

**DIREITOS DO CONSUMIDOR E DIREITOS DE PERSONALIDADE:
PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**CONSUMER RIGHTS AND RIGHTS OF PERSONALITY: MISLEADING
ADVERTISING AND ABUSIVE IN CODE OF CONSUMER PROTECTION**

Anderson Donizete dos Santos¹

<http://lattes.cnpq.br/2852897088465932>

Lucidalva Maiostre²

<http://lattes.cnpq.br/6264087040263594>

RESUMO: Desde a Segunda Guerra Mundial o Direito por todo o globo vem buscado garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana, esta garantia e proteção tornou-se parte do Direito sobre a denominação dos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade buscam proteger as esferas mais íntimas do ser humano. Este mesmo período também foi marcado por um avanço tecnológica surpreendente, pela dominação efetiva do capitalismo que transformou a sociedade contemporânea em Sociedade de Consumo. Para conseguir igualar os dois lados que integram essa nova forma de organização social: o consumidor e o fornecedor, o legislador criou o Código de Defesa do Consumidor. Através desse dispositivo legal tenta-se coibir qualquer forma de consumo que prejudique o consumidor, para isso foi necessário que o CDC também regulamentasse a publicidade e a propaganda, tendo em mente que são estas as formas de apresentar certo produto ou serviço ao consumidor. Devido à massificação dos meios de comunicação a publicidade e propaganda tornaram-se a principal arma de venda de produtos, tornando imprescindível que estas formas de comunicação fossem reguladas. O estudo busca revelar a transformação dos direitos da personalidade, o surgimento do CDC, e principalmente a importância da publicidade na vida dos membros da Sociedade de Consumo.

PALVARAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor; Direitos da Personalidade; Publicidade Ilícita.

ABSTRACT: Since the Second World War the law across the globe has sought to ensure the full development of human personality, the security and protection have become part of the law under the name of personal rights. Personality rights seek to protect the most intimate spheres of man. This same period was also marked by an amazing technological

¹ Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR. Graduado pela Universidade Paranaense – Unipar Paranavaí em 2000; Advogado. Diretor Presidente da OAB-Subseção de Paranavaí-PR.

² Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR. Graduada em Ciências Econômicas pela FECEA – Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (1994); Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná (2007); Especialização em Economia Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (1999); Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-UNIDERP (2010). Professora nas Faculdades Integradas do Vale do Ivai-Pr. e advogada.

advancement, and so the effective domination of capitalism that has transformed contemporary society into a Consumer Society. To successfully match the two sides that make up this new form of social organization: the consumer and the supplier, the legislator created the Consumer Protection Code. Through this legal provision is an attempt to curb any form of consumption that harms consumers, for it was necessary that the Consumer Protection Code also regulates the advertising and marketing, keeping in mind that these are the ways of presenting right product or service to the consumer. Due to mass media, marketing and advertising have become the main weapon of selling products, making it imperative that these forms of communication were regulated. This current studies will reveal the processing of personal rights, the emergence of the Consumer Protection Code, and especially the importance of advertising in the lives of members of the Consumer Society.

KEYWORDS: Code of Consumer Protection; Personality Rights; Unlawful advertising.

1 Introdução

A personalidade humana vem sendo entendida como a parte mais intrínseca do homem, aquela parte que o homem carrega consigo desde sua concepção, mesmo que muitos ainda debatam sobre essa afirmação.

O pleno desenvolvimento da personalidade é tão essencial para o homem que se criou direitos capazes de protegê-la, foi assim que surgiram os direitos da personalidade. Nosso constituinte percebendo a importância da personalidade e dos direitos que a tutelam dispôs uma cláusula geral que garantisse proteção total a todos os aspectos da personalidade.

Nosso Legislador apesar de não reconhecer o direito geral da personalidade garantiu sua proteção através de uma tipificação dos direitos da personalidade. Contudo, sabemos que nosso país é regido pela Constituição Federal e que a sombra de qualquer dúvida devemos recorrer a ela para aclarar nossas ideias e conseqüentemente por nela estar descrito podemos afirmar a existência de uma tutela geral dos direitos da personalidade no nosso ordenamento jurídico.

O ser humano, agora dotado de personalidade, para realizar-se plenamente na Sociedade Contemporânea passou a ser designado como consumidor, visto que vivemos efetivamente numa sociedade capitalista em que o ter é sempre mais importante do que o ser. Para equilibrar essa nova forma de relação de consumo que surgiu do capitalismo foi criado o Código de Defesa do Consumidor, que protege o consumidor em suas relações de consumo com o fornecedor.

A principal forma de interação entre o fornecedor e o consumidor ocorre através da publicidade, é a publicidade que apresenta o produto ou serviço de um determinado fornecedor para um número indeterminado de consumidor.

A principal forma de garantir que essa publicidade não induza o consumidor ao erro é tutelada pelo CDC que coíbe qualquer forma de publicidade ilícita, entendida como enganosa ou abusiva. O CDC também não deixou de transformar essas formas enganosas e abusivas de publicidade em crime decretando sanções penais para o uso ilícito da publicidade.

Esse estudo busca demonstrar como nosso Direito trata os direitos da personalidade, revelar o momento histórico que marcou a mudança da sociedade para sociedade de consumo, a necessidade de um código que regulamentasse essa nova relação de consumo e principalmente entender um pouco mais sobre os possíveis usos ilícitos da publicidade.

2 Dos Direitos da Personalidade

Os direitos de personalidade se afirmaram nos ordenamentos jurídicos por todo o mundo a partir da segunda metade do século XX, período da história da humanidade marcado por injustiças e revoltas. O termo foi criado por jusnaturalistas franceses e alemães designando certos direitos inerentes ao homem, sendo preexistente ao reconhecimento por parte do Estado³.

O termo personalidade é definido por De Plácido e Silva como o “conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro⁴”.

Para Clayton Reis “personalidade é o caráter multifacetário do ser humano ante o ponto de vista psicológico e jurídico⁵”. Pontes de Miranda entende que o elemento subjetivo dos direitos da personalidade é o ser humano, portanto “a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico⁶”.

³ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Booksellers, 1999, v. I, p. 275-276.

⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1035.

⁵ REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 413.

⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000, p. 29.

Desta forma, podemos entender que a personalidade jurídica é um atributo que permite às pessoas, que tivessem personalidade, constituir relações jurídicas, sendo, pois um requisito para que “a pessoa ingressasse no mundo jurídico e fosse reconhecida como sujeito de direitos e deveres⁷”. Orlando Gomes explica que “a personalidade é um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direitos e obrigações⁸”.

Essa capacidade de ser titular de direitos e deveres seria o aspecto subjetivo dos direitos de personalidade, sob o aspecto objetivo a personalidade seria “como um conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico⁹”.

Nossa atual Constituição Federal ao adotar como valor motriz de sua doutrina a dignidade da pessoa humana dotou a personalidade dessa mesma dignidade. A partir de então os direitos da personalidade deixaram de ter relação apenas com a personalidade jurídica e passou a ser considerada, segundo ensina San Tiago Dantas, como um fato natural, “como um conjunto de atributos inerentes à condição humana¹⁰”.

Szaniawski ensina “que a **personalidade** se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte mais intrínseca da pessoa humana¹¹”, além disso, para o autor, desde a sua concepção o ser humano já é dotado de personalidade. Entre os bens que os direitos da personalidade tutelam Szaniawski descreve como “aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros¹²”.

De Cupis explica que os direitos da personalidade constituem o *minimun* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade humana¹³. Para Limongi França os direitos da

⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileira. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 141.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro – temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

¹⁰ SAN TIAGO DANTA, F. C. *Programa de direito civil: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 152.

¹¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

¹² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

¹³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 24.

personalidade protegem “os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim, as suas emanções e prolongamentos¹⁴”. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos considerados:

[...] extrapatrimoniais, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, inatos, absolutos, necessários, vitalícios. Não são suscetíveis de avaliação pecuniária; não podem ser transmitidos a outrem; sendo inerentes à pessoa, não podem ser renunciados; não se extinguem com o tempo; enquanto for viva, a pessoa é titular de todas as expressões dos direitos de personalidade; não estão sujeitos à execução forçada. Quando há a lesão ao direito de personalidade a compensação em dinheiro é devida porque não há como reparar o dano em sua integralidade, não há como restituir à pessoa, de modo satisfatório, o que foi lesado¹⁵.

Quanto a sua classificação os direitos da personalidade são entendidos por alguns como direito geral da personalidade, assim está tutelado em nossa Constituição vigente, e direitos da personalidade tipificados, como faz o nosso atual Código Civil.

Szaniawski explica que os defensores da teoria dos direitos da personalidade típicos “fracionam e tipificam os direitos oriundos da personalidade humana em diversos direitos fechados, de acordo com as diversas manifestações ou atributos da personalidade do indivíduo¹⁶”.

A mais conhecida classificação dos direitos da personalidade tipificados é de Adriano de Cupis, que os classifica em: I – direito à vida e à integridade física; II – direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver; III – direito à liberdade; IV – direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo); V – direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título ao sinal pessoal); VI – direito moral do autor.

Szaniawski lembra que a teoria do “direito geral de personalidade se revela como o meio jurídico necessário para a tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade do ser humano¹⁷”. É através dessa ampla tutela que todos os aspectos da personalidade humana podem ser verdadeiramente protegidos, evitando que aspectos não tipificados, mas que integram a personalidade do indivíduo fiquem desprotegidos.

¹⁴ FRANÇA, Limongi. *Direitos da personalidade I*. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 28, 1977-1982, p. 140.

¹⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileira. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32/33.

¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 87.

¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 116.

Apesar da preocupação de nossa Constituição em efetivar os direitos de personalidade sob a fórmula de uma cláusula geral da personalidade, nosso constituinte estava atento as novas possíveis formas de violações de direitos de personalidade que poderiam se esconder por trás de direitos como o direito à informação, o direito à escolha ou o direito de ser ouvido e deixou disposta a necessidade de se criar um Código que dotasse o homem, individualmente falando, de certo poder capaz de coibir agressões contra sua personalidade.

Essas agressões poderiam ocorrer quando o indivíduo, tratado agora como consumidor, se tornasse um consumidor, tornando-se uma das partes na principal relação da sociedade contemporânea: a relação de consumo, a outra parte é representada pelo fornecedor. O ser humano, denominado de consumidor, busca a plena realização de sua personalidade, geralmente através do consumo, o fornecedor busca de qualquer forma vender seu produto e serviço, tornando-se mais rico e desequilibrando ainda mais a balança capitalista.

O novo código que o legislador percebeu ser urgente criar nasceu sobre a insígnia de Código de Defesa do Consumidor em princípio dos anos de 1990, através desse código o consumidor que não possuía meios adequados para se proteger, e conseqüentemente proteger sua personalidade e todos os demais valores e princípios entendidos como fundamentais por nossa Constituição Federal atual, passou a ter seus direitos garantidos e resguardados das possíveis lesões causadas por produtos e serviços oferecidos pelo fornecedor, cujo capital pecuniário eram infinitas vezes superiores ao do consumidor, e, portanto, como prega o capitalismo, usufruía de condições de monopólio diante do consumidor.

3 Do Direito do Consumidor

O direito do consumidor surge como uma forma de proteger o mais fraco, o consumidor, contra o mais forte, o fornecedor. Por isso, o direito do consumidor busca aceitar as diferenças para poder protegê-las.

Essa preocupação em proteger o consumidor tornou-se mais necessária a partir da Revolução Industrial, comenta Fachin, pois nessa fase da história da humanidade “vislumbrou

crecente desequilíbrio nas relações de consumo, acentuado, hodiernamente, pela grande concentração de capital¹⁸”.

As relações de consumo, ou o “vínculo jurídico por meio do qual se verifica a aquisição pelo consumidor, de um produto ou de um serviço, junto ao fornecedor datam dos primórdios da história da humanidade¹⁹”. Essa relação antigamente se fazia por meio da troca, ou escambo, em que mercadorias eram trocadas por alimentos ou por outras mercadorias de valor semelhante, essas relações não eram conhecidas pelo direito.

A primeira vez que se verificou no Direito certa preocupação com a proteção do consumidor foi no Código de Hamurabi, datado de 2038 a. c. Os romanos, por sua vez, também disciplinavam certa proteção ao consumidor quando esse viesse a adquirir produto com defeito.

Contudo, foi a Revolução Industrial desencadeada a partir da segunda metade do século XVIII que alterou drasticamente as relações de consumo, fazendo com que a relação que até então mantinha-se em certo grau de igualdade se tornasse desigual.

A produção em escala, que possibilitou produzir bens de consumo aos milhares e o aperfeiçoamento dos meios de comunicação fizeram com que a humanidade passasse a viver numa sociedade de consumo, em que se compra não por necessidade mas impulsionado pelo desejo de consumir.

Com a evolução tecnológica, especialmente nos campos da comunicação e da informação a relação de consumo foi alterada drasticamente, o consumidor consciente, através da publicidade, das muitas ofertas de produto passou a ser alvo fácil para os fornecedores²⁰.

Essa nova forma de organização da sociedade trouxe para o Direito uma nova preocupação a de tornar uma relação tão desigual a mais justa e igualitária possível, pois de um lado têm-se os empresários e grandes grupos de produtores detentores de um imenso

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do Direito do Consumidor*. In: CONRADO, Marcelo; CAPAVERDE, Aldaci do Carmo. *Repensando o Direito do Consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005, p. 28.

¹⁹ LISBOA, R. S. *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no Direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 56.

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 10.

capital monetário e de outro o consumidor, sem dúvida alguma o elo mais fraco e desprotegido desta relação.

Diante desse novo cenário “em que o ter mais do que o ser é a ambição de uma grande maioria das pessoas que se satisfaz mediante o consumo²¹”, fez-se necessário no ordenamento jurídico o surgimento de uma legislação que melhor tutelasse o direito do consumidor.

Os mecanismos legais existentes naquele momento não davam conta de equilibrar essa relação, visto que eram destinados a regular relações individuais e a sociedade de consumo envolvia interesses supra-individuais²².

Os Estados Unidos da América foi a primeira nação a manifestar sua preocupação com a nova forma das relações de consumo, a Lei Sherman de 1890 protegia o consumidor. Pedro Ivo Andrade recorda da carta que Kennedy o então presidente norte-americano enviou ao congresso em 12.03.1962, contendo um esboço dos primeiros quatro direitos básicos do consumidor: o direito à segurança; o direito à informação; o direito à escolha; e o direito de ser ouvido.

Em 1973 a Organizações das Nações Unidas (ONU) consciente dessa nova forma de organização social baseada nas relações de consumo, reconheceu tais princípios como direitos fundamentais e universais do consumidor, também foi a ONU que solicitou que os governos criassem uma infraestrutura capaz de proteger o consumidor.

As relações de consumo ficaram a margem do direito em nosso país até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990, o direito do consumidor até então não tinha amparo no ordenamento jurídico, ficando a mercê, como ensina Fachin, da disciplina contratual alicerçadas nas codificações civil e comercial.

O CDC surgiu como imposição da nossa Constituição Federal, quando o nosso constituinte no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou, como explica Bruno Miragem, ao legislador elaborar um Código.²³

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 266.

²² ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

²³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

Essa imposição “indica uma organização normativa sistemática de regras e princípios, orientada para a finalidade constitucional de proteção do mais fraco na relação de consumo²⁴”. Isso é reflexo do fato de nossa atual Constituição descrever em seu texto o direito do consumidor entre os direitos e garantias individuais, sendo, pois, consagrado como direito fundamental.

O Código Brasileiro de Defesa e Proteção ao Consumidor foi consubstanciado na Lei 8.078/90, possuindo 119 artigos, constituindo-se em um microssistema normativo de natureza multidisciplinar, pois abrange vários ramos do direito público e privado.

Ainda quanto à natureza do CDC tomamos parte das palavras de Nelson Nery Júnior (*apud* FERNANDES, 2009:81) para quem “o Código de Defesa do Consumidor é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética²⁵”, por isso mesmo, possui preceitos gerais, que fixam os princípios fundamentais nas relações de consumo. Como ensina Amaral o CDC “decorre diretamente dos novos valores e paradigmas constitucionais²⁶” tendo em vista que sua consolidação foi uma exigência constitucional.

4 Publicidade

Na Sociedade contemporânea também denominada de Sociedade da informação ou de consumo o fenômeno do desenvolvimento da atividade publicitária foi um dos que mais proporcionou o surgimento e desenvolvimento do mercado de consumo, além de caracterizar as transformações econômicas mais essenciais do último século²⁷.

O termo publicidade é assim definido por Isabella Henriques:

Uma forma de oferta e, portanto, de prática comercial, que se vale dos meios de comunicação social de massa para difundir os benefícios e vantagens de determinado produto ou serviço, cujo consumo se pretende incentivar, perante o respectivo público consumidor potencial ou efetivo²⁸.

²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

²⁵ NERRY JÚNIOR, Nelson *apud* FERNANDES, Daniela Bacellar. *Responsabilidade Civil & Direito do Consumidor: em face das mensagens subliminares*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 81.

²⁶ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 239.

²⁸ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36.

Antonio Benjamin entende “por publicidade qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação e/ou persuasão²⁹”.

Lucia Magalhães Dias lembra que publicidade está relacionada ao termo latino *publicus*, devendo ser entendida como a propagação geral de algo, “como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo³⁰”, a publicidade busca criar o interesse de aquisição no consumidor, completa a autora.

Luiz Amaral conceitua publicidade como “a atividade que tem por fim fazer conhecer uma marca, incitar o público a comprar um produto, utilizar um serviço; é anúncio, encarte³¹”. Eugenio Malanga define publicidade como a “arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação³²”.

Inicialmente a publicidade tinha como principal função de apresentar aos consumidores certo produto ou serviço, indicando também o local onde este poderia ser adquirido, recorda Lucia Magalhães Dias, contudo, o novo cenário globalizado, alicerçado na sociedade de consumo, dotou a publicidade de outra função “a de informar o consumidor com a finalidade precípua de estimular novas demandas; convencê-lo, por meio da persuasão, à aquisição de produtos e serviços³³”.

Aliette de Almeida leciona que a publicidade “permite a comunicação entre as empresas e os consumidores e, a sua utilização visando o convencimento do consumidor, lhe confere um grande poder social de forma a ser considerada um verdadeiro instrumento de controle social³⁴”.

²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V. *O controle jurídico da publicidade*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 65.

³⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

³¹ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira, *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

³² MALANGA, Eugenio. *Publicidade: uma introdução*. 4. ed. São Paulo: Edima, 1987, p. 11

³³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

³⁴ ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira. *A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-28.

Apesar de sua importância ter se efetivado com os avanços tecnológicos e o surgimento dos meios de comunicação de massa global os primeiros resquícios de publicidade se deu por meio oral, há mais de 3000 anos em Tebas, no Egito, segundo ensina Neusa Gomes³⁵, nesta primeira publicidade buscava-se um escravo perdido ou foragido.

Os gregos usavam a palavra e o cartaz como forma de transmitir informação comercial. Na Roma Antiga foram criados, os rótulos publicitários e também os símbolos profissionais, afirma Neusa Gomes.

Com o surgimento da imprensa de Johannes Gutemberg e através dos primeiros anúncios de livros religiosos, a Inglaterra tornou possível que a publicidade surgisse de forma consistente. Então em 1625, descreve a autora, o Jornal *Mercurius Brithanicus* publicou o primeiro anúncio impresso, para Antonio Benjamin o primeiro anúncio em inglês que se tem notícia foi veiculado em 1477, na Inglaterra e anunciava livros religiosos publicados por William Caxton³⁶.

No final do século XIX os Estados Unidos foram invadidos por uma série de jornais diários que possibilitaram que a publicidade ganhasse um grande fôlego, consolidando o fenômeno publicitário em massa paralelamente ao fenômeno de produção em massa, descreve Antonio Benjamin³⁷.

Neusa Gomes explica que a publicidade até o século XVI limitava-se “ao fornecimento de dados sobre o produto objeto de troca: preços, qualidades e quantidade colocada à venda. As relações entre o produto e o consumidor eram diretas³⁸”.

A publicidade ainda se arrastou até a Revolução Industrial e o surgimento da imprensa, transformou o público em massa, graças ao efeito simultâneo dos meios de comunicação e da produção mecânica, revela Neusa Gomes.

³⁵ GOMES, Neusa Dermartini. *Publicidade: comunicação persuasiva*. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 83-85.

³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. *O controle jurídico da publicidade*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

³⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V. *O controle jurídico da publicidade*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59-61.

³⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V. *O controle jurídico da publicidade*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 80.

Finalmente, após a Segunda Guerra Mundial que consolidou o capitalismo, a publicidade se disseminou pelo mundo graças ao avanço e crescimento das tecnologias, dos meios de comunicação, ao desenvolvimento da produção em massa, e principalmente, devido ao surgimento da sociedade de consumo.

No Brasil, Neusa Gomes acredita haver cinco ciclos da história da publicidade e da propaganda. Primeiro houve a tradição oral; depois no século XIX, o surgimento da imprensa possibilitou a aparição das mensagens escritas e difusas pelos jornais impressos; a partir de 07 de setembro de 1922, inicia-se o terceiro ciclo com a chegada das emissoras de rádio no Brasil; a criação da TV Tupi em 18 de setembro de 1950 dá início ao quarto ciclo; e finalmente, o quinto ciclo surge com a era dos anúncios virtuais³⁹.

O primeiro anúncio publicado no Brasil data de 1808 e foi inserido na Gazeta do Rio de Janeiro. Essencial para a difusão da publicidade no Brasil, lembra Neusa Gomes, foi a criação da TV Tupi, de Assis Chateaubriand.

Alexandre Volpi revela que foi a propaganda consumista no Brasil que ditou os hábitos brasileiros, massificando o consumo, elevando a medida do progresso à busca dos padrões de consumo dos países desenvolvidos⁴⁰.

Sobre a questão terminológica propaganda e publicidade apesar das pessoas normalmente entender os termos como sinônimos, não é essa a interpretação correta, devemos entender que os dois termos não são sinônimos, pois quando falamos em publicidade, estamos nos referindo ao ato de tornar público um fato, uma ideia, tendo o claro objetivo de influenciar na escolha de um bem⁴¹.

Porém, ao usarmos o termo propaganda referimo-nos a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido, sendo assim “a propaganda visa promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico), enquanto que a

³⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V. *O controle jurídico da publicidade*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 80.

⁴⁰ VOLPI, Alexandre. *A história do consumo do Brasil: do mercantilismo à era do foco no cliente*. São Paulo: Elsevier, 2007, p.77.

⁴¹ FERNANDES, Daniele Bacellar. *Responsabilidade civil & direito do consumidor em face das mensagens subliminares*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

publicidade visa promover o lucro, direta ou indiretamente, de uma atividade comercial, conquistando novos clientes ou mantendo os antigos⁴²”.

Portanto, para o nosso estudo o termo correto é publicidade, pois é ela que está envolvida diretamente na relação entre consumidor e fornecedor.

A publicidade pode ser promocional, quando divulga determinados serviços ou produtos “em favor de uma agente econômico de modo *direto* e *mediato* com a veiculação de oferta ou informações sobre os bens e serviço”, ou também pode ser institucional, quando persegue o mesmo fim, “porém de modo *indireto*, a partir da solidificação ou construção da imagem da empresa ou de sua marca no mercado consumidor⁴³”.

Diante dessas possíveis faces da publicidade o CDC tratou de tutelar e controlar a publicidade comercial, ou seja, “qualquer informação de caráter publicitário ou técnica mercadológica com vistas a divulgação e aquisição, direta ou indireta de produtos e serviços (art. 37, §1º)⁴⁴”. Deixando de fora propaganda ou campanhas governamentais, por seu caráter meramente pedagógico.

Lucia Magalhães Dias faz uma ressalva lembrando que propagandas abusivas veiculadas por instituições governamentais, religiosas, políticas, filantrópicas ou ideológicas não estariam imunes a qualquer tipo de controle, visto que a liberdade de expressão e manifestação de ideias não é ilimitada⁴⁵.

4.1 Publicidade e alguns Princípios do Código de Defesa do Consumidor

Os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas⁴⁶”, os princípios fundamentais dispostos no CDC são todos oriundos dos princípios que regem nossa Constituição ordinária.

⁴² FERNANDES, Daniele Bacellar. *Responsabilidade civil & direito do consumidor em face das mensagens subliminares*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 57.

⁴³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

⁴⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

⁴⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 93-94.

Com relação à publicidade temos no CDC segundo descreve Isabela Henriques nove princípios que a regula: o princípio da boa-fé e da equidade; da identificação da mensagem publicitária; da vinculação contratual da publicidade; da veracidade da mensagem publicitária; da não-abusividade da publicidade; do ônus da prova a cargo do fornecedor; da correção do desvio publicitário; da não-aplicação do princípio da transparência publicitária; da informação na publicidade.

O princípio da boa-fé e da equidade é um dos mais importantes adotados pelo CDC sendo aceito universalmente, de acordo com os estudos de Nery Júnior⁴⁷. O princípio da boa-fé para Aguiar Júnior é “mero marco referencial para a interpretação e aplicação do Código, o que seria até certo modo dispensável, pois não se concebe sociedade organizada com base na má-fé, não fosse a constante conveniência de acentuar sua importância⁴⁸”.

O princípio da boa-fé e da igualdade (art. 4º, III) são princípios básicos na publicidade, sendo expressamente descrito no CDC a observância dos mesmos nas relações de consumo. A boa-fé é uma regra de conduta que deve ser obrigatoriamente verificada “no modo de agir dos participantes da relação de consumo de acordo com os parâmetros de honestidade e lealdade aceitos pela sociedade⁴⁹”.

O princípio da identificação da publicidade (art. 36, caput, do CDC) tem como objetivo principal “proteger o consumidor assegurando-lhe o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário e, por isso, seu objetivo é promover a venda de algum produto ou serviço por meio da persuasão⁵⁰”. O princípio da identificação da mensagem publicitária visa coibir toda publicidade clandestina, dentre elas a publicidade subliminar e o *merchandising*⁵¹.

O princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária ou da obrigatoriedade do cumprimento (Arts. 30 e 35 do CDC) obriga o fornecedor que tenha ofertado seu produto por meio de uma publicidade a cumprir exatamente o que prometeu através da publicidade.

⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992, p. 62.

⁴⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14/20. p. 21.

⁴⁹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 57.

⁵⁰ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 59.

⁵¹ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 59..

Esse princípio busca combater a chamada publicidade chamariz, aquela cujo objetivo é atrair o consumidor para o estabelecimento do fornecedor⁵².

O princípio da não abusividade da publicidade (art. 31, C.C. art. 37, §2º) relaciona-se com o princípio da boa-fé, e busca criar padrões éticos impedindo que o consumidor tome atitudes que lhes prejudiquem, agridam sua própria consciência, seus valores ou crenças.

O princípio da inversão do ônus da prova do desvio publicitário (art. 38) é resultante da vulnerabilidade do consumidor e busca amenizar os efeitos produzidos pela publicidade ilícita.

Este princípio independe do pronunciamento judicial, ficando a cargo sempre do patrocinador, fornecedor interessado na sua veiculação, a prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, visto que é praticamente impossível ao consumidor provar a incorreção e a falsidade da informação ou comunicação publicitária, devido suas limitações técnicas e econômicas⁵³.

O princípio da correção do desvio publicitário – contrapropaganda (arts. 56, XII e 60) ou ainda, contrapublicidade⁵⁴ caberá:

sempre diante da existência da publicidade enganosa ou abusiva, às expensas do anunciante (art.60, caput) e será divulgada com a mesma forma, frequência, dimensão, veículo de comunicação, local, espaço e horário (parágrafo único, do art. 60). Devido á sua própria natureza, não é preventiva, mas reparatória, uma vez que, obviamente, só tem lugar após a veiculação da publicidade ilícita⁵⁵.

O princípio da não-aplicação do princípio da transparência publicitária⁵⁶, ou princípio da transparência da fundamentação publicitária (art. 36, parágrafo único)⁵⁷ pode ser entendido como a obrigação por parte do fornecedor de “veicular a publicidade somente fundada em

⁵² MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 333.

⁵³ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 339.

⁵⁴ O termo parece-nos mais apropriado devido as questões etimológicas anteriormente abordadas.

⁵⁵ MALTEZ, Rafael Tocantins, *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 340.

⁵⁶ HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 70.

⁵⁷ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 328.

dados fáticos, técnicos e científicos em relação aos quais possa ter sustentação probatória, inclusive para informação dos interessados, mantendo em seu poder a prova desses dados⁵⁸”.

O princípio da informação da publicidade ou princípio da liberdade da publicidade (*caput* dos arts. 220 e 170, parágrafo único, CF/1988), declara que a “obra publicidade, por se tratar de uma criação e meio de informação não sofrerá qualquer restrição, desde que observe o disposto na Carta Maior e nas demais normas incidentes⁵⁹”.

Infelizmente a publicidade visa apenas o lucro, portanto a atividade publicitária é livre somente enquanto forma de realização da livre iniciativa.

4.2 Publicidade Enganosa e Abusiva

A publicidade ilícita segundo dita o CDC “é toda aquela que viola os deveres jurídicos estabelecidos nesta norma na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias⁶⁰”.

O CDC em seu art. 37 regulamentou duas formas de publicidade ilícita: a enganosa e a abusiva, contudo esse dispositivo de lei é do tipo aberto, possuindo cláusulas gerais, que possibilitam o controle da legalidade diante do aperfeiçoamento e inovações publicitárias.

A publicidade enganosa é proibida expressamente no artigo 37, § 1º, do CDC, quer seja inteira e parcialmente falsa ou omissa, por ser capaz de induzir o consumidor ao erro sobre os aspectos de um produto. A publicidade abusiva está inserida no § 2º do mesmo artigo.

Quanto a publicidade enganosa, apesar da proibição expressa no CDC, aceita-se certa grau de ambiguidade, mas Nelson Nery Júnior lembra que não é necessário que se prove a enganiosidade real, basta a potencialidade de engano para que uma publicidade seja

⁵⁸ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 328.

⁵⁹ ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. Teixeira. *A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 251.

enquadrada como enganosa. Além disso, o autor afirma que basta que um dos sentidos seja enganoso para que a publicidade se caracterize como enganosa⁶¹.

Para Fábio Ulhoa Coelho⁶² mesmo a publicidade verdadeira pode ser enganosa, quando induz o consumidor ao erro. Nesse sentido Benjamin⁶³ ainda recorda que mesmo que somente uma pequena parcela de consumidores, considerados vulneráveis, como⁶⁴ por exemplo, as crianças, seja levada ao erro, a publicidade em questão será enquadrada como enganosa. Já Fernando Gherardini Santos afirma que toda mensagem publicitária possui um mínimo de falsidade graças a sua própria natureza.

Antônio Carlos Efiging também acredita que toda publicidade capaz de levar o consumidor a adquirir um produto ou serviço indesejado, acreditando nas informações vinculadas se enquadra em publicidade enganosa, mesmo que não haja erro efetivo na publicidade⁶⁵.

Mesmo quando o erro não se realiza, no caso do consumidor não efetivar a compra do produto ou serviço, o simples fato de induzir ao erro a publicidade pode ser entendida como enganosa, sendo, portanto, o erro ou engano potencial⁶⁶. Por isso, mesmo não havendo culpa ou dolo, por parte do fornecedor, bastará à existência do fato publicidade enganosa, para que a publicidade assim seja denominada⁶⁷.

Ao proibir a publicidade enganosa o CDC busca garantir o princípio de veracidade da publicidade, elemento este essencial na relação de cooperação que a publicidade deve ter com o consumidor. A publicidade deve ofertar um produto ou serviço de forma a mostrar ao

⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992, p. 67-68.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. *A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor*. Revista do Consumidor. São Paulo: n. 8 (doutrina), p. 69-78, out./dez., 1993, p. 69-78.

⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense, 1999, p.285.

⁶⁴ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 212-213.

⁶⁵ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 191-192

⁶⁶ COSTA, Judith Martins. *A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, p. 219-231, 1993, p.229.

⁶⁷ FURLAN, Valéria C. P. *Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 97-125, 1994, p. 115.

consumidor quais são as reais características desse produto ou serviço para que o consumidor consiga identificar se o produto ou serviço é o que ele realmente quer ou desejaria ter.

Lucia Magalhães Dias em acordo com os dizeres do CDC lembra que

[...] em pedidos de natureza difusa (coletiva), no exame do nexo de causalidade entre a mensagem e a indução em erro não se exige a comprovação do dano efetivo, i.e., a contratação viciada por diversos consumidores, mas apenas a capacidade da mensagem influenciar a vontade do consumidor pela sua desinformação ou pela informação equivocada (a mensagem é capaz de enganar)⁶⁸.

Uma mensagem publicitária pode induzir o consumidor ao erro, e, portanto, ser enganosa quando o produto ou serviço não apresentam as qualidades que a mensagem lhes atribui, sendo esta mensagem falsa.

A mensagem também pode ser falsa “quando as afirmações constantes da publicidade não guardam relação com as reais características do produto ou serviço ou com as efetivas condições de contratação anunciadas⁶⁹”.

Vale pontuar que nem toda publicidade falsa induz o consumidor ao erro, nestes casos não se configura a enganabilidade da publicidade, Lucia Magalhães Dias cita como exemplos publicidades que se utilizam da fantasia, das fábulas, das sátiras, das hipérboles ou dos exageros publicitários.

Por vezes a publicidade verdadeira pode levar ao erro o consumidor, por apresentar certa ambiguidade, inexatidão ou omissão de dado fundamental para a escolha do consumidor. Nos casos de ambiguidade ou inexatidão o sentido das informações da publicidade pode gerar confusão ou ainda dupla interpretação entre o público destinatário.

Continuando sua interpretação sobre publicidade enganosa Lucia Magalhães Dias explica que a omissão de dado essencial de um produto ou serviço ou de suas reais condições de contratação também pode ser interpretado como enganabilidade.

Para que o legislador consiga aplicar o dispositivo do CDC referente a publicidade enganosa, ainda que se alegue falsidade, ambiguidade ou omissão é preciso que estes fatores

⁶⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101-102.

⁶⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

levem o consumidor ao erro, caso isso não aconteça não haverá enganabilidade pela ausência do nexo de causalidade, recorda Lucia Magalhães Dias.

Quanto à publicidade abusiva o CDC não a conceitua expressamente, apenas apresenta no §2º do art. 37, um rol de verbos que podem caracterizá-la. No *caput* do supracitado artigo a publicidade abusiva é proibida. Justamente por não ser um termo definido e finito Lucia Magalhães Dias afirma haver uma verdadeira cláusula geral de não abusividade, proibindo “qualquer forma de publicidade que atente contra os valores sociais fundamentais ou que induza o consumidor a adotar comportamento prejudicial à sua saúde ou segurança⁷⁰”.

Fernando Gherardini Santos ensina que para o CDC toda publicidade que ataca valores essenciais da sociedade, tais como meio ambiente, igualdade de raças, deficiência da criança deve ser considerada como abusiva, e também toda publicidade que gere dano de natureza material ou não, além de fazer um alerta para o fato de que os danos que devem ser evitados sempre serão difusos ou coletivos⁷¹.

O conceito de abusividade não está diretamente relacionado com o produto ou serviço, mas antes com a mensagem veiculada, por isso é que Efig afirma “o potencial abusivo da publicidade não afeta necessariamente os consumidores efetivos ou reais, mas sim os potencialmente consumidores que têm suas fragilidades exploradas⁷²”.

Suzana Maria Federighi acredita que a publicidade abusiva “está relacionada à própria forma de abordagem do consumidor, não sendo obrigatória qualquer vínculo da nocividade da publicidade para com a lisura do produto⁷³”.

Bruno Miragem explica que “a própria definição do que se considere como publicidade abusiva constitui espécie de conceito jurídico indeterminado,” e também afirma que sua determinação e precisão só poderão ser creditadas quando da aplicação da norma no

⁷⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

⁷¹ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000., p. 225-226.

⁷² EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 195.

⁷³ FEDERIGHI, Suzana Maria P. C.P. *Publicidade abusiva – incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 69

caso concreto⁷⁴. Apesar de sua difícil conceituação a publicidade abusiva pode ser facilmente reconhecida, pois ela “geralmente agride, choca, perturba, incomoda, fere⁷⁵”.

Ainda que não apareça descrita sobre o termo abusividade podemos verificar a mesma preocupação em coibir publicidade que desrespeitam a dignidade da pessoa humana, que tenham caráter discriminatório de qualquer tipo, ou ainda que suscite no consumidor comportamentos que ponham em risco sua saúde, segurança ou o meio ambiente, no Direito alienígena, como na atual Diretiva Europeia 2007/65/CE, que proíbe as comunicações audiovisuais que provoquem qualquer um dos resultados acima descritos.

Também no Código de publicidade português é considerada abusiva a publicidade que instigue a violência, que seja discriminatória, que utilize linguagem obscena, deprecie a imagem de instituições, símbolos religiosos ou nacionais ou personagens históricos. Na Itália o *Codice del Consumo* acompanha os dizeres da Diretiva 2007/65/CE, é expressamente proibida na França desde 1992 através do Decreto 280/1992 a publicidade indecente, por ser contrária a dignidade da pessoa humana e atentatória a confiança do Estado⁷⁶.

Fazendo uma síntese das formas de publicidades enganosa e abusiva Luiz Amaral escreve:

1. quanto a publicidade enganosa, temos:
 - a) inteira ou parcialmente falsa;
 - b) com potencial de induzir em erro (não há necessidade do resultado material do erro) o consumidor, até mesmo por omissão.
 2. quanto à publicidade abusiva, temos:
 - a) discriminatória de qualquer natureza;
 - b) que incite à violência;
 - c) que explore o medo ou a superstição;
 - d) que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança;
 - e) desrespeite valores ambientais;
 - f) que possa induzir o consumidor a se comportar de modo prejudicial ou perigoso a sua saúde ou segurança.
- As possibilidades de indenização para o consumidor lesado por publicidade enganosa ou abusiva são (iguais as da oferta), ou seja, ele pode exigir:
1. o cumprimento forçado do que foi veiculado pela publicidade;
 2. outro produto ou prestação de serviço equivalente, pagando ou recebendo a diferença;

⁷⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 256.

⁷⁵ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 192.

⁷⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101-102

3. rescindir o contrato mediante a restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e composição de perdas e danos que podem ser materiais (emergentes e lucros cessantes e morais)⁷⁷.

4.3 OUTRAS FORMAS DE PUBLICIDADE ILÍCITA

Outra forma de publicidade que não encontra eco no ordenamento jurídico vigente é a denominada publicidade oculta (encoberta, camuflada ou simplesmente clandestina), nesse tipo de publicidade a mensagem é apresentada como uma informação neutra e desinteressada sem que seja revelado seu caráter publicitário.

A publicidade oculta viola diretamente o princípio da identificação da mensagem publicitária pelo consumidor sendo enquadrada, portanto, como publicidade ilícita, mais especificamente como publicidade enganosa, por poder induzir o consumidor ao erro⁷⁸.

A mensagem publicitária na publicidade oculta é camuflada, e para que se determine a hipótese de uma publicidade oculta é preciso que haja a finalidade promocional da mensagem, apresentando o produto de forma intencional, e o efetivo ocultamento dessa finalidade, não permitindo que seus destinatários a identifiquem, o que induziria o consumidor ao erro.

Sobre a publicidade redacional Lucia Magalhães Dias preleciona que não se trata de publicidade ilícita *per se*, mas por ocultar seu caráter publicitário, confundindo o consumidor sobre o aspecto da mensagem, parecendo que a menção de tal produto foi escolha livre do veículo informativo⁷⁹.

A publicidade redacional oculta é nociva pois não permite ao consumidor se posicionar de forma crítica diante dela como faria diante de uma publicidade explícita, o consumidor atribui ao veículo informativo, diante da publicidade redacional oculta, a mesma credibilidade que confere aos artigos e notícias informativas.

A publicidade redacional será considerada ilícita quanto for possível primeiramente demonstrar a finalidade promocional da mensagem, e depois verificar se essa finalidade

⁷⁷ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 171

⁷⁸ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

⁷⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 224.

poderia ou não ser identificada pelos destinatários, nos casos em que não for possível essa identificação, haverá a configuração do ilícito ocultamento⁸⁰.

Assim como a publicidade redacional, que é lícita, mas por um ocultamento pode encaixar-se como publicidade ilícita o *merchandising*, ou melhor, o *product placement* (colocação do produto) também é um tipo de publicidade lícita, mas que em certos casos pode ser interpretada como publicidade ilícita.

Quando a *product placement* ocultar sua finalidade publicitária de modo eficaz aos olhos do consumidor será considerada como publicidade ilícita, esse ocultamento da finalidade não é um elemento conceitual da *product placement* assim como não é da publicidade redacional, sendo somente um requisito para sua ilicitude, comenta Lucia Magalhães Dias.

Haverá um *product placement* ilícito se a apresentação do produto ou serviço em certo programa ou filme for de natureza claramente promocional, ou seja, intencional, e também se esta intenção comercial não for percebida pelos consumidores, gerando um ocultamento eficiente.

Outra forma de publicidade ilícita é a publicidade subliminar, vale lembrar que na publicidade redacional e no *product placement* podem se tornar ilícitos em decorrência do ocultamento de sua finalidade, fato não visto na publicidade subliminar, pois esta é proibida por todos os ordenamentos.

A publicidade subliminar nas palavras de Carbello-Calero é “aquela que, voltando-se ao inconsciente das pessoas, age através de técnica de produção de estímulos sem resultar conscientemente percebida⁸¹”. A publicidade subliminar age no inconsciente do indivíduo, sua propagação acontece de forma tão rápida que é imperceptível ao nosso consciente ficando gravado no nosso inconsciente.

Tanto a Diretiva Europeia 2007/65/CE, quanto o Código de Publicidade português (Dec.-lei 330/1990) proíbem o uso de publicidade subliminar, independente do recurso que

⁸⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 225.

⁸¹ ACARBELLO-CALERO, Pablo Fernandez. *Publicità occulta e product placement*. Padova: Cedam, 2004, p. 170.

utilize, nosso legislador ainda que não tenha proibido expressamente o uso de publicidade subliminar, proíbe-a através dos deveres de lealdade e transparência nas relações de consumo, descritos nos arts. 4º, 6º, IV, 36 e 37 do CDC⁸².

Uma forma de publicidade que vem ganhando força nos últimos anos é o *teaser*, o termo inglês que significa provocante, seria entendido como uma primeira etapa de uma publicidade, nessa etapa seriam dadas informações vagas e imprecisas instigando o consumidor a procurar saber do que se trata, envolvendo a publicidade de determinado produto ou serviço em certo mistério⁸³.

Os *teasers* em si não são enquadrados como publicidades ilícitas revela Lucia Magalhães Dias, pois entende-se que se trata de uma técnica publicitária preparatória, os *teasers* por sua característica preparatória não precisam respeitar o princípio da identificação da publicidade.

Entretanto, segundo os estudos de Lucia Magalhães Dias, não é possível afastar os *teaser* do controle de enganabilidade e abusividade, pois em alguns casos os *teasers* podem induzir o consumidor em erro de julgamento diante da situação exposta por ele.

Nesses casos, explica Lucia Magalhães Dias, para que o *teaser* se enquadre como publicidade ilícita será necessária uma análise minuciosa de todo o contexto de uma campanha publicitária, sempre a luz do caso concreto, valendo-se das imagens e textos veiculados como um todo.

Os exageros publicitários ou hipérboles publicitárias são exemplos de atividades publicitárias lícitas que em certas ocasiões podem tornar-se ilícitas. Sua licitude consiste em exagerar um aspecto de determinado produto, sem precisar respeitar o princípio da veracidade, de forma que fique claro ao consumidor que se trata de um exagero, sua ilicitude ocorre quando o consumidor não vislumbra o exagero como algo exagerado e acredita que o produto ou serviço possui a característica anunciada.

As chamadas publicidades de tom excludente são aquelas em que o produto é apresentado ao consumidor como sendo superior ou exclusivo em relação aos demais

⁸² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 243.

⁸³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

produtos ou concorrentes do mercado, nos casos em que suas afirmações podem ser levadas a sério pelo consumidor a publicidade de tom excludente deve respeitar o princípio da veracidade.

Nos casos em que se possa provar a superioridade do produto em relação aos demais a publicidade de tom excludente é lícita, mas se a apresentação das características superiores de tal produto não puder ser comprovada, apresentando potencial enganoso a publicidade de tom excludente torna-se ilícita.

5 Das Infrações Penais

Refletindo sobre tudo o que foi apresentado sobre a publicidade e seu poder de formação de opinião e de indução junto ao consumidor torna-se evidente a “eventual relação obrigacional, vínculo jurídico, nascido do uso da publicidade na sociedade pelo fornecedor seria, pois, uma modalidade mais individualizada e concreta de dever jurídico, reflexo de uma atuação voluntária ou delituosa do indivíduo na sociedade⁸⁴”.

A atividade publicitária acarreta obrigações para o fornecedor que veicular ou que dela se utilizar, sua fonte está descrito no art. 30 do CDC. Dessa forma nasce uma situação jurídica, um vínculo obrigacional que por sua natureza pré-contratual acarreta deveres jurídicos para o anunciante e direitos para os consumidores⁸⁵.

Em suma, sintetizando através das palavras de Valéria Falcão Chaise “a publicidade é fato jurídico que condiciona o aparecimento de obrigações⁸⁶”.

Aceita a natureza de vínculo obrigacional que liga o fornecedor e o consumidor da publicidade, este vínculo será transformado em vínculo de natureza contratual, criando a necessidade de indenizar os respectivos danos gerados por informações enganosas ou abusivas, independente da intenção do fornecedor.

⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 616.

⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 626

⁸⁶ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.3.

O CDC possui como regra geral a responsabilidade civil objetiva, que obriga o anunciante a cumprir o que prometeu e indenizar todos os danos que o consumidor tenha sofrido, sendo desnecessária a culpabilidade do mesmo. Além de descrever também a responsabilidade administrativa em seus arts. 56, XII, e 57 C.C. o art. 60, caput e §1º e a penal em seus arts. 66 a 69, e inciso VII do art. 7º da Lei 8.137/90.

Por seu poder de alcance massificado e por seu potencial nefasto para a coletividade nos deteremos na responsabilidade penal que a publicidade suscita. Sobre a publicidade ilícita traduzidas como enganosa e abusiva o legislador declarou ser crime punível:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Através desses dois artigos o legislador “prevê pena criminal para quem faz ou promove a publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança⁸⁷”.

Já o Art.19 do Dec-lei 2.181/97 penaliza com multa a publicidade enganosa e abusiva, e também aquela veiculada de forma que o consumidor seja induzido ao erro, por não identificá-la como publicidade, prevalecendo sempre o princípio da identificação da publicidade.

Sobre a publicidade subliminar o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) condena qualquer uso de técnicas que busquem efeitos subliminares, determinando também, com relação à publicidade oculta, que artigo, reportagem, nota, texto-legenda sejam sempre identificados.

6 Considerações Finais

Atualmente vivemos na denominada Sociedade de Consumo, sem dúvida alguma a evolução tecnológica e o aperfeiçoamento dos meios de comunicação colaboraram de forma decisiva para que o consumo se tornasse o principal objetivo de praticamente todos os indivíduos dessa sociedade.

⁸⁷ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 353.

A influência que a publicidade possui sobre os consumidores é inegável e extremamente poderosa, por isso mesmo nossa Constituição Federal vislumbrou a necessidade de se criar um sistema de normas capaz de dirigir as relações de consumo, entre uma parte infimamente mais fraca, o consumidor, e outra muito mais forte, o fornecedor.

O elo entre fornecedor e consumidor desde o final do último século e o início deste, é as campanhas publicitárias. É através da publicidade que o consumidor conhece novos produtos, sendo induzido a comprá-lo, infelizmente muitos são os casos em que essa publicidade não passa de engodo para induzir o consumidor a comprar algo que não é o que a publicidade apresentou.

Nos casos em que fica evidente a publicidade ilícita o CONAR (Centro Nacional de Autorregulamentação Publicitária), deve intervir para que tais publicidades sejam tiradas de circulação e não influenciem o consumidor.

Um dos casos retirados do ar pela CONAR ocorreu nas vésperas do dia das crianças do ano de 2013, a grife cearense Couro Fino publicou um ensaio de uma modelo mirim usando jóias e maquiagem em sua *Fanpage*. As imagens da modelo infantil eram “adultizadas” o que gerou mais de 100 notificações em apenas 3 dias, apesar da nota de esclarecimento publicado no *Facebook* pela marca o CONAR solicitou que a campanha fosse suspensa.

Na televisão aberta a CONAR solicitou que a publicidade em que o ex-jogador Ronaldo engana o jogador Neymar numa ligação telefônica foi considerado “deseducativo” pelo órgão que recomendou a suspensão do anúncio, a campanha em questão promovia as ligações ilimitadas do serviço fixo da Claro e vinha sendo veiculada desde julho de 2013.

Muitos são os casos em que o CONAR diante de publicidade ilícita, independente do tipo, quer seja enganosa ou abusiva e conseqüentemente todos os demais tipos, alguns apresentados ainda que superficialmente neste estudo, solicita que o anúncio seja retirado do meio que estava veiculado para que não provoque nenhum malefício ao consumidor.

O CDC em conjunto com os demais órgãos que tutelam o consumidor vem tendo a árdua tarefa de proteger não somente um determinado número de pessoas mais toda uma sociedade que busca incansavelmente consumir, pelo simples prazer de ter.

REFERÊNCIAS

ACARBELLO-CALERO, Pablo Fernandez. *Pubblicità occulta e product placement*. Padova: Cedam, 2004.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14/20.

ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira. *A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense, 1999.

_____. *O controle jurídico da publicidade*. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais; direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

BORGES, Roxana Cardoso Brasileira. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. *A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista do Consumidor*. São Paulo: n. 8 (doutrina), p. 69-78, out./dez., 1993.

COSTA, Judith Martins. *A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, p. 219-231, 1993.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do Direito do Consumidor*. In: CONRADO, Marcelo; CAPAVERDE, Aldaci do Carmo. *Repensando o Direito do Consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

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

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

FRANÇA, Limongi. *Direitos da personalidade I*. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 28, 1977-1982.

FURLAN, Valéria C. P. *Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 97-125, 1994.

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

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 141.

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

LISBOA, R. S. *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no Direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MALANGA, Eugenio. *Publicidade: uma introdução*. 4. ed. São Paulo: Edima, 1987.

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

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidos*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 413.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. v. I. Campinas: Booksellers, 1999.

SAN TIAGO DANTA, F. C. *Programa de direito civil: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

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

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro – temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VOLPI, Alexandre. *A história do consumo do Brasil: do mercantilismo à era do foco no cliente*. São Paulo: Elsevier, 2007.