdos ilícitos transmitidos na rede ainda constitui uma tarefa árdua, de difícil persecução, mas que não deve suplantiar a determinação dos juristas. Segundo Casimiro:

Até o início dos anos noventa, não se denotava qualquer apreensão ou preocupação, por parte das entidades públicas, em relação aos conteúdos da informação transmitida pela internet visto que, atenta a pouca publicitação da mesma, o acesso a essa rede informática era feito apenas por um pequeno grupo muito restrito – embora internacional – de pessoas, constituído sobretudo por técnicos da área informática e por alguns interessados na matéria ou por pessoas mais atentas, universitários e instituições de pesquisa, públicas ou privadas³⁵⁶.

Com a evolução da rede, discutida no primeiro capítulo da tese, verificou-se a expansão do número de usuários e, conseqüentemente, houve uma elevação das potencialidades desse novo meio de comunicação de massa. Passada a fase de adaptação verifica-se, a passos largos, uma tomada de consciência de que a internet não é e nem deve ser considerada “terra de ninguém”, muito menos um lugar sem lei. A identificação e a responsabilização dos conteúdos transmitidos no ambiente virtual constitui demanda urgente.

³⁵⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 205.

³⁵⁶ CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 37.

Diversos são os danos causados ao consumidor pela publicidade subliminar veiculada na internet. Tal prática ilegal gera responsabilidade civil, visto que há ato ilícito, dano e nexo causal entre o ato e o dano.

No que se refere ao tipo de responsabilidade, não resta dúvidas que o emprego de publicidade subliminar contempla a responsabilização objetiva, tanto para aquele que se beneficia desta, quanto para quem cria e põe em prática inserções subliminares. A comprovação de culpa resta prescindível nesta hipótese com fundamento jurídico no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e também no Código Civil.

Em síntese, aqueles que utilizam a técnica subliminar em seus anúncios publicitários devem ser responsabilizados objetivamente pelos danos causados aos que tenham o inconsciente atingido.

Segundo Fernandes, a responsabilidade objetiva daqueles que se utilizam de mensagens subliminares é fundada no risco e consiste no dever de indenizar o dano causado por atividade exercida no interesse destes e sob seu controle, sem que exista qualquer indagação sobre o comportamento do lesante³⁵⁷.

Percebe-se que, por atingir as pessoas no seu inconsciente, a publicidade sub-reptícia muda a forma de pensar e agir. Em outras palavras, os conceitos dos consumidores em relação a determinados produtos e serviços são alterados. Tais práticas, além de antiéticas, são ilícitas carecendo, portanto, de reparação.

Este estudo advoga a tese de que há sim fundamento de validade para possibilidade de reparação por dano material e moral cumulativamente. O dispositivo legal que dá guarida a esta interpretação é o artigo 6º, inciso VI, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aludido no tópico 5.5.

Para configuração de um dano de natureza material, basta imaginar a hipótese de um consumidor que compra um produto dotado de vício ou defeito, influenciado por uma mensagem publicitária subliminar na *web*. Não se pode negar que tal aquisição é capaz de gerar prejuízos materiais ao referido consumidor.

A hipervulnerabilidade do consumidor, estudada no capítulo 3, manifesta-se aqui também no aspecto probatório. É dizer, há extrema dificuldade para a parte mais frágil da relação de consumo em comprovar que adquiriu determinado bem com vício ou defeito influenciado por uma publicidade subliminar, visto que nem mesmo o consumidor consegue se dar conta que foi manipulado. Daí a necessidade de proteção especial do mesmo.

³⁵⁷ FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 123.

Não obstante o dano material, por vezes configurado, a indução subliminar pode ocasionar também dano de índole moral. Desde há algum tempo, a jurisprudência dos tribunais superiores inclina-se em reconhecer a necessidade de lesão a direitos da personalidade para configuração do dano moral.

Nesse diapasão, a veiculação de publicidades subliminares acarreta uma série de lesões dessa natureza, quais sejam, danos à honra, à privacidade, à intimidade, à imagem e à liberdade de escolha dos consumidores. Estes não têm conhecimento que estão sendo persuadidos por meio da intromissão no seu inconsciente. Surge, então, o desafio do reconhecimento do dano e da devida reparação. Quando o anúncio não é transparente e leal, o consumidor está sendo conduzido a um comportamento não conscientemente desejado e isso pode ocasionar dano de natureza moral.

Observa Dias que a violação aos interesses transindividuais de proteção dos consumidores por meio de difusão de publicidade ilícita pode ensejar danos à coletividade em sua esfera não patrimonial, sem prejuízo de pedidos de reparação individual a serem analisados em cada caso concreto³⁵⁸.

Dessa forma, o dano provocado pela conduta de profusão de publicidade subliminar na internet pode ser, por óbvio, individualizado, no entanto, sua essência é de um dano coletivo, em virtude da amplitude de usuários da rede que são atingidos. É papel dos órgãos responsáveis pela defesa do consumidor atuar no afã de prevenir e combater tais danos coletivamente considerados.

As crianças e os adolescentes constituem as vítimas mais frequentes das mensagens publicitárias subliminares, conforme mencionado no capítulo anterior. Além dos danos de natureza material e moral, os menores estão sujeitos a sofrerem distúrbios de natureza comportamental, como ocorreu no caso *Pokemón*, ilustrado no tópico 5.4.

Aqueles que contribuíram para a veiculação da publicidade subliminar, para não serem responsabilizados, têm o ônus de demonstrar alternativamente: a) a sua não-participação no evento; b) a inexistência de ilicitude na respectiva publicidade; e c) a inexistência de dano material ou moral passível de indenização ou do nexo de causalidade entre o resultado e a sua conduta. Tratam-se dos riscos de sua atividade econômica. Em razão disso, o dever de provar a exclusão da responsabilidade deve recair sobre o polo mais poderoso da relação jurídica de consumo.

³⁵⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 307.

A conscientização e o reconhecimento dos danos ocasionados pela veiculação de publicidades subliminares, além da consequente reparação de tais prejuízos por parte do Poder Judiciário, são indispensáveis para a construção de uma cultura de desestímulo a essa prática ilícita.

Um dos maiores desafios, na atualidade, para os que atuam na seara consumerista, é a necessidade de criação e aperfeiçoamento de instrumentos jurídicos para o controle das atividades ilícitas no âmbito da rede mundial de computadores.

Considerando o estágio atual, a edição de normas específicas sobre o tema da publicidade subliminar na internet constitui temática a ser debatida. O argumento de que já existem normas suficientes no ordenamento pátrio, bastando que seja dada efetividade às mesmas não deve prosperar. Com a regulamentação da matéria, o consumidor terá mais segurança na atividade cotidiana de navegar na rede mundial de computadores, sem olvidar do caráter pedagógico de tal medida. Além disso, com a expressa previsão legal, o Poder Judiciário será provocado e não poderá se omitir no enfrentamento da questão.

O consumidor, via de regra, não se dá conta da repercussão que uma publicidade subliminar veiculada na internet com conteúdo falso ou abusivo pode ter. A quantidade de pessoas que podem ser induzidas a erro assume dimensões globais e a simples retirada daquele anúncio publicitário da rede não constitui meio suficiente para fazer com que se retorne ao *status quo ante*.

Quando uma informação é considerada significativa pode ser armazenada no cérebro por um tempo não definido, servindo como um pequeno arcabouço de lembranças posteriores. Tais recordações remetem ao ato de consumo.

Com base nesse raciocínio é que surge a discussão acerca do efeito residual nocivo causado pelo anúncio subliminar ilícito na rede mundial de computadores. A legislação consumerista ainda não atentou para tal fato.

No entanto, assim como no caso da publicidade enganosa, aqui a análise deve ser realizada *in abstracto* e não *in concreto*. Em outras palavras, se a mensagem subliminar contida no anúncio tiver, de fato, potencial de deixar um efeito residual capaz de induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial a sua saúde e segurança, o fornecedor responsável pela sua veiculação deve ser duplamente punido.

O caso concreto irá demonstrar a gravidade do dano. Configurado o efeito residual, ou seja, verificado que os efeitos prejudiciais do anúncio subliminar ilícito não se esgotarão a curto prazo, o julgador deve levar em conta tal circunstância no momento da atribuição da responsabilidade e quantificação do dano. É o que propõe este trabalho científico.

Não é possível medir com precisão os prejuízos causados por uma publicidade subliminar veiculada na internet que influencia uma criança a adotar hábitos consumistas. No entanto, será que mesmo após a retirada de circulação do anúncio ilícito, esta pode vir a se tornar um adulto consumista em face da inserção em sua mente de tais hábitos?

Diante da constatação de que sons e imagens contidos em publicidades subliminares podem ficar armazenados no cérebro por um longo período persuadindo a escolha do consumidor indaga-se: é suficiente a simples remoção do anúncio ilegal?

Em mapeamento realizado no período de 2001 a 2011 identificou-se que dos 2.995 processos gerados a partir de denúncias ao Conar, vinte por cento deles somente foram julgados no prazo de até dois anos após sua abertura. Este prazo de julgamento chama a atenção, uma vez que muitas campanhas denunciadas comprovam-se serem ilícitas *a posteriori* e podem gerar prejuízos para os consumidores durante o período em que foram veiculadas³⁵⁹.

O efeito residual refere-se à influência exercida na sociedade de consumo mesmo após a sustação do anúncio considerado ilícito. É preciso fomentar o debate acerca da eficácia da proibição ou alteração de uma campanha que já foi veiculada durante tempo suficiente para atingir milhares de consumidores.

O instrumento da contrapropaganda (ou contrapublicidade), a nosso entender, também revela-se insuficiente para reverter o mal causado pela influência nefasta de um anúncio com características subliminares que circulou por um período razoável de tempo na *web*. Investir em prevenção e educação para o consumo é um caminho a ser buscado. Trata-se de um tema totalmente aberto ao debate. O papel do presente estudo, neste particular, não consiste em responder aos questionamentos lançados acima, mas sim estimular a discussão acerca de tão instigante matéria.

O instituto da responsabilidade civil tem por objetivo principal a recomposição de um direito violado em face do descumprimento de uma obrigação jurídica. Em consequência da atitude tomada pelo causador do dano deverá haver uma sanção. Esta tem duas funções essenciais: função preventiva e função reparadora.

A primeira visa desencorajar e desmotivar o próprio agente causador da prática lesiva (prevenção individual) além de desestimular qualquer outra pessoa a causar dano semelhante (prevenção geral). A função reparadora ou indenizatória consiste na restituição do lesado ao estado anterior em que estaria, caso não houvesse sofrido a lesão.

³⁵⁹ VALENTE, Suelen Brandes Marques. A sociedade questiona a publicidade: um estudo da atuação da sociedade civil organizada na regulamentação da sociedade brasileira. **Revista Comunicação & Sociedade (C&S)**, São Bernardo do Campo: v. 37, n. 3, p. 469-493, set./dez. 2015, p. 476.

A imposição de multa administrativa traz em seu bojo a função compensatória e também a função preventiva. A aplicação de multa àquele que propaga anúncio subliminar previne contra condutas futuras semelhantes. Assim, tal punição de caráter administrativo é, outrossim, um ato educativo.

Conforme já mencionado no decorrer do trabalho não são muitas as demandas judiciais que tratam especificamente dos danos ocasionados aos consumidores pela veiculação de uma publicidade subliminar.

Duarte destaca que o Ministério Público português tem assumido um relevante papel na tutela dos interesses dos consumidores e no controle da publicidade, ajuizando diversas ações com o intuito de coibir a publicidade ilícita, mas ainda não atentou especificamente para a importância da proibição da publicidade subliminar na *web*³⁶⁰.

Julgamento emblemático sobre o tema ocorreu no processo nº 102.028-0/2004, em que o juiz da 4ª Vara Cível de Brasília, Robson Barbosa de Azevedo, condenou as empresas Souza Cruz, Standart Ogilvy & Mather e Conspiração Filmes e Entretenimento a pagar o valor de 14 milhões de reais a título de indenização por danos morais difusos em razão da veiculação de publicidade subliminar incentivando jovens ao consumo de tabaco³⁶¹.

O valor da indenização foi revertido para um fundo social e as empresas foram obrigadas a arcar com os custos da veiculação da contrapropaganda (ou contrapublicidade) elaborada pelo Ministério da Saúde.

Na situação objeto da decisão judicial constatou-se, em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, que as referidas empresas uniram-se para criar e difundir publicidade ilícita de tabaco, utilizando mensagens subliminares e técnicas de persuasão com a finalidade de atingir crianças e adolescentes.

O Instituto de Criminalística do Distrito Federal analisou o vídeo e a transcrição do áudio e constatou imagens subliminares de mulheres fumando, pessoas com carteira de cigarros e mensagens veladas escritas no anúncio. O laudo emitido concluiu que o conteúdo da publicidade continha cenas que revelavam forte apelo e atratividade em relação ao público infante-juvenil, sem prejuízo de alcance do público em geral.

A conclusão acima foi corroborada, ainda, por outro laudo elaborado pelo Instituto Médico Legal do Distrito Federal que revelou existir alucinação visual na publicidade e

³⁶⁰ DUARTE, Jorge Dias. Da tutela do consumidor em Portugal e do papel do Ministério Público. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol. II, n. 3, p. 133-152, set 2012, p. 143.

³⁶¹ CONJUR. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-06/propaganda_subliminar_gera_indenizacao_14_milhoes>. Acesso em: 26 fev. 2016.

manifestou-se pela rejeição da mensagem repassada ao consumidor. As imagens foram analisadas em *slow motion* pelos psicólogos que fizeram parte da equipe e revelaram a mensagem subliminar de uma mulher fumando, com duração de três décimos de segundo.

No caso em comento, embora a suspensão do anúncio tenha se dado em acordo judicial, a imposição de contrapropaganda não foi obtida de forma amigável, mas sim por imposição do magistrado. Assim, apesar da norma consumerista ter previsto tal sanção como atribuição da autoridade administrativa, caberia também ao Poder Judiciário o papel de aplicá-la, haja vista que nenhuma lei poderá excluir da apreciação daquele lesão ou ameaça a direito, nos termos do inciso XXXV, do artigo 5º, da Lei Maior³⁶².

O juiz entendeu na sentença que, em se tratando de publicidade ilícita, aplica-se o artigo 56, inciso XII, do CDC que revela ser cabível a imposição de contrapropaganda às custas das empresas, devendo ser veiculada nas mesmas emissoras, frequências e horários e pelo mesmo tempo em que o foi a publicidade original. Ressalte-se que o § 4º, do artigo 37 do CDC, vetado, trazia dispositivo que permitia a imposição de contrapublicidade judicialmente.

Cabe aqui reforçar a crítica no sentido da insuficiência da imposição da contrapublicidade como sanção eficaz contra a difusão da publicidade subliminar, conforme aventado acima. Ocorre que a veiculação de um anúncio contendo mensagens sub-reptícias dissemina-se de modo instantâneo pela grande massa de consumidores, atingindo seu inconsciente.

A contrapublicidade teria a função tão somente de impedir que a comunicação mercadológica ilícita cause ainda mais danos ou agrave aqueles já ocasionados. A publicidade é dotada de capilaridade. É dizer, se esta já causou o dano, torna-se difícil a reversão no que tange aos consumidores atingidos. O que se pode pretender é evitar novos prejuízos decorrentes daquela prática ilícita³⁶³.

Cumprido destacar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal manteve a condenação do juízo de primeira instância, no entanto, reduziu o valor da indenização de 14 para 4 milhões de reais e ainda excluiu a obrigação de veicular contrapropaganda, bem como a multa para hipótese de descumprimento.

Ainda sobre o julgado, recentemente a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça considerou abusiva e enganosa a publicidade das empresas Souza Cruz, Standart Ogilvy &

³⁶² ANDRADE, Marcus Vinicius Fernandes da Silva. **A frustração da expectativa de consumo pela publicidade**. 2006. 418 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2006, p. 383.

³⁶³ BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. **A regulação da publicidade infantil**. 2013. 157 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2013, p. 103.

Mather e Conspiração Filmes e Entretenimento por conter mensagens subliminares, porém diminuiu mais ainda o valor da reparação a ser pago. Para o relator, o Ministro Marco Buzzi, o anúncio violou a norma que prevê a identificação obrigatória e induziu o consumidor ao erro, por essa razão deve ser considerado ilícito³⁶⁴.

Tal redução do *quantum* indenizatório, tanto por parte do Tribunal de Justiça do Distrito Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, confirmam o que foi exaustivamente argumentado no decorrer desta investigação científica. É dizer, não se dá a devida importância aos prejuízos ocasionados aos consumidores em razão da conduta ilícita de disseminação de mensagens publicitárias subliminares, razão pela qual se faz necessário o estímulo ao debate sério acerca do tema.

No dia 20 de setembro de 2016, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face da empresa Google Brasil Internet Ltda por irregularidades relacionadas à publicidade infantil no seu canal You Tube. Para o MPF, o canal na internet contém diversos vídeos postados por particulares que são protagonizados por crianças de até 12 anos de idade. Observa o *parquet* que, ao utilizarem crianças para promoverem produtos, os responsáveis pelos vídeos estariam infringindo à lei, haja vista que esta modalidade de anúncio é permeada de apelos emotivos e subliminares³⁶⁵.

A ação pede que o Google seja obrigado a disponibilizar um aviso na página inicial do canal Youtube ou em todos os vídeos postados nessa plataforma alertando sobre a ilegalidade do conteúdo desse tipo de anúncio e que seja proibida a veiculação de publicidade de produtos e serviços protagonizados por crianças ou a elas dirigidas. Finalmente, O MPF requereu à justiça que a empresa determine a inclusão de uma ferramenta que permita aos usuários denunciar como impróprios os vídeos com publicidade de conteúdo subliminar destinado ao público infantil.

³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 1.101.949/DF**. Brasília, DF. Relator Min. Marco Buzzi. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2016.

³⁶⁵ MPF processa Google por publicidade infantil ilegal no Youtube. Disponível em: ><http://m.agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/mpf-processa-google-por-publicidade-infantil-ilegal-no-youtube>>. Acesso em: 07 out 2016.

CONCLUSÃO

Na sociedade de massa contemporânea a figura do consumidor tornou-se elemento central das relações jurídicas. Com a internacionalização do mercado de consumo e o avanço do alcance da rede mundial de computadores o direito consumerista passou a gozar de prestígio antes inimaginável.

A primeira conclusão relevante que não se pode olvidar é a constatação da necessidade de fortalecimento do direito do consumidor mediante a intervenção estatal, seja ela na economia, no âmbito legislativo, nas ações e políticas públicas de proteção ou na forte administração da justiça e esta não pode ser denegada.

O poder público não deve se furtar de sua responsabilidade social. Diferentemente do setor privado, que tem uma visão de curto e médio prazo e busca primordialmente o lucro, espera-se do Estado a proposição de medidas de longo prazo com a finalidade de desenvolvimento da nação, observando os direitos dos vulneráveis e hipervulneráveis, identificados aqui como a parte mais frágil relação jurídica consumerista, qual seja, o consumidor.

Outro dado relevante que merece ser ressaltado é que o consumidor deve ser tratado com respeito à sua dignidade humana. Em outras palavras, suas demandas, desejos e ideais são prerrogativas que o direito tem o dever de assegurar. O desafio que se coloca ao jurista é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstratos polos de relação jurídica e muito menos como objetos manipuláveis pelos interesses econômicos.

Uma das maiores dificuldades deste estudo foi a escassez de doutrina específica sobre a temática da publicidade subliminar na internet. No entanto, tal obstáculo não foi capaz de suplantar a ousadia em buscar e criar novos caminhos para o enfretamento do problema e apontar soluções jurídicas baseadas em fundamentos de validade sólidos no afã de fortalecer a proteção do consumidor.

É certo que o legislador não consegue e talvez jamais será capaz de acompanhar *pari passo* as transformações sociais. As lacunas normativas são inevitáveis haja vista que os conflitos modificam-se com o passar do tempo. As demandas da sociedade são cada vez mais extensas e à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.

O direito tem a função de resolver os problemas sociais de forma justa. No entanto, o direito não se esgota na lei. Nesse contexto, a construção de estudos científicos sérios e

profundos tem papel importante no ordenamento contemporâneo, fazendo com que a norma jurídica não seja o ponto de partida, mas sim o ponto de chegada para solução das questões que se encontram na ordem do dia.

Destarte, constitui finalidade dos trabalhos acadêmicos, sobretudo em nível de Doutorado, fornecer critérios para elaboração, aplicação e sistematização do direito. Nesse raciocínio, esta investigação propõe algumas sugestões para resolução ou, pelo menos, mitigação do problema da violação dos direitos do consumidor por meio da veiculação de publicidades subliminares na rede mundial de computadores. Senão vejamos.

Após a análise da problemática objeto desta pesquisa, restou claro que o consumidor não se encontra preparado para enfrentar e nem sequer para se defender da publicidade subliminar na internet. Dessa forma, é necessário investir na educação do consumidor. O investimento em ensino na área de informática e tecnologia e também com o objetivo de combater o consumismo desde o início da vida letiva tornou-se questão urgente.

Não se pode olvidar, ainda, da educação não formal, praticada de forma complementar aos bancos escolares, a exemplo de promoção de campanhas informativas, com o escopo de coibir a violação dos direitos do consumidor pelas práticas nefastas de difusão de anúncios subliminares.

Além disso, constatou-se que a aquisição de produtos e serviços por meio da internet parece estar distante de chegar a um estágio de consumo consciente. As agências publicitárias e os fornecedores-anunciantes se deram conta de que um anúncio sub-reptício, absorvido pelo inconsciente do consumidor, constitui instrumento eficaz na captura do mesmo. Isso ocorre em virtude do seguinte motivo: é no momento da distração que as pessoas estão mais fragilizadas e, conseqüentemente, as mensagens subliminares são mais facilmente inseridas na mente dos mesmos, ocasionando a compra por impulso.

Ocorre que, a partir do instante em que o consumidor perceber que está sendo manipulado, a relação de confiança perante o fornecedor será destruída. É dizer, o caminho do engano e da deslealdade pode até ser mais eficiente em um primeiro momento. Todavia, a conduta ilícita dos que difundem publicidade subliminar na rede pode ocasionar danos à própria imagem da empresa. Isso ocorrerá por meio da identificação da publicidade subliminar e da responsabilização de forma ampla e efetiva dos infratores como propõe este trabalho.

A internet e o ciberespaço potencializaram a difusão da publicidade subliminar e transformaram o papel do consumidor que passou a ser ativo e não mais meramente passivo como ocorria diante do rádio, da televisão ou das mídias impressas.

Ao se deparar diante de um anúncio na *web*, o consumidor é capaz de praticar um ato de consumo com um click no *mouse* ou na tela do seu *smartphone*, sem necessitar sequer sair do local onde se encontra. É imperioso lembrar a observação realizada no primeiro capítulo da tese no sentido de que o virtual não deve ser confundido com algo imaginário ou não real, mas apenas um espaço diferenciado em que as pessoas interagem com uma velocidade jamais vista.

Essa mudança de paradigma ocasionada com o advento do espaço virtual e da rede mundial de computadores reposicionou o consumidor para uma situação de fragilidade maior ainda do que ele já possuía em razão de sua própria natureza. Para compreender a gravidade da situação basta pensar na hipótese de que um anúncio com conteúdo subliminar difundido na *web* pode trazer consequências danosas para um consumidor em diferentes partes do mundo. A exposição ao conteúdo de uma publicidade ilícita é imensamente superior na internet em comparação com as mídias tradicionais.

Aqui aparece a condição de hipervulnerabilidade do consumidor que navega na rede mundial de computadores. Verificou-se, ao longo da pesquisa, que o internauta é constantemente bombardeado por diversas modalidades de anúncios: *spams*, *banners*, *pop ups*, *hotsites*, virais e, sobretudo, publicidades subliminares. Estas invadem o inconsciente e influenciam o comportamento de consumo na *web*.

Há a necessidade de proteção especial por parte do ordenamento jurídico do consumidor vítima da publicidade na internet. Em um futuro próximo, os negócios realizados *on line* serão a regra e não mais a exceção. A internet, como espelho do mundo real sempre terá seus perigos e cabe aos legisladores diminuir ao máximo as possibilidades de danos e fraudes através deste meio e, ao mesmo tempo, entregar ao Poder Judiciário os mecanismos adequados para a proteção dos interesses dos consumidores lesados.

A suscetibilidade maior aos apelos promovidos pelos fornecedores na rede aliada à ausência de educação para lidar com os apelos da tecnologia da informação tornam o consumidor mais vulnerável. Os veículos de comunicação de massa se aproveitam dessa fragilidade para capturar os desejos do inconsciente do consumidor fazendo com este se comporte de maneira prejudicial a sua saúde e segurança, inclusive financeira, gerando o consumismo e o superendividamento das famílias.

Restou demonstrado, outrossim, que uma das características marcantes da sociedade contemporânea é a associação de *status* do indivíduo com a aquisição de bens no mercado de consumo. A publicidade como instrumento de comunicação de massa teve e continua tendo papel fundamental nessa subversão de valores. É o que Bauman denominou de passagem da

sociedade de produtores para a sociedade de consumidores, ou ainda, de uma sociedade vinculada a uma modernidade sólida para a modernidade líquida. Nessa nova conjuntura há a promoção do consumismo como estilo de vida.

No consumismo a atitude de consumir não é racionalizada, pelo contrário, estimula-se a compra por impulso de bens desnecessários. Promove-se uma espécie de aprisionamento dos hábitos de consumo dos indivíduos. Para atingir esse objetivo os fornecedores, aliados às agências publicitárias, estudam os consumidores, observando seu comportamento e suas escolhas no afã de inserir nestes uma mentalidade consumista. A ideia é criar novas necessidades e desejos de forma perene, tornando o consumo de produtos e serviços supérfluos um ciclo repetitivo.

Com o avanço da internet houve o aumento da velocidade na transmissão das informações e a cultura do consumismo foi ampliada. Tal ferramenta funcionou como uma espécie de catalisadora do desejo de substituição contínua de bens de consumo e da difusão de valores narcisistas e imediatistas, fazendo com que o ter se tornasse mais importante do que o ser.

Ressalte-se que o consumismo constitui um problema de índole social e coletiva. Por essa razão, é papel do Estado informar, educar e proteger o consumidor do perigo imanente à prática do consumo desmedido, além de alertá-lo sobre as consequências danosas desse comportamento.

Acredita-se que é possível sim realizar uma atividade publicitária socialmente responsável e que respeite os preceitos do sistema normativo consumerista. Os profissionais da área devem compreender o quão temerário é a interferência no inconsciente do consumidor e no seu respectivo comportamento de consumo.

Este trabalho propõe uma reflexão sobre os valores que realmente importam na sociedade de consumo. É mister exigir não somente a qualidade de um bem de consumo ou a excelência na prestação de determinado serviço, mas também uma conscientização de que o consumismo é prejudicial.

Na medida em que as empresas encarem com seriedade essa mudança de postura e passem a estimular o consumo responsável, o problema da violação dos direitos do consumidor por intermédio da publicidade subliminar será drasticamente reduzido. Ocorre que esse processo de conscientização não deve ficar a cargo somente dos fornecedores. Toda a sociedade de consumo deve reagir, no afã de impor limites à difusão de anúncios subliminares.

Na veiculação de publicidade subliminar por meio da rede mundial de computadores o anunciante adota, na verdade, uma conduta omissiva ao camuflar informações contidas no anúncio, ludibriando a compreensão do consumidor.

A omissão é a maneira mais fácil de mentir. Ao não se mencionar determinada informação, não se corre o risco de ficar exposto à contradição, ao contrário do que acontece quando se faz uma afirmação falsa. A omissão é o mecanismo ideal a ser utilizado quando o objetivo é esconder intenções.

É preciso reconhecer que os efeitos exatos que as mensagens subliminares causam no comportamento dos consumidores não são, até hoje, completamente conhecidos. As obras sobre a temática, mesmo dos outros ramos do conhecimento, são raras e atestam a dificuldade em detectar e identificar as implicações advindas diante da adoção de tal técnica.

Não obstante a constatação aludida acima, o direito tem o dever de coibir tal prática, haja vista que esta vai de encontro ao sistema protetivo do consumidor. Uma publicidade com conteúdo subliminar na *web* é dotada de clandestinidade e dissimulação, atributos repudiados pelo ordenamento jurídico e que reclamam punição dos agentes infratores.

O caráter inovador do tema revela a dificuldade de encontrar casos concretos demandados na esfera judicial. A atuação dos juízos e tribunais ainda se dá de maneira tímida e incipiente, sendo necessário mais coragem e espírito precursor daqueles que julgam a fim de que o enfrentamento do problema objeto deste estudo científico não se esgote nas discussões acadêmicas.

A ausência de punição exemplar serve de estímulo ao transgressor e torna a publicidade sub-reptícia destinada a enganar o consumidor e estimular o consumismo a regra no mercado. A simples inserção expressa de um dispositivo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor coibindo a veiculação de publicidade subliminar já seria um passo para proteção do mesmo em face de tal conduta nefasta. O fato de existirem proibições gerais sobre o tema não afasta a possibilidade de iniciativas legislativas com a finalidade de estabelecer vedações mais específicas. O caráter pedagógico de tal medida deve ser levado em conta.

É imperioso o estímulo à proposição de demandas coletivas visto que a problemática da violação dos direitos do consumidor por meio da veiculação de publicidade subliminar na internet é, por sua própria natureza, um pleito que atinge diversas pessoas ao mesmo tempo.

Dessarte, o fortalecimento da proteção do consumidor, nesse caso, passa por uma conscientização do caráter coletivo dessa espécie de ação. O sistema consumerista como um todo deve ser orientado com enfoque no consumidor coletivamente considerado. As

associações e órgãos de defesa do polo mais frágil da relação possuem o dever de ajuizar demandas na defesa da coletividade das vítimas de publicidade subliminar na *web*.

O investimento em campanhas que busquem conscientizar o consumidor acerca da conduta de inserção de imagens e sons subliminares em anúncios na mídia impressa, na televisão e na internet constitui uma das soluções apontadas por este trabalho.

O enfrentamento da questão por parte do Poder Judiciário reprovando o ato ilícito de fornecedores, agências publicitárias, veículos de comunicação e celebridades que participam do anúncio traduz-se em outro instrumento eficaz para desestimular a profusão de publicidade subliminar na *web*. A pesquisa acadêmica sobre o problema contribui, outrossim, para a prevenção e coibição da prática de difusão publicidade sub-reptícia.

O presente estudo terá atingido sua finalidade se tiver conseguido despertar o interesse de investigação científica e de provocação do debate sério sobre um tema obscuro em sua própria essência. A violação dos direitos do consumidor por meio da publicidade subliminar na internet constitui uma realidade que os juristas não podem deixar de captar conscientemente.

REFERÊNCIAS

I – Livros

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005.
- ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ALVES, Carlos Teixeira. **Comportamento do consumidor: análise do comportamento de consumo da criança**. Lisboa: Escolar Editora, 2002.
- ALVES, Carlos Teixeira. **Satisfação do consumidor**. Lisboa: Escolar Editora, 2003.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARBER, Benjamin R. **Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos**. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BENJAMIN. Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. **O Conceito Jurídico de Consumidor**. São Paulo: RT, 1988.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do autor na Obra Publicitária**. São Paulo: RT, 1981.
- BOURDIEU, Pierre. **A Distinção: crítica social do julgamento**. Porto Alegre: Zouk, 2015.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Edições Juspodivm, 2014.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e Cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2006.

CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992.

CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez. **Publicità oculta e product placement**. Padova: Cedam, 2004.

CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito do Consumo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação transmitida pela Internet**. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, João Pinto e. **Comunicação de Marketing**. Lisboa: Sílabo Gestão, 2013.

CAVACO, Nanci Azevedo. **Consumismo é coisa da sua cabeça: o poder do neuromarketing**. Rio de Janeiro: Ferreira, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVAZZA, Nicoletta. **Como comunicar e persuadir: na publicidade, na política, na informação e nas relações pessoais**. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

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

CHAVES, Ruy Moreira. **Código da Publicidade Anotado**. Coimbra: Almedina, 2005.

CHAVES, Ruy Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013.

FACHANA, João. **A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet: em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores**. Coimbra: Almedina, 2012.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas Notas sobre a Publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva: incitação à violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

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

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

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

GIBSON, William. **Neuromancer**. São Paulo: Aleph, 2008.

GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade: Comunicação Persuasiva**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. São Paulo: Juruá, 2006.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. São Paulo: Prentice Hall Brasil. 12. ed., 2007.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2000.

LÉVY, Pierre. **O Que é Virtual?** Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997.

PECK PINHEIRO, Patricia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Comércio eletrônico na sociedade da informação**: da segurança técnica à confiança jurídica. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A liberdade de navegação na internet: browsers, hyperlinks, meta-tags. **Estudos de Direito da Comunicação**, Coimbra: n. 03, p. 227-260, 2002.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Compêndio Jurídico da Sociedade da informação**. Lisboa: Quid Juris. 2004.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PINHO, J.B. **Comunicação em marketing**: princípios da comunicação mercadológica. Campinas: Papirus, 2006.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria, técnica e prática. 7. ed. São Paulo: Thompson Learning, 2007.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. As fragilidades das políticas públicas de inclusão digital: o caso da publicidade infantojuvenil *on line*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta; COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org). **As políticas públicas do constitucionalismo contemporâneo**: tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 420-435.

SCHIFFMAN, Leon G.; KAKUK, Leslie Lazar. **Comportamento do consumidor**. Rio de Janeiro: LTZ, 1997.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar**: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Tradução: Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Editora Gente, 2009.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes consumidas**: do consumismo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor**: comprando, possuindo e sendo. Porto Alegre: Brookman, 2002.

SOUZA, Ana Paula Marques de. Responsabilidade dos sites de compras coletivas e o Código de Defesa do Consumidor. **Temas relevantes de direito do consumidor**: doutrina e jurisprudência. Org. Hebert Vieira Durães. Coord. Fernando A. de Vasconcelos. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet**: responsabilidade dos provedores pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2003.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de; BRANDÃO, Fernanda H. de Vasconcelos. **Direito do consumidor e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

II – Artigos de revistas e periódicos e matérias publicadas em meio eletrônico

ALMEIDA, Susana. As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de opt in e a opção de inscrição em listas de Robinson. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol I, N. 2, p. 159-190, jun 2011.

A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **Revista Superinteressante**. São Paulo: Abril. Edição 162, mar 2001. Disponível em: <super.abril.com.br/tecnologia/a-sociedade-da-informacao>. Acesso em: 18 jan. 2016.

BATISTA, Rosana Roseo; RIOS, José Riverson Araújo Cysne. **Propaganda subliminar em mídia impressa e sua influência sobre pessoas sem tempo**. Trabalho apresentado no XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, Natal, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 9, jan/mar., 1994, p. 25-57.

BITTAR, Carlos Alberto. O Controle da publicidade: sancionamento e mensagens enganosas e abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 4, São Paulo: RT, edição especial 1981, p. 129-131.

CARVALHO, Diógenes Faria de. Consumidor endividado, vítima do sistema cultural. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol II, N. 1, p. 55-74, mar 2012, p. 59-60.

CHAVES, Lucinda Siqueira. O Direito além das palavras: um estudo da produção de imagens no âmbito jurídico. **Revista do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, Ano XIV, n.51, p. 125-142, out/dez, 2010, p. 126.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: v. 13, n. 15/16, 1974.

CONJUR. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-06/propaganda_subliminar_gera_indenizacao_14_milhoes>. Acesso em: 26 fev. 2016.

COUTO, Rute. Publicidade: dimensão do direito do consumidor à informação. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: n. 9, p. 51-67, mar 2013.

DA ROCHA, Roberto Silva. Natureza jurídica dos contratos celebrados com *sites* de intermediação no comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: n. 61, p. 230-269, jan/mar 2007.

DE LUCCA, Newton. Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol. II, n. 3, p. 113-132, set 2012.

DOUGLAS, Mary. O mundos dos bens, vinte anos depois. **Horizonte Antropológicos**, Porto Alegre, ano 13, n. 28, p. 17-32, jul./dez. 2007.

DUARTE, Jorge Dias. Da tutela do consumidor em Portugal e do papel do Ministério Público. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol. II, n. 3, p. 133-152, set 2012.

EFING, Antônio Carlos; SOUZA, Maristela Denise Marques de. O comportamento do consumidor sob influência da publicidade e a garantia constitucional da dignidade humana. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 70-94, jul./dez. 2014.

ELSIE, Mc Phail Fanger. Publicidad, hábitos y motivaciones. **Razón y Palabra**, v. 17, n. 81, nov-ene, 2012, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México.

FACHIN, Luiz Edson. Novo Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: um *approach* de suas relações jurídicas. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 07, p. 111-135, 2005.

FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España e Portugal. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol III, N. 10, p. 125-152, jun. 2013.

FREUD, Sigmund. O interesse científico da psicanálise. **Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas-ESB**, v. 13, 1913.

FROTA, Ângela M. M. S. Portugal. Educação para o consumo: publicidade infanto-juvenil: permitir, restringir ou proibir? Breves notas. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, Coimbra: n. 72, Associação Portuguesa de Direito do Consumo, p. 71-85, dez 2012.

FROTA, Mário. Auto-regulamentação: vantagens e desvantagens. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 04, RT, 1992.

HENRIQUES, Maria Carmen Segade Henriques. Estudo sobre publicidade por meios aéreos. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 411-231, 1999.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. n. 1. P. 85-97, Porto Alegre: UFRGS, mar. 2003. p. 86.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. **Revista de Processo**, Ano 40, Vol. 239, p. 263-276, jan 2015, p. 268.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no acórdão. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, a. 27, (240): 23-209, outubro/dezembro, 2015, p. 76.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol IV, N. 14, p. 41-59, jun 2014, p. 45.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre o empreendimento do Shopping Center – A questão do tenant mix e da cláusula de raio e seus efeitos no campo das relações empresariais e das relações de consumo. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, p.137-154, jan-mar, 2015, p. 6.

LIMBERGER, Têmis; BARRETO, Ricardo Menna. Ciberespaço e obstáculos 3-D: desafios à concretização dos direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: n. 79, p. 101-120, jul/set 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 03, p. 23-45, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do consumidor**, vol. 75. p. 9 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2006, jul. 2010.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, p. 223-254, abr./jun. 2006.

MEDEIROS, J. F. **Advergames**: a publicidade em jogos digitais como forma de atrair o consumidor. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: www.sbgames.org/papers/sbgames09/culture/short/cults3_09.pdf. Acesso em: 15 jan. 2016.

MONEBHURRUN, Nitish e VARELLA Marcelo D.. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p. 423-443.

MONTEIRO, António Pinto. Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 201-214, 1999.

MONTEIRO, António Pinto. Sobre o direito do consumidor em Portugal. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 04, p. 121-135, 2002.

MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. O impacto da mídia publicitária e relacional na formação de consumidores jovens e adultos. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol II, N. 3, p. 95-112, set 2012.

MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro – publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 117-176, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 15/20, p. 210-214, 1995.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** Disponível em: http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf. Acesso em 10 jan. 2016.

O PERFUME E O FARO. **Revista Veja**. São Paulo: Abril. Edição 2.498, ano 49, n. 40, out. 2016.

PEREIRA, Alexandre Dias. Publicidade Comparativa e práticas comerciais desleais. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 07, p. 341-378, 2005.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Vol II, N. 4, p. 129-164, dez 2012.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O princípio da transparência no direito europeu dos contratos. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 04, p. 137-163, 2002.

RODRIGUES, Cunha. As novas fronteiras dos problemas de consumo. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra: n. 01, p. 45-67, 1999.

ROSA, Tais Hemann da; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a tutela do consumidor superendividado no Brasil: um novo caso de proteção da pessoa contra si mesmo: atualidades e perspectivas. **Revista Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 1, p. 81-104, jan./jun. 2015.

SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do consumidor à publicidade na internet: o caso das promoções de vendas no *Twitter***. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, p. 3388-3416, nov. 2011.

SANTOS, Noemi de Freitas; e SILVA, Rosane Leal da. **A exposição do público infanto-juvenil à publicidade subliminar *on line*: o caso do jogo *Miss Bimbo***. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 311-331, jan./jun. 2011.

SILVA, Rosane Leal da; HOCH, Patrícia Adriani; DE LA RUE, Letícia Almeida. **A proteção do consumidor em face da publicidade subliminar: um estudo de caso de blogs de beleza**. Artigo publicado no 1º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria. Rio Grande do Sul, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 60, p. 7-36, out./dez. 2006.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelo danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**, ano 4, n. 10, set/dez 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VALENTE, Suelen Brandes Marques. A sociedade questiona a publicidade: um estudo da atuação da sociedade civil organizada na regulamentação da sociedade brasileira. **Revista Comunicação & Sociedade (C&S)**. São Bernardo do Campo: v. 37, n. 3, p. 469-493, set./dez. 2015.

VOLP. **Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa**. Disponível em: www.academia.org.br. Acesso em 28 jan. 2016.

III – Monografias Acadêmicas: Dissertações e Teses

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Princípios sociais dos contratos nas relações de consumo**. 2002. 243 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2002.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A vulnerabilidade e sua repercussão no superendividamento do consumidor**. 2014. 221 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2015.

ANDRADE, Marcus Vinicius Fernandes da Silva. **A frustração da expectativa de consumo pela publicidade**. 2006. 418 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2006.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **A boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo limitador da autonomia da vontade nos contratos eletrônicos de consumo**.

2010. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2010.

BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. **A regulação da publicidade infantil**. 2013. 157 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2013.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade**. 2010. 331 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo: 2010.

EL KALAY, Renata Solera Ramon. **Aspectos jurídicos da proteção do consumidor no comércio eletrônico sob uma perspectiva luso-brasileira**. 2010. 110 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra: 2010.

JUNIOR, Reginaldo De Franceschi. **Limiar: uma visão publicitária sobre os limites da percepção**. 2009. 114 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo: 2009.

MALTEZ, Rafael Tocantins. **Publicidade subliminar**. 2008. 437 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2008.

MELO, Romeu Pessoa de. **Comércio eletrônico: os principais problemas das contratações electrónicas via internet**. 2010. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra: 2010.

NETO, Antônio Silveira. **Relações comerciais na Internet: a violação da privacidade e dos direitos do consumidor**. 2004. 197 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa: 2004.

PADILHA, Sandra Maria Galdino. **A publicidade na sociedade de consumo: restrições à publicidade de bebidas alcoólicas**. 2005. 174 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa: 2005.

PAIVA, Christianne Matos de. **Responsabilidade civil por publicidade enganosa na internet**. 2002. 141 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2002.

SOUZA, Ana Paula Marques de. **A responsabilidade dos sites de compras coletivas em face do Código de Defesa do Consumidor**. 2012. 149 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa: 2012.

WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. 2009. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Recife: 2009.

IV – Legislação e Jurisprudência

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária** do Conar: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, de 05 de maio de 1980. (1980). Disponível em <www.conar.org.br>. Acesso em: 17 jan. 2016.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Decreto 2.181 (1997). **Decreto que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC**: Decreto 2.181, de 20 de março de 1997. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Decreto 57.690 (1966). **Decreto que regulamenta a lei que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda**: Decreto 57.690, de 1º de fevereiro de 1966. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BRASIL. Decreto 7.962 (2013). **Decreto que regulamenta a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico**: Decreto 7.962, de 15 de março de 2013. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei 3.688 (1941). **Lei das Contravenções Penais – LCP**: Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Lei 13.105 (2015). **Código de Processo Civil**: Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Lei 1.521 (1951). **Lei que altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular**: Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2015.

BRASIL. Lei 4 (1962). **Lei que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo**: Lei delegada, nº 4, de 26 de setembro de 1962. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BRASIL. Lei 4.137 (1962). **Lei que regula a repressão ao abuso do Poder Econômico**: Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2015.

BRASIL. Lei 7.347 (1985). **Lei que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências**: Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Lei 8.137 (1990). **Lei dos Crimes contra Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo**: Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Lei 8.069 (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Organização do texto: Carmem Becker. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Lei 8.884 (1994). **Lei que transforma o CADE em autarquia**: Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2015.

BRASIL. Lei 9.294 (1996). **Lei que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas**: Lei 9.294, de 15 de julho de 1996. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei 12.529 (2011). **Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2015.

BRASIL. Resolução 163/14 (2014). **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**: Resolução nº 163, de 13 de março de 2014. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/infancia/publicidadeeconsumo/conanda/resolucao_163_conanda.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 1.157.228/RS**. Brasília, DF. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. Julgamento em: 03 fev. 2011. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 1.101.949/DF**. Brasília, DF. Relator Min. Marco Buzzi. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 63.981/SP**. Brasília, DF. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em: 11 de abr de 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Produtos-comprados-no-exterior-t%C3%AAm-garantia-de-conserto-no-Brasil>. Acesso em: 26 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **Recurso Especial nº 861.711/RS**. Brasília, DF. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em: 14 abr. 2011. Disponível em: <www.stj.vlex.com.br/vid/-278701659>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 586.316/MG**. Brasília, DF. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 17 de abril de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2893505&sReg=200301612085&sData=20090319&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 08 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **RMS nº 27.541/TO**. Brasília, DF. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 18 ago. 2009. Disponível em: <www.stj.vlex.com.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. (TJRS). **Ação Civil Pública nº 598498970/RS**. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Porto Alegre. Relator Min. Wellington Pacheco Barros. Julgamento em: 17 de fev de 1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 26 mar. 2016.

PORTUGAL. **Código da Publicidade**: Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis>. Acesso em: 28 jan. 2016.