



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EVENTUAL ILICITUDE DA PUBLICIDADE SUBLIMINAR EM RAZÃO DO
CDC

Rosa Maria Gomes Rodrigues

Rio de Janeiro
2016

ROSA MARIA GOMES RODRIGUES

A EVENTUAL ILICITUDE DA PUBLICIDADE SUBLIMINAR EM RAZÃO DO CDC

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara Neto

Rio de Janeiro

2016

A EVENTUAL ILICITUDE DA PUBLICIDADE SUBLIMINAR EM RAZÃO DO CDC

Rosa Maria Gomes Rodrigues

Graduada pela Universidade Salgado de Oliveira - Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Privado pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo - atualmente é comum ver a publicidade de um produto ou serviço veiculado na mídia, outdoors, prospectos e até mesmo em propagandas locais e logo após vários consumidores brigando com os fornecedores e lojistas em virtude da divergência de informações precisas. Inúmeras são as demandas judiciais, as reclamações junto aos órgãos administrativos e ainda os constantes bate boca em estabelecimentos comerciais. Porque os fornecedores investem na publicidade subliminar, já que sabem que as mensagens passadas dessa forma vão afetar diretamente o cérebro do consumidor, induzindo ao consumo ou aquisição de produtos e serviços sem a real necessidade ou interesse, gerada muitas vezes por impulso e por levá-los a acreditar que aquele é o melhor produto ou serviço e que se fizer uso dos mesmos serão pessoas realizadas.

Palavras-chave - Direito do Consumidor, Publicidade Subliminar, Vinculação, Erro Grosseiro, Boa fé, Indenização, Ilicitude e Princípio.

Sumário: Introdução. 1.A publicidade frente ao Código de Defesa do Consumidor. 2. A publicidade subliminar e seus efeitos. 3. A publicidade frente a Legislação Brasileira. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado busca demonstrar que embora o Código de Defesa do Consumidor tenha pecado ao não vedar expressamente a prática publicitária de técnicas subliminares, existem no ordenamento jurídico algumas ordens principiológica que podem, contudo, ser aplicadas de forma a defender a ilicitude da referida prática.

Ressalta-se que as mensagens subliminares são remetidas automaticamente ao cérebro em nível involuntário, inconsciente pela fração de três décimos de segundo, ou seja, numa fração de tempo imperceptível para os olhos humanos.

Assim, tem-se uma verdadeira afronta ao princípio do direito à liberdade de escolha, uma vez que é cerceada a liberdade do consumidor de optar por aceitar ou não a informação a ele imposta, pois a publicidade subliminar cerceia a atividade racional do indivíduo, merecendo, portanto, estas práticas uma maior fiscalização quanto à abusividade e ilicitude da publicidade.

Desta forma a defesa do consumidor está enquadrada como direito humano da nova geração sendo considerado verdadeiro direito fundamental além de garantia individual com previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso XXXII.

Como direito fundamental, o direito do consumidor possui caráter subjetivo ao qual deve ser assegurado ao consumidor em suas relações seja contra o Estado, na chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais que se dá entre o Estado e o consumidor, seja nas relações privadas, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre dois sujeitos de direito privado.

Noutros dizeres, deve o direito do consumidor ser respeitado em qualquer relação consumerista, pois, em decorrência da força normativa da Constituição, tendo o direito do consumidor status de direito fundamental, a sua afronta estaria ferindo o Estado de Direito do qual emana a proteção às normas e princípios constitucionais.

Dessa forma encontra-se protegido o consumidor na condição de vulnerabilidade da qual se encontra em relação ao fornecedor na relação consumerista, e foi pela necessidade de dar maior proteção à parte hipossuficiente que o legislador criou uma lei específica para tal, a lei 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Como direito fundamental, o direito do consumidor possui caráter subjetivo ao qual deve ser assegurado ao consumidor em suas relações seja contra o Estado, na chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais que se dá entre o Estado e o consumidor, seja nas relações privadas, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre dois sujeitos de direito privado.

No primeiro capítulo será analisado a publicidade no Código de Defesa do Consumidor, onde vê-se que a informação é necessário processo de comunicação em que o emitente/fornecedor de produtos e serviços transmite mensagem através de um veículo de comunicação ao destinatário, no caso o consumidor, desta forma na maioria das vezes é utilizada a persuasão para incentivar o consumidor na aquisição do objeto da relação consumerista.

Já no segundo capítulo será abordada a publicidade subliminar propriamente dita, haja vista que não é estanho nos depararmos com aquela mensagem latejando em nosso subconsciente como se fosse um alerta para adquirir tais produtos ou serviços.

Por fim, no terceiro e último capítulo será analisado a publicidade subliminar frente a legislação brasileira para na sequencia falar se é possível sua vedação como forma de garantir que a vontade do consumidor não seja induzida inconscientemente a um determinado ato.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1 -A PUBLICIDADE FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n 8.078/90 incide na relação jurídica celebrada entre as partes litigantes, fazendo prevalecer os princípios e as regras cogentes nele inseridas, que visam favorecer o lado mais vulnerável nesse vínculo, e, por conseguinte, reequilibrar as forças entre as partes envolvidas na contenda, desproporcional e injusta.

Desta forma, foram reservados alguns artigos no CDC¹ para regulamentar a publicidade, quais sejam, os artigos 30, que trata da vinculação da publicidade, o artigo 31, que fala da transparência das informações, o artigo 36 e § único, responsáveis por elencar a identificação da publicidade, o artigos 37 e parágrafos que dispõem sobre publicidade enganosa e abusiva, o artigo 38 que trata do ônus da prova, o art. 56, inciso XII que traz as sanções administrativas; e, ainda os artigos 63, 67, 68 e 69 que tratam das infrações penais.

Neste sentido, a doutrinadora Cláudia Lima Marques² define publicidade como: “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.

O CDC traz em seu art. 6º os direitos básicos do consumidor, direitos estes norteadores de todas as relações consumeristas tendo dentre eles o princípio da vulnerabilidade que é o princípio segundo o qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade do consumidor como agente mais fraco no pólo da relação jurídica. Assim, pode-se afirmar que a presunção da vulnerabilidade do consumidor é absoluta, pois não possui conhecimentos específicos sobre os produtos e/ou serviços que está adquirindo, se sujeitando aos imperativos do mercado de consumo, tendo por único aparato a boa-fé da outra parte.

¹BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> acesso em 26 de outubro de 2016.

² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 673.

Além da responsabilidade penal, o Código impõe ainda uma responsabilidade civil aos veiculadores de propaganda enganosa ou abusiva. Tal responsabilidade advém do efeito vinculativo da propaganda, através do qual o fornecedor obriga-se por toda e qualquer informação que fizer veicular.

Se se dispôs que determinado produto³ é o de menor preço no mercado, obrigatoriamente o comerciante deverá ofertar o produto com o menor preço. Almeja-se dar uma maior proteção ao consumidor, evitando-se que o mesmo seja ludibriado. É o que vem disposto no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor deu à propaganda a natureza jurídica de um contrato. Se antes havia apenas uma oferta via propaganda, no instante que o consumidor toma conhecimento da mesma, dá-se o efeito vinculativo, e a partir do momento que este consumidor manifesta sua aceitação pelo produto, a oferta passa a contrato. Mesmo que seja assinado um contrato no qual não conste o disposto na propaganda, seu teor integra o instrumento contratual celebrado.

Como se observa, a questão fundamental para a caracterização da publicidade enganosa será a capacidade de induzir ao erro o consumidor a respeito de qualquer dado do produto ou serviço que estiver sendo anunciado. Mas, o que é considerado erro? No entendimento de Sergio Cavalieri Filho⁴, significa:

Erro é a falsa representação da realidade. É juízo falso, enganoso, equivocado, incorreto que se faz de alguém ou de alguma coisa. Logo, será enganosa a publicidade capaz de levar o consumidor a fazer uma falsa representação do produto ou serviço que está sendo anunciado [...]

Já o jurista Antônio Herman Benjamin⁵ entende que pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das Leis, não seja enganoso. Leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana.

Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio à violência e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade, da intimidade, privacidade, honra e imagem

³ LAGES, Leandro Cardoso. Publicidade enganosa é crime. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 9, 16 mar. 1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/702>>. Acesso em: 26 out. 2016.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 98.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Manual de Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais* São Paulo, p. 329-341, 2007.

das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao idoso, da tutela enérgica da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural.

Notadamente, a publicidade abusiva importa em ofensa a valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais. Numa sociedade marcada pela cultura industrial, bombardeada diariamente, consciente e inconscientemente, por milhares de imagens, sons, mensagens, faz-se necessária a descoberta de novas técnicas capazes de atrair a atenção do consumidor.

Nessa tentativa, os publicitários acabam fazendo uso de meios cada vez mais apurados e desenvolvidos, contando, até mesmo, com a ciência como a psicologia, a sociologia, a psiquiatria, dentre outros.

De acordo com Ada Pellegrine⁶ não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia-a-dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico.

Contudo, a diferença maior entre publicidade e propaganda é o objetivo de lucro, na primeira há uma intenção em obter-se vantagem econômica, consiste na forma clássica de tornar conhecido um produto ou uma empresa com o escopo de incentivar o interesse pela coisa anunciada, criar prestígio ao nome ou à marca do anunciante ou ainda difundir certo estilo de vida enquanto a segunda não busca um proveito econômico, mas fundamentalmente a difusão de ideias, promovendo a adesão a certo sistema ideológico, político, social, religioso, econômico e governamental, sendo excluído quase sempre o benefício econômico. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor cuida tão somente da publicidade.

A maior parte dos doutrinadores entende que as normas de defesa do consumidor se refeririam tão somente à publicidade comercial, não abrangendo a propaganda, em razão do fato desta última não ter o pressuposto de lucro, apto a ensejar a incidência das normas que disciplinam a publicidade enganosa e abusiva.

O artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor traz duas formas de publicidade ilícita: a enganosa e a abusiva.

A publicidade enganosa é proibida pelo sistema do Direito do Consumidor⁷, com previsão expressa no art. 37, caput, e §1º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que dispõe, in verbis:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

⁶GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 7 ed. (revista e ampliada), Rio de Janeiro, p. 275, 2001.

⁷BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> acesso em: 26 de outubro de 2016.

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço, e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Percebe-se que o legislador, ao se preocupar com a definição de publicidade enganosa no próprio texto legal, o fez com a inserção de um rol exemplificativo de erros aos quais pode o consumidor ser induzido pela mencionada forma de publicidade.

A enganabilidade conforme exposto pelo próprio artigo, pode se dar de forma comissiva, ou seja, por ação direta na campanha, ou omissiva, quando se apresenta pela ausência de informação essencial a respeito do produto ou serviço.

Mas a ideia de relativização do princípio não se apresenta distante da doutrina. Em capítulo intitulado. A imperfeita percepção da publicidade como garantia do processo democrático, o Prof. Roberto José Ferreira de Almada⁸, após discorrer sobre temas relevantes e a concepção sociocultural de nosso povo, observa que:

[...] exceto em situações muito particulares em que a privacidade e o interesse público possam efetivamente recomendar a restrição do direito de informação e de acesso irrestrito aos acontecimentos do processo, por parte das pessoas do povo.

A publicidade enganosa por omissão tem seu conceito estabelecido também pelo Código, com dispositivo específico no mesmo art. 37, em seu §3º, que dispõe: “para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

Ainda, há que se ressaltar que para a concretização da publicidade como enganosa, desnecessária se faz a análise do elemento subjetivo do fornecedor, ou daquele que a vincula a mencionada publicidade, posto tratar-se de responsabilidade objetiva.

Nesse sentido Claudia Lima Marques⁹ leciona “para que tais publicidades sejam consideradas abusivas ou enganosas não é necessária a vontade específica dolosa ou que a aproximação entre fornecedor e consumidor tenha sido com o intuito direto de vender, de comerciar, de concluir contratos – basta a atividade”. Desta forma, conclui-se que,

⁸ ALMADA, José Ferreira de. *A Garantia Processual da Publicidade*. São Paulo: RT, 2005, p. 129.

⁹ MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman, MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 30, 2006.

essencialmente, publicidade enganosa é toda aquela que por ação ou omissão induzir o consumidor a erro sobre dados essenciais do produto ou serviço. Trata-se de publicidade terminantemente repudiada pelo sistema consumerista.

A publicidade abusiva é aquela que agride os princípios e valores maiores do ordenamento jurídico que informam e permeiam a nossa sociedade. Veda-se qualquer forma de publicidade que atente contra os valores sociais fundamentais ou que induza o consumidor a adotar comportamento prejudicial à sua saúde ou segurança.

Assim como ocorre com a publicidade enganosa, ao inserir a expressão “dentre outras” no texto legal, o legislador tornou o conceito aberto, seguido de um rol exemplificativo de situações que são tidas como publicidade abusiva. Do texto legal depreende-se que publicidade abusiva é toda aquela que se aproveite da vulnerabilidade do consumidor, ou que viole valores sociais e morais do mesmo.

O mestre Eduardo Gabriel Saad¹⁰ diz que “é abusiva a publicidade que se realiza com fins contrários à ordem pública, ao direito, à moral”. Assim, uma vez que a publicidade seja ofensiva à ordem social e à sociedade, torna-se abusiva, ferindo o interesse coletivo”.

Completa ainda o mestre¹¹ em brilhante comparativo entre a publicidade abusiva e o abuso de direito: “À semelhança do que ocorre com o abuso de direito, a publicidade abusiva aparentemente obedece aos cânones tradicionais da comunicação social, mas, em verdade, é prejudicial aos interesses do consumidor e do meio social em que se insere.”

Dessa forma, a publicidade abusiva equipara-se ao abuso de direito, visto que se veste de um manto de falsa legitimidade para violar direitos dos consumidores e da sociedade ao extrapolar os limites estabelecidos pela lei.

Ainda há de se esclarecer que os conceitos de publicidade enganosa e abusiva não se confundem, podendo uma publicidade ser perfeitamente honesta no que se refere à sua veracidade da publicidade Subliminar.

2. A PUBLICIDADE SUBLIMINAR E SEUS EFEITOS: O PODER DE PERSUASÃO INCONSCIENTE

¹⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p.353.

¹¹Ibid., pag.358.

Atualmente, a publicidade tem sido a grande descoberta para a venda de produtos e/ou serviços e é por assim o ser que é proibida a publicidade enganosa bem como métodos comerciais coercitivos ou desleais, como assim dispõe o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Isso posto, tem-se por grande vilão da publicidade a chamada publicidade subliminar¹² que se define por qualquer estímulo realizado abaixo do limiar da consciência que produz efeitos na atividade psíquica e mental do indivíduo, termo esse inventado por James Vicary, um especialista em marketing americano, no ano de 1957.

As mensagens subliminares são remetidas automaticamente ao cérebro em nível involuntário, inconsciente pela fração de três décimos de segundo, ou seja, numa fração de tempo imperceptível para os olhos humanos.

A publicidade subliminar pode ser entendida como aquela veiculada de uma maneira que atinge, tão somente, o inconsciente do destinatário. O termo subliminar de acordo com o dicionário Houaiss é definido como um estímulo indireto atuando no subconsciente a fim de persuadir pessoas a fazer escolhas e realizar atitudes.

A persuasão subliminar na mensagem, segundo a psicologia, teria capacidade de produzir estímulos abaixo do limiar de consciência, detendo, portanto, de um determinado grau de persuasão capaz de alterar comportamentos e manipular atitudes do receptor.

Esse tipo de mensagem tem sido veiculada em diversos meios de comunicação como rádio, televisão, filmes revistas, jornais, etc. Dessa forma, ela atinge um variado grupo de consumidores que inicia-se pelo público infantil por meio de propagandas publicitárias e filmes, até o público de idosos por meio de filmes e jornais.

Observa-se que a grande celeuma acerca do tema é no tocante a limitação da capacidade de escolha do consumidor uma vez que não são perceptíveis tais mensagens, não dando aos consumidores, parte hipossuficiente das relações consumeristas, opção de aceitá-la ou rejeitá-la.

A veiculação desse tipo de publicidade deixa de lado o atendimento aos princípios norteadores das relações consumeristas, em especial a transparência e boa-fé. Tendo por oportuno ressaltar que o fato da maior parte dessa publicidade ser dirigida a pessoas que tem pouca instrução para firmar seus próprios interesses e princípios deve a propaganda ser fiel ao

¹² OLIVEIRA, Lorena Castelo Branco de; AMARAL, Liana Silva do. Publicidade subliminar: uma afronta ao direito à informação do consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10259>. Acesso em jan 2017.

cumprimento do princípio da boa-fé, pois, neste caso, o consumidor encontra-se privado da sua capacidade de raciocínio subliminarmente persuadido.

Nesse diapasão tem-se por mensagem subliminar uma verdadeira “arma” do mundo contemporâneo uma vez que se vive em uma sociedade escrava dos meios de comunicação e conseqüentemente a vinculação desse tipo de publicidade, na qual o consumidor é lesado quanto a seu direito de escolha, poderá dar ensejo a uma nova ditadura, a ditadura publicitária.

Trazendo a baila as implicações jurídicas no campo consumerista têm-se também uma afronta direta ao princípio constitucional do direito à informação, sendo este direito fundamental cujos efeitos se irradiam fora da relação privada do consumidor abrangendo também a sociedade como um todo, pois em virtude de se estar em um Estado de Direito à todos devem ser garantidos os direitos inerentes a qualidade de cidadão.

Assim, tem-se uma verdadeira afronta ao princípio do direito à liberdade de escolha, uma vez que é cerceada a liberdade do consumidor de optar por aceitar ou não a informação a ele imposta, pois a publicidade subliminar cerceia a atividade racional do indivíduo, merecendo, portanto, estas práticas uma maior fiscalização quanto à abusividade e ilicitude da publicidade.

A publicidade tem como finalidade comercializar determinado produto ou serviço, utilizando as diversas formas da mídia. A mídia tem grande influência na sociedade, conseguindo fazer com que as pessoas comprem ou utilizem determinado produto ou serviço.

O grande problema surge no momento em que grandes marcas usam da publicidade, para controlar a sociedade, manipulando pessoas a consumir determinado produto ou utilizar um determinado serviço. Nesse processo a mensagem subliminar é muito utilizada.

A utilização da mensagem subliminar não é proibida diretamente pelo CDC, uma vez que este não aborda nenhum efeito nem sanção sobre o assunto, assim, não existem meios para punir as pessoas que a utilizam para fins comerciais, políticos ou ideológicos, apesar de que é evidente que ela fere as normas do bom senso e do livre arbítrio do consumidor.

Parte-se do princípio que o consumidor tem o direito de escolher aquilo que deseja ou não adquirir e também assistir, ou seja, o consumidor possui o direito constitucional à liberdade de escolha. No entanto o cerne da questão está no fato de que as mensagens subliminares apresentam conteúdos que não podem ser vistos de forma consciente, onde o espectador não pode usufruir do direito de optar por aceitá-la ou não, estando inconsciente durante sua exibição. Sob esse aspecto ela se demonstra extremamente abusiva.

Nesse sentido, Catarina Diniz¹³ avalia que:

[...] a publicidade tenta, assim, associar as necessidades, impulsos e emoções das pessoas, jogando com as vulnerabilidades destas. Todas as atividades e fantasias podem ser manipuladas através dos olhos e dos ouvidos, desde os pensamentos mais secretos até os comportamentos mais públicos, sem que se tenha conhecimento disso.

Insta salientar que, apesar de ainda existir confusão entre a publicidade subliminar com a publicidade indireta, também denominada oculta, clandestina, aquela que pode ser percebida com esforço pelo destinatário, embora a mensagem omita, deliberadamente, o seu intuito publicitário, como é o caso do merchandising, doutrinariamente já se consegue distinguir essas duas técnicas.

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

Seguindo as palavras de Reynaldo Silveira¹⁴ veicula-se a publicidade subliminar por meio de imagem visual ou simplesmente sonora de pouca intensidade. O apelo da mensagem é sutil, discreto, e alcança o inconsciente do consumidor, que não percebe a finalidade da informação.

O Tribunal de Justiça¹⁵ do Estado do Rio de Janeiro dispõe que a publicidade veiculada na revista se distingue das matérias jornalísticas ou artigos científicos apresentados no seu bojo, não sendo crível crer na ingenuidade ou incapacidade de discernimento do consumidor, sendo certo que a informação de que se trata de sobrecapa publicitária, em que pese não estar em letra das mesmas dimensões das outras, não se apresenta escondida, sendo plenamente visível.

Assim vem sendo o entendimento do Tribunal:

0121671-07.2008.8.19.0001 – APELACAO 1ª Ementa DES. ANDRE RIBEIRO
- Julgamento: 13/02/2012 - VIGESIMA CAMARA CIVEL APELAÇÃO

¹³ DINIZ, Catarina Fernandes. *A influência dos estímulos não-consciencializados no comportamento do consumidor*. Tese para a Licenciatura em Comunicação Empresarial, ISCEM, Lisboa, 1999, p.115.

¹⁴ SILVEIRA, Reynaldo Andrada da. *Práticas mercantis no direito do consumidor*. Juruá, Curitiba, p127, 2004.

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0121671-07.2008.8.19.0001 – APELACAO Disponível em < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201100193237&CNJ=0121671-07.2008.8.19.0001> > acesso em 26 de outubro de 2016

CÍVEL. AÇÃO COLETIVA. CONSUMIDOR. PROPAGANDA SUBLIMINAR E ENGANOSA. INCAPACIDADE DE INDUÇÃO DO CONSUMIDOR À ERRO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. A publicidade veiculada na revista se distingue das matérias jornalísticas ou artigos científicos apresentados no seu bojo, não sendo crível crer na ingenuidade ou incapacidade de discernimento do consumidor, sendo certo que a informação de que se trata de sobrecapa publicitária, em que pese não estar em letra das mesmas dimensões das outras, não se apresenta escondida, sendo plenamente visível.

Adalberto Pasqualotto¹⁶ ensina que a dificuldade de identificação da publicidade pode enganar não só o consumidor como também pode estar fraudando a lei, já que a falta de identificação permite transgressões de regras legais.

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

3 - A PUBLICIDADE FRENTE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO

Conforme já abordado nos capítulos anteriores, no Brasil, não existe lei específica sobre publicidade subliminar, no entanto, podemos encontrar a regulamentação da publicidade no CDC (Código de Defesa do Consumidor), no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, e também nas leis que regulamentam a profissão e as agências publicitárias, com o objetivo de manter a ética para a prática da publicidade.

O CDC informa claramente no art. 36 que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor fácil e imediatamente a identifique como tal. Assim, ao veicular uma publicidade, o fornecedor deve proceder de forma clara e inteligível de modo que o consumidor, ao vê-la, perceba que está diante de um anúncio.

¹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto *Os efeitos obrigacionais na publicidade* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82-83

Além da responsabilidade penal, o Código impõe ainda uma responsabilidade civil aos veiculadores de propaganda enganosa ou abusiva. Tal responsabilidade advém do efeito vinculativo da propaganda, através do qual o fornecedor obriga-se por toda e qualquer informação que fizer veicular.

O ordenamento jurídico repudia a publicidade indireta, aquelas que o consumidor não identifica como tal de imediato, pois isto fere os princípios que protegem o consumidor; tais como a transparência. Já o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação faz menção à mensagem subliminar, pois diz que esta não constitui técnica de publicidade comprovada, mas que, no entanto, produz alguns efeitos que são nocivos aos consumidores, o que é condenável.

Existem três sistemas de controle da publicidade: o autorregulamentar, o legal e o misto, como a seguir demonstrado.

O Sistema autorregulamentar consiste no controle interno da publicidade, ligado ao setor publicitário e realizado por órgão privado, é promovido pela edição de códigos de ética ou conduta. Em decorrência da necessidade de manter a confiança dos consumidores nas mensagens veiculadas através da publicidade.

Não é difícil constatar que os meios adotados no sistema privado ou autorregulamentar são insuficientes para coibir mensagens nocivas ao consumidor ou ao concorrente. Suas regras não têm poder coativo. Ademais, a regra de autodisciplina somente sujeita aqueles que aderem voluntariamente a tal forma de controle.

Assim, o sistema legal é decorrência da necessidade de se adequar as leis às novas regras do mercado de consumo, haja vista que o nosso Código Civil vigora desde 1917 e a publicidade anda na mesma velocidade da economia.

Esta modalidade de regramento se faz exclusivamente por intervenção estatal, ou seja, somente o Estado pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las.

Nenhuma participação têm, no plano da autodisciplina, os diversos atores publicitários.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover¹⁷ nesse sistema compete exclusivamente ao Estado regulamentar a publicidade proibindo praticas nocivas, seja por meio de leis ou de forma sistemática, com agrupamento de normas de um Código”.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. *Forense Universitária*, Rio de Janeiro, p. 9. 2004.

As vantagens do controle externo é o poder coercitivo do Estado segundo o qual a não observação das normas de ordem públicas traz a capacidade de analisar continuamente o mercado e ainda sanções jurídicas

Já o sistema misto nada mais é que a junção dos dois modelos apresentados, ou seja, é o sistema privado adicionado ao sistema legal. São sistemas independentes e não complementares um do outro. O sistema privado, embora às vezes beneficie o consumidor, tem como função defender interesses dos associados, ou seja, defender os anunciantes à vista de concorrentes desleais, enquanto o sistema legal visa a tutela direta do consumidor.

Este sistema ocorre a adição do controle voluntário da publicidade por organismo autorregulamentar aos procedimentos judiciais ou administrativos.

Adalberto Pasqualotto¹⁸ entende: “Incorreta a afirmação de que no Brasil há uma regulamentação mista tendo em vista que a regulamentação estatal ocupou o espaço deixado para a autonomia privada o autor salienta ainda que as normas do CONAR¹⁹ de caráter privado não seriam aptas para os efeitos jurídicos perante terceiros”

Vale dizer que o anunciante que desrespeita uma norma legal relativamente à publicidade, sendo ele associado ao CONAR, responderá perante os dois sistemas.

Esse é o modelo ideal e foi essa a opção do Código de Defesa do Consumidor. Quando uma publicidade apresenta uma infração em relação ao código, e dessa forma é comprovada a procedência da denúncia, o CONAR toma uma atitude: ou suspende sua veiculação ou recomenda que seja feita a alteração que foi questionada.

O CONAR tem sua função apenas aos casos que está sendo ou foi veiculado, não podendo fazer uma prévia análise das publicidades que serão colocadas no mercado, pois um dos seus objetivos é resguardar a liberdade de expressão.

O resultado final emitido por ele pode determinar que o anúncio esteja impedido de voltar a veicular ou que seja feita alterações nele.

CONCLUSÃO

¹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 69.

¹⁹ O CONAR é uma organização não-governamental que possui natureza jurídica de associação, portanto sem fins lucrativos, constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial em defesa do consumidor. Não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. Criado em 1978 inspirado no modelo inglês de regulamentação

Vê-se que a mensagem subliminar está sendo cada vez mais utilizada pela publicidade. No entanto, o uso indiscriminado desse recurso está trazendo consequências aterrorizadoras para o mundo jurídico, já que tal prática é utilizada ilícitamente para induzir, de forma inconsciente, os receptores a consumirem o produto oferecido.

Além do mais, essas mensagens ao afetarem a percepção subliminar do indivíduo que está exposto a publicidade, se transformam em verdadeiras “angústias” que induzem o receptor a consumir o produto, sem ao menor pudor ou permissão para adentrar a mente humana.

Além do controle estatal da publicidade, exercido pelo Código, a regulamentação da publicidade pode se dar por duas formas distintas: o sistema auto regulamentar e o sistema misto.

O primeiro sistema, que imperou até recentemente, deriva das medidas que os próprios anunciantes tomaram para prevenir-se da concorrência desleal derivada da ocorrência de publicidade enganosa; nesse sistema, por meio da criação de códigos de ética e boa conduta os próprios anunciantes e publicitários exercem o controle sobre os eventuais desvios da publicidade.

Era o sistema aplicado no Brasil após a criação do CONAR, entidade privada que visa reprimir a publicidade ilícita. Sua ineficácia ficou demonstrada pelo seu corporativismo e pela inexistência de caráter coercitivo de suas regras, haja vista seu caráter privado. O Brasil atualmente adota o sistema regulamentar misto, que combina os controles público e privado da publicidade. Nesse sistema, convivem paralelamente os códigos de ética e normas estatais, de modo a propiciar um controle mais efetivo da atividade publicitária. Sendo certo que, assim como há norma reguladora que reprime a propaganda abusiva e enganosa, a mesma deveria também regular o uso de mensagens subliminares na publicidade.

Diante disso, o Código de Defesa do consumidor possui dispositivos que vedam esse tipo de publicidade abusiva, principalmente por que viola os princípios da informação, clareza e identificação.

Assim, com base nessas considerações, embora no Brasil, não exista legislação específica sobre o assunto, vê-se que a publicidade subliminar é ilícita, haja vista induzir o consumidor a adquirir bens e serviços como se estes fossem os melhores do mundo, ou até mesmo como se fossem a solução de qualquer problema. Desta forma, sua prática deve regulamentada por lei específica, sem deixar dúvidas de que aquele que praticar tal ato deve sofrer as penalidades.

A publicidade está hoje inexoravelmente ligada ao mundo capitalista, sendo dele um componente estratégico, ao atuar como força estimuladora e orientadora da produção e do consumo. A atividade publicitária, no início meramente informativa, transmutou-se adquirindo com a expansão dos meios de comunicação em massa o seu caráter atual, predominantemente persuasivo, ganhando tal importância nas relações de consumo a ponto de não se poder dissociá-la da sociedade contemporânea.

Muito embora o código de defesa do consumidor não traga nenhuma norma específica que aborde diretamente ou proíba a veiculação da publicidade subliminar conclui-se que a mesma é uma verdadeira afronta ao princípio do direito à liberdade de escolha, uma vez que é cerceada a liberdade do consumidor de optar por aceitar ou não a informação a ele imposta, pois a publicidade subliminar cerceia a atividade racional do indivíduo, merecendo, portanto, estas práticas uma maior fiscalização quanto à abusividade e ilicitude da publicidade.

REFERÊNCIAS

ALMADA, José Ferreira de. *A Garantia Processual da Publicidade*. RT, 2005: SP BRASIL, Lei 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> acesso em 26 de outubro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº =201100193237& CNJ=012167107.2008.8.19.0001 Disponível em < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx> > acesso em 26 de outubro de 2016 Acesso em: 17 out. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

CONAR. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>

DINIZ, Catarina Fernandes. *A influência dos estímulos não-consciencializados no comportamento do consumidor. Tese para a Licenciatura em Comunicação Empresarial*, ISCEM, Lisboa, 1999.

FERNANDES, Daniela Bacelar. *Responsabilidade Civil e direito do consumidor em face das mensagens subliminares*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª ed. rev e ampl) Rio de Janeiro, 2001.

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

LAGES, Leandro Cardoso. *Publicidade enganosa é crime*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 9, 16 mar. 1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/702>>. Acesso em: 26 out. 2016.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman, MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª Ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Lorena Castelo Branco de; AMARAL, Liana Silva do. Publicidade subliminar: uma afronta ao direito à informação do consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10259>. Acesso em jan 2017.

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

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

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