PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RAFAEL TOCANTINS MALTEZ

PUBLICIDADE SUBLIMINAR

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RAFAEL TOCANTINS MALTEZ

PUBLICIDADE SUBLIMINAR

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação da Professora Doutora Rosa Maria de Andrade Nery.

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

Dedico este trabalho a Lucas Marino Maltez

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que colaboraram comigo durante a elaboração deste trabalho, entre as quais meus queridos amigos e professores.

Aqui também vai um agradecimento especial para Georgios José Ilias Bernabé Alexandridis, fonte principal de idéias desta dissertação.

“O aparente do aparente é o ponto de contato com o próprio oculto do oculto. Tal como o horizonte que conecta terra e céu, o aparente é o limite da visão a olho nu. Lá, na interseção em que o óbvio parece tocar o sublime, o chão e as alturas literalmente não se tocam. Se você chegar ao lugar ‘real’ onde seus olhos achavam que a terra beijava os céus, continuará existindo a mesma distância que existe de qualquer outro ponto. É justamente no distanciamento, na compreensão das fundamentais ignorâncias que cercam o saber, que o cientista pode mediar a curvatura da terra através do horizonte, ou que o cabalista pode encontrar contato entre as coisas que nunca se encontram”.

(Nilton Bonder)

RESUMO

MALTEZ, Rafael Tocantins. Publicidade Subliminar. 2008. 437f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

O presente trabalho traz como tema de pesquisa a publicidade subliminar. Considera-se subliminar qualquer estímulo que não é percebido de maneira consciente. Pode ser caracterizado das seguintes formas: porque foi mascarado ou camuflado pelo emissor; porque é captado por uma atitude de grande excitação emotiva por parte do receptor; porque se produz uma saturação de informações, ou porque as comunicações são indiretas e aceitas de uma maneira inadvertida. Com o desenvolvimento do estudo interessa indagar até que ponto a publicidade que emprega mensagens subliminares está de acordo com o ordenamento jurídico e com o sistema de proteção do consumidor. Muito pouco se tem discutido com profundidade sobre a licitude da veiculação de publicidade com mensagem subliminar. Por outro lado, não existe legislação específica para regular a matéria no Brasil. Existe o Projeto de Lei n. 5.047/2001, no qual há proibição expressa da veiculação de publicidade contendo mensagem subliminar. Nesse contexto, pretende-se examinar neste trabalho os efeitos da publicidade no consumidor e estabelecer o regime jurídico da publicidade subliminar. O estudo tem o suporte metodológico da abordagem dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica. Para tanto, será feita análise constitucional e infraconstitucional de defesa do consumidor por meio de estudo do sistema de proteção estatuído pelo diploma legal de regência (princípios, normas, regras e mecanismos de coibição e repressão dos abusos praticados no mercado de consumo, liberdade de escolha, proteção contra a publicidade enganosa, intervenção, educação, dignidade da pessoa humana, transparência, informação, proteção, proibição de práticas abusivas, identificação publicitária, boa-fé), verificando se o atual sistema é suficiente para regular a publicidade com mensagem subliminar ou se é necessária legislação específica para tal mister. O trabalho está organizado em capítulos e neles são apresentadas as noções gerais extrajurídicas para a compreensão do tema, os conceitos de marketing, merchandising e publicidade, e os princípios relacionados à defesa jurídica do consumidor e ao regime jurídico da publicidade. Com a análise do material jurídico utilizado na pesquisa foi possível concluir que o sistema de defesa do consumidor em vigor proíbe a publicidade subliminar, prescindindo-se de lei específica.

Palavras-chave: Publicidade. Subliminar. Princípios. Direito do Consumidor.

ABSTRACT

MALTEZ, Rafael Tocantins. Subliminal advertising. 2008. 437f. Dissertation (Master in Law). Pontifícia Universidade Católica São Paulo, São Paulo, 2008.

Subliminal advertising is the research theme of this study. Any stimulus which is not consciously perceived is considered subliminal. It can be categorized as it follows: because it is covert or masked by the sender; because it is perceived by a great excited or emotive attitude of the recipient; due to the production of too much information; or because communication is indirect and inadvertently accepted. This study investigated whether advertising using subliminal messages is according to the juridical regulation and to the customer's protection systems. It has been deeply discussed very little about the legality of advertising containing subliminal message. On the other hand, there are no specific laws ruling the issue in Brazil. There is a law project, n.5047/2001, where advertising containing subliminal messages is explicitly prohibited. Hence, this study sought to examine the effects of advertising on the customers and to establish juridical rules on subliminal advertising. Deductive approach and literature review are the methodological supports of this study. Thus, it is performed a constitutional and infra constitutional analysis of customer's protection through an investigation of the protection system stated by the legal ruling diploma (principles, rules, regulation and tools to hinder and repress abusive practices in the consumer market, freedom of choice, protection against tricky advertising, intervention, education, human dignity, transparency, information, protection, prohibition of abusive practices, advertising identification, bona fide) researching if the recent system is enough to rule advertising containing subliminal message or if a more specific legislation is necessary to accomplish it. The study is organized in chapters and presents general extra juridical notions, concepts of marketing, merchandising and advertising and principles related to juridical customer's protection and to advertising juridical systems. Through the analysis of the juridical literature used in the research, it was possible to conclude that the system of customer's protection in force prohibits subliminal message, dispensing a specific law.

Key words: Publicity. Subliminal. Principles. Customer's Protection Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....21

2 SOCIEDADE CAPITALISTA CONTEMPORÂNEA.....33
2.1 NOÇÕES ZOOLÓGICAS, ANTROPOLÓGICAS, MITOLÓGICAS E PSICANALÍTICAS.....36
2.2 NOÇÕES PSICOLÓGICAS.....55
2.2.1 Os símbolos.....55
2.2.2 O aprendizado.....57
2.2.3 Hierarquia das necessidades de Maslow.....60
2.3 O COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR.....61

3 MARKETING, MERCHANDISING E PUBLICIDADE.....73
3.1 MARKETING.....73
3.2 MERCHANDISING.....79
3.3 PUBLICIDADE.....90
3.3.1 Aspecto histórico.....90
3.3.2 Caracterizando a publicidade.....94
3.3.2.1 Conceituação.....94
3.3.2.2 Função e objetivo.....99
3.3.2.3 Importância.....105
3.3.2.4 Funcionamento.....109
3.3.2.5 Diferença entre publicidade e propaganda.....114
3.3.3 Categorias de publicidade e institutos afins.....119
3.3.3.1 Quanto ao objeto.....119
3.3.3.2 Quanto à mensagem.....120
3.3.3.3 Quanto à destinação.....121
3.3.3.4 Quanto ao patrocinador.....121
3.3.3.5 Quanto à origem.....121
3.3.3.6 Quanto à legalidade.....121
3.3.4 Componente teórico.....125

3.3.4.1 Por modalidade de apelo 125
3.4 A INFLUÊNCIA DA PUBLICIDADE..... 126
3.5 ASPECTO JURÍDICO 134
3.5.1 Regime jurídico anterior ao advento do Código de Defesa do Consumidor 134
3.5.2 A defesa do consumidor e o diploma legal consumerista..... 136
3.5.2.1 Distinção entre oferta (arts. 31, 32, 33 e 35), informação (arts. 30 e 31), publicidade (arts. 30, 35, 36 e 37) e apresentação (arts. 31 e 35)..... 149
3.5.2.2 Sujeitos da mensagem publicitária e objetos 152
3.5.2.3 *Teaser, Puffing, Briefing e Release* 154
3.5.2.3.1 Teaser..... 154
3.5.2.3.2 Puffing 155
3.5.2.3.3 Briefing 156
3.5.2.3.4 Release 157

4 SOCIEDADE DE CONSUMO, CRIAÇÃO DE IDENTIDADES SOCIAIS ("ESTILOS DE VIDA") E DE NECESSIDADES, INDÚSTRIA CULTURAL E SOCIEDADE DO ESPETÁCULO 159

5 TIPOLOGIA DA PUBLICIDADE 175
5.1 PUBLICIDADE ENGANOSA..... 175
5.1.1 A classificação de J. Martins Lampreia..... 182
5.1.2 Enganosidade por omissão 187
5.2 PUBLICIDADE ABUSIVA..... 190

6 PUBLICIDADE SUBLIMINAR 195
6.1 CONCEITO E ETIMOLOGIA DO TERMO "SUBLIMINAR" 195
6.2 EVOLUÇÃO E UTILIZAÇÃO DE MENSAGEM SUBLIMINAR 196
6.3 O FUNCIONAMENTO DAS MENSAGENS SUBLIMINARES..... 198
6.3.1 O cérebro 200
6.3.2 O inconsciente..... 201
6.3.3 Gestalt 205

6.3.4 Os sentidos 209
6.3.4.1 Os estímulos visuais 210
6.3.4.2 Os estímulos olfativos 213
6.3.4.3 Os estímulos auditivos 214
6.4 AS QUATRO DIMENSÕES DE ALTER REBE 216
6.5 MEIOS DE VEICULAÇÃO 218
6.6 CONSEQÜÊNCIAS, EFEITOS E EFICÁCIA DA TÉCNICA SUBLIMINAR 219
6.7 FORMAS DE ESTÍMULO SUBLIMINAR 227
6.8 CARACTERIZAÇÃO DA TÉCNICA SUBLIMINAR 228

7 O CONTROLE DA PUBLICIDADE 233
7.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES 233
7.2 NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO 235
7.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º IX CONSTITUIÇÃO FEDERAL)242
7.4 CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE 244
7.5 PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE 252
7.6 ESFERAS, INSTRUMENTOS LEGAIS, FORMAS E LIMITES DE CONTROLE DA PUBLICIDADE 259
7.6.1 Controle privado (auto-regulamentação, regulamentação não oficial ou autocontrole) 259
7.6.2 Controle estatal (ou legal) 264
7.6.3 Controle misto 264
7.7 A PUBLICIDADE COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES 266

8 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM A PUBLICIDADE 271
8.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES 271
8.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III) 274

8.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE (ART. 1º, IV, ART. 3º, I, ART. 5º, INCS IV, VI, IX, LIV, LXVIII, ART. 170) 278
8.4 PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA..... 279
8.5 PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR 281
9 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... 285
9.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.... 285
9.1.1 Princípio da informação (arts. 4º, IV e VIII, e 6º, II e III) 286
9.1.2 Princípio da Transparência (arts. 4º, *caput*, 46, 52, 54, parágrafos 3º e 4º)..... 289
9.1.3 Princípio da boa-fé (arts. 4º e 51) 292
9.1.3.1. O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor 301
9.1.3.2 O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor..... 303
9.1.3.2.1 A ética e a moral 306
9.1.4 Princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I) 316
9.1.5 Princípio da indenização integral (art. 6º, VI) 319
9.1.5.1 Responsabilidade solidária do anunciante, da agência, de publicitários e do veículo 324

10 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA PUBLICIDADE 329
10.1 PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE (ART. 31, C.C. O ART. 37, §§ 1º E 3º) 329
10.2 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO) 332
10.3 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE (ART. 36, *CAPUT*) 333
10.4 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA OU DA OBRIGATORIEDADE DO CUMPRIMENTO (ARTS. 30 E 35) 338
10.5 PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE (ART. 31, C/C ART. 37, §2º)..... 343
10.6 PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO DESVIO PUBLICITÁRIO (ART. 38) 345

10.7 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO – CONTRAPROPAGANDA (ART. 56, XII E 60) 346

11 REGIME JURÍDICO DA PUBLICIDADE..... 351
11.1 JULGADOS..... 364
11.2 DIREITO ESTRANGEIRO 366

12 CONCLUSÃO..... 369

REFERÊNCIAS 375

ANEXOS 385
ANEXO A – Revista MTV..... 386
ANEXO B – Revista Isto é 387
ANEXO C – O falo na estilização de veículo 388
ANEXO D – O falo na publicidade..... 389
ANEXO E – O falo em placa comercial 391
ANEXO F – O falo na embalagem do bombom Ouro Branco 392
ANEXO G – O falo no rótulo da cerveja Itaipava..... 393
ANEXO H – O falo no logotipo da Rede Globo de Televisão..... 395
ANEXO I – O falo no desenho A Pequena Sereia 396
ANEXO J – Placas de trânsito..... 397
ANEXO K – a Ilusão de Muller-Lyer, o cubo de Becker, o tridente de Schuster e a figura de Rubin..... 398
ANEXO L – Exemplos de Ilusão de ótica 400
ANEXO M – La vie en rose e pato-coelho..... 402
ANEXO N – Segregação..... 404
ANEXO O – Unificação..... 405
ANEXO P – Fechamento 406
ANEXO Q – Proximidade..... 407
ANEXO R – Semelhança 408
ANEXO S – Exemplos de Gestalt..... 409

ANEXO T – Rei Leão 410
ANEXO U – Publicidade da Gucci 411
ANEXO V – Desenho de Escher 412
ANEXO X – Arcimboldo – Jurista 413
ANEXO Z – Bolo 414
ANEXO AA – Lubrificante íntimo 415
ANEXO AB – Publicidade da Souza Cruz e do Mundo de Marlboro 416
ANEXO AC – Publicidade da coca-cola 417
ANEXO AD – Publicidade de perfume 418
ANEXO AE – Desenho animado Bernardo e Bianca.....419
ANEXO AF – Desenho animado Bob Esponja calça quadrada 420
ANEXO AG – Lata do refrigerante Guaraná Antártica 421
ANEXO AH – Menthol 422
ANEXO AI – Gin.....425
ANEXO AJ – Seqüência do filme Homem-Aranha. Primeiro surge o imperativo "eat" (coma) e em seguida o logotipo do McDonalds.....427
ANEXO AK – Seqüência do filme Matrix, com a publicidade da HP.....428
ANEXO AL – Seqüência do filme Clube da Luta, com inserção de quadro fálico na cena final.....429
ANEXO AM – História em quadrinho do Horácio.....430
ANEXO AN – Embalagem do McDonalds.....431
ANEXO AO – Cartaz do filme o Silencio dos Inocentes.....432
ANEXO AP – Rótulo da cerveja Imperial.....433
ANEXO AQ – Vinheta da televisão MTV de forma subliminar.....434
ANEXO AR – Jogo de vídeo-game.....435
ANEXO AS – Propaganda subliminar na campanha presidencial Bush-Gore.....436
ANEXO AT – Lula e o polêmico terceiro mandato.....437

1 INTRODUÇÃO

O trabalho que se inicia traz como tema de estudo a publicidade subliminar.

Quando se analisa a linha imaginária seqüencial da história nos milênios anteriores é possível identificar, até com certa facilidade, que nos últimos 150 anos houve uma mudança profunda e essencial no *modus vivendi* humano e na sua forma de organização social e política.

Alexandre Volpi constata que ocorreram diversas mudanças em curto período de tempo.

Ao se referir ao Brasil, o autor menciona que no século XX o país assistiu ao repentino avanço do capitalismo, da urbanização e da industrialização. A sucessão dos acontecimentos ocorreu em velocidade vertiginosa, o que acarretou um ambiente dinâmico para as relações de consumo[1].

O ponto de partida dessa nova realidade, que passou a mascarar esse admirável mundo novo, foi a Revolução Industrial[2].

A Revolução Burguesa não pode ser esquecida, porquanto teve um papel fundamental para a definição da nova conjuntura[3].

---

[1] VOLPI, Alexandre. **A história do consumo do Brasil**: do mercantilismo à era do foco no cliente. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p.73.

[2] Conforme ensinamento de François Caron, a primeira Revolução Industrial ocorreu até 1840 e nasceu na Inglaterra com a invenção da máquina a vapor por James Watt em 1776. A segunda ocorreu nos EUA, com a primeira central elétrica aberta em 1882 por Thomas Edison. A terceira é a da eletrônica, que avançou progressivamente antes de invadir o conjunto do sistema técnico e de desembocar na informática, na robótica e em redes como a Internet. *Apud* RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas**. Massas, televisão, cinema**.** Tradução: Luís Filipe Sarmento e Isabel Salvado. 2. ed. Porto: Campo das Letras, 2000, p. 17).

[3] Fábio Konder Comparato aponta as mudanças havidas na sociedade industrial nos seguintes termos: “Ela se caracteriza no plano técnico pelo predomínio do maquinismo, com a progressiva mecanização das atividades humanas, não só no que se refere ao esforço físico, como também no campo da produção intelectual. No plano social, a sociedade industrial desencadeou um processo de socialização crescente, com a multiplicação e a complexificação das relações entre indivíduos e grupos. Finalmente, no plano econômico, a Revolução Industrial deu início a um regime de economia de massa, caracterizado pela produção em série, pelo aumento e a padronização do consumo”. COMPARATO, Fábio Konder. **Obrigações de meios, de resultado e de garantia**. RT 386/26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 27.

Depois dessa união, um tanto simbiótica, acompanhada de tecnologia e estrutura socioeconômica[4], a situação tornou-se até covarde, pois poucos conseguiram resistir ao encanto do empreendimento capitalista, com o inconfundível estilo de vida e toda ideologia que dele resulta, nem mesmo os mais poderosos impérios, que em pouco tempo sucumbiram a tanto deslumbramento[5].

Estava, assim, armada a cena para a nova estruturação da vida social, primeiramente esboçada na Europa e depois capitaneada pelos EUA, com seus lemas "*time is money*" e "*american way of life*", impulsionada e alimentada, vale lembrar, pela indústria cinematográfica hollywoodiana.

Como bem enfatizou Ignácio Ramonet, no passado genocidas (contra os índios), escravagistas (contra os negros de África), expansionistas (contra os mexicanos) e colonialistas (contra os porto-riquenhos), os Estados Unidos da América, sem dúvida fatigados pela sua excessiva brutalidade, sempre aspiraram instalar-se pacificamente nas cabeças de todos os não-americanos e a seduzir suas almas[6].

Imperioso ter em mente que, com a expropriação da força de trabalho[7] - doravante simples valor a ser vendido, ou seja, apenas mercadoria de troca[8] - e a concentração dos meios de produção (e após, os

---

[4] São marcadores da revolução econômico-industrial: "[...] bens produzidos de forma padronizada, em quantidades elevadas e custo baixo, cujo expoente máximo foi o modelo fordista da linha de montagem. A mudança é brutal, pois a identidade do consumidor vai depender bem mais de suas posses e consumo aparente do que de seu caráter" SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139-140.

[5] "O fato é que o sistema capitalista de produção vem estendendo seus tentáculos a cada vez mais países, trazendo, a tiracolo, o ovo da serpente: o consumismo. A cultura do consumo é gerada por esse binômio capitalista/consumo contínuo e se estabelece quando uma significativa parcela da sociedade está ávida por consumir bens e serviços não por razões de utilidade, mas por status ou mesmo pela novidade". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 139-140).

[6] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 24-25.

[7] Em complemento: "A partir do momento em que deixam de produzir os seus meios de subsistência, os trabalhadores perdem a capacidade de definir as características destes meios". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?** São Paulo: Paulus, 2003, p. 6.

[8] Para o autor, desenvolveu-se, então, uma tendência na sociedade capitalista, "que é a da transformação em mercadoria de todas as atividades sociais" e não somente o trabalho. COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?** p. 6.

meios de comunicação) nas mãos de empresários[9], o capitalismo se baseia no consumo, para possibilitar a continuidade do sistema. Nesse cenário, o trabalhador tornou-se consumidor[10].

O trabalhador vende sua força (seja física, seja intelectual)[11]; com o resultado (remuneração), quando adquire produtos e serviços, devolve-o ao empresário. O empresário pode, ele mesmo, auferir sua parte para adquirir bens e serviços de outros empresários, e pagar os salários, em um sistema de moto perpétuo[12].

O sistema capitalista de produção é insaciável, a sua *ratio essendi* é a produção constante. Com o avanço da tecnologia tem sido possível produzir em larga escala, reduzir preços e tornar produtos e serviços cada vez mais acessíveis. Assim, quanto mais se consome, mais lucro é gerado, em um movimento sucessivo, crescente.

---

[9] "Junto com a perda do controle sobre os meios de produção, os trabalhadores perdem o controle sobre os meios de satisfação de suas necessidades" e dessa forma as "empresas apropriaram-se da capacidade de definir quais são as necessidades e como elas devem ser satisfeitas [...]. As necessidades perdem os seus atributos genéricos, universais, manifestando-se sempre de forma singularizada, COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?** p. 7.

[10] "Com a transformação do trabalhador em consumidor de produtos industrializados perdeu-se o controle sobre as manifestações das necessidades básicas: somos incentivados a sentir cada vez mais necessidades, tornando-se difícil saber o que é uma necessidade real e o que é uma necessidade criada pela publicidade". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?** p. 8.

[11] "Neste aspecto, o sistema publicitário pode ser considerado um prolongamento das características do processo de produção. No modo de produção capitalista, o trabalhador vende para a empresa a sua força de trabalho, perdendo o controle sobre a utilização das suas habilidades manuais e intelectuais; o trabalhador se transforma em objeto, em força produtiva a serviço dos interesses da empresa", sendo que "A característica essencial, que define a sociedade capitalista, é a **alienação.** Nesta sociedade, os trabalhadores perderam o controle sobre o processo de trabalho, perderam a capacidade de definir os meios de satisfazer suas necessidades, bem como deixaram de ser reconhecidos como produtores de cultura. Além disso, os trabalhadores não são mais capazes de controlar o uso do seu próprio corpo, perdendo também o poder de definir as características do próprio corpo. Em síntese, as características que definem o trabalhador como ser humano e ser social não mais lhe pertencem, foram alienadas, pertencendo à sociedade capitalista**".** COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade:** é possível escapar? São Paulo: Paulus, 2003, p. 38-40.

[12] Adorno analisa que "na sociedade capitalista o trabalhador perdeu a capacidade de determinar as características do processo de trabalho, que é encarado socialmente como uma atividade obrigatória e não prazerosa. Para compensar o caráter não livre do trabalho, a ideologia da sociedade capitalista de consumo atribui ao tempo não dedicado ao trabalho a característica de 'tempo livre'. No entanto, a própria sociedade capitalista de consumo se encarrega de orientar o uso do 'tempo livre', tendo em vista que é nesta ocasião que se dá o processo de consumo". *Apud* COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade:** é possível escapar?, p. 27.

Alexandre Volpi[13], ao comentar o período de início da industrialização, afirma que:

> Na esfera global, a industrialização democratizou o *know-how*. As novas tecnologias tornaram-se cada vez mais acessíveis. A produtividade estimulou a automação e vice-versa. Abriram-se as comportas da produção em larga escala, nivelando a qualidade dos produtos e barateando seus custos – e, conseqüentemente, seus preços ao consumidor final. Ergueu-se um obstáculo contra o monopólio e ampliou-se a oferta.

Contudo, constatou-se que não seria suficiente a mera oferta para que fosse absorvida toda a produção. O mercado precisava de algo a mais para poder se retroalimentar[14].

A publicidade se insere nesse contexto[15] como um dos elementos responsáveis pelo sucesso da sociedade capitalista, no seu objetivo de influenciar a vontade do consumidor e introduzir novas "necessidades"[16].

Após a Revolução Industrial e principalmente nos anos seguintes à Segunda Guerra Mundial, as empresas passaram a deter um poder

---

[13] VOLPI, Alexandre. **A história do consumo do Brasil**: do mercantilismo à era do foco no cliente. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 43.

[14] "[...] com a fábrica suplantando a economia doméstica; a produção superando a demanda, e o consumidor tendo que escolher entre as numerosas fontes de abastecimento, o comerciante entendeu que não bastava informar o público, tinha que persuadi-lo a comprar. Antes, se o consumidor tinha que buscar as mercadorias, com a publicidade as mercadorias vão ao seu encontro e, conforme a nova forma de fabricação garante a abundância, o consumidor é convocado e assediado por uma diversidade de ofertas que não satisfazem somente as suas necessidades, como descobrem o gosto humano e antecipam a educação do uso". GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: Comunicação Persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 82.

[15] "Acompanhar o desenvolvimento da publicidade é acompanhar o desenvolvimento da sociedade de consumo. A sociedade de consumo de uma conseqüência do processo de industrialização. A crescente capacidade de produção de mercadorias precisa ser acompanhada pela compra destas mercadorias. Os grupos dirigentes da sociedade capitalista desenvolvem, desde o final do século XIX, estratégias de incentivo ao consumo: a publicidade é um componente essencial destas estratégias". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?** p. 5. No mesmo sentido: "A concorrência se acirrou [após o fim da II Guerra Mundial] e a avalanche de novos produtos e marcas prescindiu de um instrumento até então mais utilizado pelos governos em guerra para convencer os consumidores a adquiri-los: a propaganda". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais. p. 140.

[16] Para Vera M. Jacob de Fredara, é por meio da publicidade "que o Mundo, e todas as suas facetas, nos é oferecido, como se fora uma vitrine, onde são expostas as 'novidades' que, a partir de então, passam a ser 'necessidades', mostradas que são como indispensáveis ao conforto e à atualização da vida e dos lares". *Apud* BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 28.

comparável (ou mesmo superior) ao do Estado[17]. A personalidade jurídica foi conferida às pessoas jurídicas pelo Estado e este, diante do escudo protetor por ele mesmo criado, ante a existência da ficção de se atribuir às empresas direitos idênticos àqueles pertencentes às pessoas físicas, tem dificuldade de controlar/fiscalizar/responsabilizar a atividade destas mesmas empresas. São grupos econômicos que, devido à importância que assumiram no contexto do mundo capitalista[18], passaram a ter influência dentro dos poderes estatais constituídos, até de modo transnacional, fato que contribui para aumentar ainda mais a dificuldade de responsabilizá-los e de fiscalizar as suas atividades. Existem empresas globais que atuam por meio de dezenas ou centenas de filiais que detêm faturamento superior ao Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países.

As empresas passaram a investir maciçamente em pesquisas científicas, pode-se dizer, para abrir mais caminho para produzir e "vender" mais.

As pesquisas englobam todas as áreas do conhecimento, inclusive a jurídica, haja vista a necessidade de enfrentamento das complexas demandas judiciais. Tanto é assim que nos Estados Unidos da América (EUA) são apresentadas para debate judicial questões relativas à possibilidade de patentear seres vivos (com a vitória das empresas neste sentido). Na Colômbia, em determinada época houve a privatização da água (inclusive da chuva)[19].

Investimentos maciços também foram feitos na área da publicidade, inclusive, mediante a contratação de profissionais das mais

---

[17] François Houtar aduz que "o fenômeno da globalização é processo econômico atual que provoca o deslocamento do foco do poder, do Estado para a empresa, em virtude da diminuição da parte do Estado como redistribuidor de riquezas e árbitro social, o que se fez pelas ondas de privatização, não somente dos setores econômicos, mas também dos serviços públicos". *Apud* NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

[18] "Não é por acaso, tendo em vista as características da globalização neoliberal (abertura dos mercados), que há um processo intenso de constituição (mediante fusões ou incorporações) de conglomerados empresariais gigantescos e dotados de capacidade de autuação em diferentes países". GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. p. 30-31.

[19] ACHBAR, Mark; SIMPSON, Bart. **The Corporation.** São Paulo: Zeitgeist Films. Imagem Filmes, 2004. (DVD) (145 min.).

diversas ciências do conhecimento: psicologia, fisiologia, sociologia, antropologia, lingüística, comunicação, economia, psicanálise, neurologia, entre outras[20]. Também se investiu significativamente no estudo da mente com o fito de descobrir a fundo o seu funcionamento. Na trajetória dessas pesquisas, técnicas questionáveis têm sido utilizadas nos anúncios publicitários.

Enquanto as empresas investem milhões nas descobertas e outros tantos para aplicá-las, o pensamento jurídico ainda engatinha, principalmente no Brasil. O fato é que ainda existem muitos aplicadores do Direito a fundamentar seus argumentos no *pacta sunt servanda*, sem maiores indagações ou investigações; outros cimentam suas decisões, por exemplo, nas ações contra as empresas de produtos fumígenos, com o chavão de que "o consumidor fumou porque quis e, portanto, a empresa não tem responsabilidade".

A cultura ocidental vive dominada pelo pensamento capitalista selvagem[21], que anseia e age movido tão-só pela lógica de lucro e produção desmedida de bens materiais. Há imposição de um estilo de vida considerado ideal (por exemplo, usar determinada roupa, de determinada marca, de determinada cor)[22]. Dentro desse quadro situam-se a sociedade de massa e a sociedade de consumo[23].

---

[20] Marshall McLuhan já afirmava em 1968 que "os publicitários consagram, todos os anos, milhares e milhares de dólares na investigação e no exame das reações do público, e a sua produção é uma extraordinária acumulação de dados sobre a experiência e os sentimentos comuns de toda a sociedade". *Apud* RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas. Massas, televisão, cinema,** p. 53.

[21] "O chamado 'capitalismo selvagem' que o Brasil desenvolveu durante tempos, representou a priorização, patrocinada pelo Estado, da expansão produtiva e consumista, inclusive em detrimento do meio ambiente e de causas sociais, como saúde, educação, turismo e a própria proteção ao consumidor. Inserida nesse quadro, a publicidade, incumbida de realizar os objetivos promocionais sem uma visão crítica do processo, ajudou sobremaneira a efetivar a prática em que os interesses empresariais e estatais estiveram acima dos interesses sociais". GIACOMINO FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. p. 85.

[22] "O conjunto das peças publicitárias funciona como um sistema que captura a dimensão instintiva dos membros da sociedade capitalista de consumo, esvaziando a capacidade de sermos sujeitos dos próprios desejos. A publicidade diz o que devemos desejar, por que devemos desejar e como os desejos podem ser realizados: a dimensão instintiva foi colocada a serviço da reprodução da sociedade capitalista de consumo. Desejamos o que esta sociedade nos oferece, dela dependemos para a concretização dos desejos. Mas, esta situação de dependência não é vivida como tal. Assim como a criança não possui consciência de sua situação de dependência da mãe, o consumidor também não possui consciência da sua dependência das empresas fabricantes dos produtos que consome ou

Os valores espirituais, morais e éticos são deixados de lado para que prevaleçam o materialismo[24] e o individualismo[25]. Nesse modelo de sociedade, não raro, os sujeitos se tornam objeto e os objetos sujeitos[26]. A publicidade participa ativamente dessa realidade, seja desenvolvendo-a, seja perpetuando-a[27].

As pessoas, antes de "ser" desejam "ter"[28]; muitas vezes não sabem sequer o porquê de tal desejo, nem a utilidade real dos produtos que

---

gostaria de consumir". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?** p. 10).

[23] São "características da sociedade de consumo: consumo de massas, elevado índice de consumo *per capita*, moda em velocidade de progressão geométrica, mercadorias descartáveis, mercadorias-signo, sentimento de insaciabilidade, o consumidor como personagem principal". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais**.** p. 138.

[24] "A sociedade contemporânea é materialista, hedonista, narcisista, focada no dinheiro, em que o mote é ter, em vez de ser. É o que se convencionou denominar sociedade de consumo ou cultura do consumo". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais**.** p. 139.

[25] "A linguagem publicitária se caracteriza pelo reforço do individualismo", ou seja, concentra o receptor em si próprio, egoisticamente. CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A linguagem da sedução**. 3ª ed. 7ª impressão. São Paulo: Ática, 2006, p. 13.

[26]"Na sociedade capitalista contemporânea, os indivíduos se vêem e devem ser vistos como produtos que estão à venda [...] o indivíduo deve considerar-se como se fosse uma empresa, buscando sempre um interesse econômico, visando sempre a concretização de uma possibilidade para a obtenção de lucro [...] Neste contexto, a publicidade torna-se a forma predominante de comunicação social. "Existe um caráter regressivo da sociedade capitalista de consumo: a cultura do narcisismo significa uma regressão à fase da vida psíquica marcada pela indistinção entre o eu e o outro. A transformação do eu em produto é inseparável da transformação do outro em produto. Dentro do contexto do neoliberalismo, os outros seres humanos devem ser vistos como objetos para a satisfação das minhas necessidades". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?** p. 13-14). Assim, "em boa parcela das situações, o ser humano/consumidor, quando adquire bens que lhe conferem status, torna-se o *objeto* na relação de consumo, enquanto os objetos acabam por assumir o papel de *sujeitos*" [grifos no original]. SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais p. 165.

[27] "Por intermédio da publicidade, características humanas são atribuídas aos produtos", representando um processo de humanização dos objetos – inverso do processo de reificação do ser humano, "criando um vínculo entre uma determinada mercadoria e os consumidores que se identificam com estas características. Mediante esta identificação, o consumidor relaciona-se com a mercadoria como se ela fosse produzida para ele". Por outro lado, "o consumidor olha para o seu corpo como se fosse um objeto externo a ele mesmo, o corpo do consumidor é um corpo coisificado, transformado em objeto. Olhamos para nossos corpos procurando detectar a que falta para eles se transformarem em corpos idênticos ao corpo padrão, isto é, o corpo mostrado nas peças publicitárias". GIACOMINO FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. p. 38, 29.

[28] Esses verbos inspiram conceitos tão discrepantes e em tal medida é importante saber o valor que pesa sobre cada qual. A respeito, Nilton Bonder faz interessante observação: "Parece tão fundamental no desenvolvimento humano a capacidade de saber distinguir

adquirem. Deseja-se apenas estar na moda, estar igual, ter os mesmos bens, ser aceito.

A publicidade revela-se como fator importante da "ditadura da moda", da ânsia de se vender um estilo de vida como sendo o certo, o bom, o gostoso, aquele que traz satisfação[29] e felicidade[30]. A publicidade, inclusive, transforma a realidade[31] e dita necessidades[32]. Guido Alpa chegou a comentar que a publicidade representa o próprio símbolo da sociedade de consumo[33], um fenômeno não eliminável das sociedades capitalistas[34]. Não é por outra razão que empresas investem cifras astronômicas em pesquisas para conhecer os mecanismos da formação da atitude, da vontade e do desejo do consumidor.

Bem por isso, o capitalismo, com sua lógica de mercado, já descobriu que por meio de publicidade é possível influenciar o consumidor, por vezes até de modo ilícito, para que adquira os produtos e serviços colocados à venda, mitigando a liberdade de escolha do indivíduo. Ao consumidor impõe-se que aja por impulso ou de forma irracional, sem "possibilidade" ou "chance" de reflexão séria.

---

esses verbos que em nenhum idioma eles se misturam. Enquanto os verbos 'ser' e 'estar' suportam em vários idiomas a mesma representação, apesar de conceitualmente distintos, o mesmo não ocorre com o verbo 'ter'. Não há língua na qual o 'ter' não precisa se desenvolver como um conceito distinto do conceito de 'ser'". BONDER, Nilton. **Ter ou não ter, eis a questão!: a sabedoria do consumo.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 9.

29 "Tomando por base o vazio interior de cada ser humano, a mensagem faz ver que falta algo para completar a pessoa: prestígio, amor, sucesso, lazer, vitória [...]. Por meio das palavras, o receptor 'descobre' o que lhe faltava, embora logo após a compra sinta a frustração de permanecer insatisfeito". CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A linguagem da sedução**. p. 19.

30 "Possuir objetos passa a ser sinônimo de alcançar a felicidade [...] Sem a auréola que a publicidade lhes confere, seriam apenas bens de consumo, mas mitificados, personalizados, adquirirem atributos da condição humana". CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A linguagem da sedução**. p. 12-13.

31 Assim, "com o uso de simples palavras, a publicidade pode transformar um relógio em jóia, um carro em símbolo de prestígio e um pântano em paraíso tropical". CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A linguagem da sedução**. p. 18.

32 "A publicidade é uma máquina de criar desejos e transformá-los em necessidade". CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A linguagem da sedução**. p. 16.

33 *Apud* DE LUCCA, Newton. **Direito do** Consumidor - Aspectos práticos - Perguntas e respostas. 2ª edição, revista e ampliada. Bauru: Edipro, 2000, p. 53.

34 *Apud* ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 17.

Esse cenário permitiu o desenvolvimento da técnica de mensagens subliminares. A sua utilização é fato incontroverso, tanto na publicidade como na propaganda, mas tem causado muitas discussões.

Nesse contexto importa questionar se o ordenamento posto, por meio de seus princípios, regras e mecanismos protetivos - boa-fé, coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, liberdade de escolha, proteção contra a publicidade enganosa, intervenção, educação, dignidade da pessoa humana, transparência, informação, proteção, proibição de práticas abusivas, identificação publicitária) - é suficiente para regular a publicidade com mensagem subliminar, afastando a necessidade de criação de um regime jurídico próprio.

Ao abordar tal problemática, pretende-se neste trabalho demonstrar o poder de influência da publicidade/propaganda na conduta das pessoas e o quanto ela pode ser nociva ao consumidor.

Para atingir tal objetivo é necessário fazer um estudo aprofundado, de cunho científico. Ressalta-se, porém, que "não é a qualquer investigação que se pode dar qualidade de científica. Científica é a investigação que tem compromisso ético com a vida e com valores fundamentais do homem"[35].

Os objetivos específicos traçados visam: (a) esclarecer o significado do termo "publicidade"; (b) identificar o que se entende por "mensagem subliminar", perquirindo o seu conteúdo e alcance; (c) identificar o regime jurídico da publicidade; (d) analisar os princípios que regem as relações de consumo, notadamente os da boa-fé, transparência, identificação da mensagem publicitária, não-abusividade da publicidade, não-enganosidade, liberdade de escolha; (e) analisar o instituto da responsabilidade diante de uma relação de consumo; (f) discutir até que ponto a empresa é responsável pela publicidade com mensagens subliminares; (g) indagar a validade do negócio jurídico entabulado diante da veiculação de mensagem subliminar.

A propósito, tantos questionamentos permitem constatar que há uma lacuna no conhecimento que alude à publicidade com mensagem subliminar, sobretudo no arcabouço jurídico para dar suporte e regramento

---

[35] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

às proezas do mercado capitalista que despreza questões éticas, sociais e ambientais em troca da produção desenfreada e do lucro a qualquer custo, para dizer o menos.

Como corolário desse *status quo*, pouco ou nada se tem seriamente discutido sobre a possibilidade de veiculação dessa modalidade de publicidade e as conseqüências jurídicas desta prática. Por outro lado, não existe legislação específica para regular a matéria no Brasil, apenas o Projeto de Lei n. 5.047/2001, que proíbe a veiculação de publicidade contendo mensagem subliminar. Na redação do seu art. 2º, dispõe que a Lei n 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor - passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

> Art. 37-A. É vedada, na propaganda comercial veiculada nas emissoras de radiodifusão de sons e imagens, nos canais de televisão por assinatura e em salas destinadas à exibição de filmes, a utilização de recursos destinados à sensibilização subliminar do espectador.
>
> [...]
> Art. 69-A. Veicular nas emissoras de radiodifusão de sons e imagens, nos canais de televisão por assinatura e em salas destinadas à exibição de filmes, propaganda comercial que faça uso de recursos destinados à sensibilização subliminar do espectador.
> Pena – detenção de seis meses a dois anos e multa.

Bem a propósito, nas justificativas do referido Projeto de Lei expôs o legislador-relator, *litteris*:

> Cabe-nos, porém, aperfeiçoar continuamente a legislação, incorporando novas disposições que coíbam práticas lesivas ao consumidor que não tenham sido claramente previstas no texto original.
>
> Entre estas, destaca-se o uso de técnicas denominadas de '**mensagem subliminar', que não estão adequadamente caracterizadas no Código de Defesa do Consumidor**, em vista de sua redação por demais genérica.
> Buscando promover o aperfeiçoamento da matéria, oferecemos aos ilustres Pares esta proposição, que melhor delimita os recursos de mensagem subliminar amplamente usados na propaganda e que, em última instância, **afetam o comportamento do consumidor, induzindo-o ao consumo compulsivo**.
> Procuramos, dessa forma, **evitar determinadas práticas que beiram o antiético, a exemplo da desenfreada utilização do erotismo na propaganda brasileira**. Em vista da relevância do tema, em especial por afetar a formação cívica dos jovens brasileiros,

> esperamos contar com o apoio dos ilustres colegas parlamentares para aprovação desta iniciativa [sem grifos no original][36].

Apesar da carência legislativa apta a balizar as práticas de publicidade de conteúdo subliminar, a matéria já encontra o devido regramento - de forma expressa - em outros países, como é o caso da Espanha.

Nesse aspecto, quadra mencionar que o primeiro contato (consciente) com as mensagens subliminares ocorreu quando o pesquisador residia em França. Era época de eleição presidencial. Na vinheta do jornal televisivo, em determinado momento, aparecia de forma velada o semblante do candidato, à época, o Sr. François Miterrand[37]. Por considerar que havia conteúdo subliminar, a oposição, discordando, prontamente reagiu e a imagem foi retirada. Esse fato suscitou grande discussão para definir se a inserção da imagem do candidato era intencional e se seria capaz de influenciar o eleitor.

Pois bem, são esses os aspectos que emolduram o presente estudo.

Para enfrentar a tarefa adotou-se como suporte metodológico a pesquisa exploratória de raciocínio dedutivo, assim entendido aquele que parte de proposições gerais já firmadas sobre o assunto escolhido, e a técnica bibliográfica, essencial para compor o referencial de base e estribar possíveis respostas à problemática levantada. Os dados - de natureza secundária – foram extraídos de renomada doutrina, revistas, sites e artigos especializados que mantêm pertinência com o tema: publicidade com mensagens subliminares.

O trabalho, que resulta neste relatório de pesquisa, está estruturado em capítulos. Primeiramente são abordadas as características relevantes do ser humano no que tange ao comportamento relacionado com

---

[36] BRASIL. CAMARA DE DEPUTADOS. Disponível em:

<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 20 ago. 2008.

[37] "Em 1988, na França, o então presidente eleito François Miterrand foi acusado de ter se beneficiado de imagens subliminares contidas em jornal televisivo. Foi intentado processo contra a direção do jornal, não se logrando, contudo, êxito. De todo modo, a CNCL (antecessora do Conselho Superior de Audiovisual) decidiu proibir qualquer incrustação deste tipo. RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 49-50.

a publicidade, em seguida analisa o marketing, o merchandising e a publicidade, terminando com os aspectos jurídicos do tema abordado, inclusive no que respeita aos princípios aplicáveis.

2 SOCIEDADE CAPITALISTA CONTEMPORÂNEA

Para bem compreender o Direito, a observância e a correta aplicação de seu valor máximo - a Justiça[38] -, indispensável é o conhecimento da natureza e essência do ser humano[39]. O mesmo compromisso se impõe ao ramo do Direito do Consumidor, especialmente nas questões relativas à publicidade, foco deste estudo.

O Direito, vale lembrar, existe em função do ser humano. Sem a existência de nossa espécie não existiria o Direito, sendo fruto de sua racionalidade, capacidade e inteligência. O Direito existe para servir o ser humano[40] e não o inverso[41].

---

[38] Nesse sentido o entendimento de Rosa Maria de Andrade Nery para quem direito é "a ciência que organiza a racionalidade discursiva para dispor de técnica (meio) a serviço de um fim: a justiça". A autora afirma que o direito "busca preservar a igualdade, tendo como ideário a justiça, ou seja, que o sistema jurídico visa a atender aos ideais de justiça, naturais da humanidade". E ainda: "a justiça é uma das aspirações eternas da humanidade, *também* buscada através da ciência do direito, como forma de tornar possível a convivência social". (NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 14, 16, 17. Com o mesmo entendimento Helmut Coing: "O direito encontra-se no todo da cultura, mas ele tem sua própria posição – através das tendências fundamentais inerentes, as quais ele serve: paz, segurança e justiça, através da ordem". COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 229.

[39] "Quando se trata de mensagem publicitária, contudo, não interessa estudar apenas a forma lingüística. Ela é um campo de estudos interdisciplinares por excelência, integrando conhecimentos de psicologia individual e pessoal, de sociologia, educação, ética, filosofia, teoria da comunicação e retórica, sem excluir economia, *marketing* e estatística" CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A linguagem da sedução**. 3. ed. 7ª impressão. São Paulo: Ática, 2006, p. 161.

[40] "A Justiça como valor é o núcleo central da axiologia jurídica, e a marca desse valor fundamental de Justiça é o homem, princípio e razão de todo o Direito". NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.113.

[41] Rosa Nery se posiciona no sentido de que o peso da vida humana e da liberdade humana tem que ser maior do que qualquer outro valor para o direito: "o homem é o valor maior de peso na balança". NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil,** p. 66. Contudo, embora concordemos, é necessário deixar claro que não temos visão antropocêntrica, colocando o ser humano no centro de tudo que deve ser valorizado, a justificar toda forma de abuso sob o argumento de trazer benefícios ao ser humano. Temos que para a perfeita aplicação do Direito, deve-se sempre observar a ética ambiental, que representa o correto relacionamento entre o ser humano e o ambiente. Assim, não existe responsabilidade apenas e tão somente em relação à comunidade humana, mas o tratamento ético deve se estender aos outros animais, às plantas e aos ecossistemas. Entendemos que os outros animais, as plantas e os ecossistemas têm um valor intrínseco,

As características do ser humano[42] devem ser consideradas em seus aspectos fundamentais. De outra forma, o homem estaria fadado a não corresponder às expectativas legítimas que dele se espera e, quiçá, causar mais danos do que benefícios[43], como é o triste exemplo da indústria do tabaco em argumentações superficiais são apresentadas: "o consumidor

---

como bens em si, e não meramente valor instrumental, útil para alguma finalidade. Mas seja qual for o entendimento, considerando ser inexorável a finitude dos recursos naturais, o fato é que devem ser preservados, mesmo sob o argumento de que são apenas úteis para nossa sobrevivência. Interessante a visão do filósofo contemporâneo Peter Singer, segundo o qual devemos dar tratamento ético não somente aos seres humanos e nomina a respectiva forma de preconceito como "especiecismo", que se assemelha à injustiça do racismo, ao se atribuir uma condição especial aos membros de uma comunidade, acima dos interesses dos outros animais, somente pelo fato de serem da mesma espécie. A ética que exclui os não-humanos autoriza que eles sejam usados ou destruídos visando os interesses do ser humano. O filósofo Holmes Rolston III entende que existe valor intrínseco não somente nos humanos, mas também de todas as outras espécies de seres vivos e por isso devemos respeitar a natureza por seu valor intrínseco e não porque têm valor instrumental para o homem. Trata-se de holismo ambiental, segundo o qual o bem de toda a biótica necessita do reconhecimento da interdependência de todos os organismos e que a integridade de cada ser depende do conjunto de toda a natureza. Segundo suas palavras, "os humanos têm importância suficiente para florescer aqui na Terra, mas não o direito de degradar ou destruir ecossistemas, pelo menos não sem um ônus da prova de que há um ganho cultural maior". ROLSTON III, Holmes. **Conserving Natural Value**. New York: Columbia University Press, 1994, p. 177.

[42] "Para compreender cabalmente a norma, como objetivação da vida humana, deve-se analisá-la sob o ponto de vista da índole e da estrutura da vida humana. Conseqüentemente, a norma não pode ser julgada em si mesmo como um fim, mas como um meio para a consecução dos valores concretos almejados pelo legislador, que são justiça, bem-estar social, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade perante o direito, oportunidades iguais de adequação de circunstâncias de eficácia e de bem-estar social. Daí a afirmação básica da doutrina de Recaséns Siches: se a aplicação de uma norma a determinado fato concreto levar a efeitos contrários aos por ela visados, deve ser declarada inaplicável àquele fato". DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95.

[43] Coing afirma que "Uma ordem jurídica que esquece o que o ser humano é, segundo sua constituição natural, como ser carnal com certos impulsos, necessidade e instintos, torna-se desumana; por outro lado, significa que uma ordem, formada segundo valores intelectuais-morais, conforme justiça e liberdade, é superior a uma simples ordem ou a uma que garante a manutenção da paz através da violência, apesar deste poder ser um grande benefício. Disto também resultaria que uma ordem estatal que despreza totalmente o valor próprio de cada indivíduo, é totalmente inferior". Alerta para "o perigo que existe na inobservância da "natureza da coisa" através do direito, quando a ordem jurídica faz tentativa de suprimir, continuamente, as tendências legítimas das pessoas", para concluir que "o direito deve primeiro aceitar a pessoa como ela é e contar com todas as suas características. Mas, ele não pode parar por aí, ele não pode dar passagem livre a todos os institutos e paixões das pessoas. Ao contrário deve reprimir certas características, promover outras e dar-lhe validade" COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**, p. 161-162, 240-241.

fumou porque quis". Essas características do ser humano são, pois, utilizadas pelos profissionais da área publicitária[44].

A publicidade, para atingir a sua finalidade, utiliza basicamente três vias: psicológica, antropológica e sociológica[45], cabendo à ciência do Direito apreender os fatores metajurídicos para a perfeita aplicação das normas[46].

Diante dessas constatações - e para dar suporte à temática deste estudo – faz-se necessário apurar a análise sobre a espécie humana.

---

[44] Jacques Ellul afirma que é "a partir do conhecimento do ser humano, das suas tendências, dos seus desejos, das suas necessidades, dos seus mecanismos psíquicos, dos seus automatismos e também tanto da psicologia social como da psicologia das profundezas, que o propagandista organiza, pouco a pouco, as suas técnicas". *Apud* RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema., p. 23. Ramonet afirma que os *spots* publicitários provêm "de um trabalho de investigação, de sondagens e de inquéritos consideráveis. Resultam, frequentemente, da colaboração de especialistas eminentes e dotas, pertencentes a disciplinas muito diversas: sociólogos, psicólogos, semiólogos, linguistas, gráficos, decoradores, músicos, mais de que criadores cinematográficos propriamente ditos". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema., p. 53.

[45] "A via psicológica revela que a eficácia publicitária do jogo de palavras resulta do fato de que esse jogo, para o receptor do anúncio, é erótico no sentido psicanalítico do termo. O ouvinte obtém com muito pouco dispêndio o prazer que lhe proporciona a palavra. A via antropológica parte da proclamação da irracionalidade do receptor. O jogo simbólico dos signos reaviva arquétipos coletivos ocultos mais fundamentais, de tal modo que um verbo aparentemente insignificante induz à compra, escamoteando a barreira da consciência. A via sociologia parte do fato de que, não se dirigindo a ninguém em especial, a publicidade dá a cada um a ilusão de que dirige-se a ele individualmente e, ao mesmo tempo, o faz ter consciência de ser membro de uma *polis*. Amplia-se a eficácia cultural do discurso publicitário por meio do constante apelo aos símbolos e frágeis laços tecidos entre os habitantes das sociedades industriais. O discurso publicitário serve, assim, à dupla e necessária ilusão de comunhão íntima no interior de uma mesma sociedade e da incomparável singularidade do ser humano". CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 17-18.

[46] Nesse sentido Alf Ross: "A ciência jurídica visa o conhecimento da efetiva conduta humana, logo o fenômeno jurídico deve ser descoberto dentro do campo da psicologia e da sociologia. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, p. 86.

2.1 NOÇÕES ZOOLÓGICAS, ANTROPOLÓGICAS, MITOLÓGICAS E PSICANALÍTICAS

Apesar das discussões acerca da origem da vida; se existe um Deus, criador de todas as coisas - assunto que foge ao escopo do presente trabalho -, o fato é que o homem é considerado animal.

O pensamento de Desmond Morris ratifica a afirmação:

> Uma vez monstruosos, outras imponentes, mas sempre animais. Preferimos pensar em nós próprios como anjos que caíram do céu, mas a verdade é que não passamos de macacos que se puseram de pé[47].

Tomando-se por base essa premissa, de que o homem é animal, existe certo padrão de comportamento que pode ser estudado e explorado, certas características inatas passíveis de controle.

Os estudiosos e agentes da publicidade não passaram ao largo dessa constatação e, por meio das mais diversas áreas do conhecimento, analisam o funcionamento do *Homo sapiens*[48].

Os estudos realizados permitiram desenvolver técnicas apuradas de persuasão, em todos os níveis[49], convencimento e estímulos para fins de controlar o comportamento do consumidor[50].

---

[47] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 6.

[48] "Na França, pesquisadores estão criando um laboratório dedicado à pesquisa em ciências cognitivas aplicadas à publicidade, com o objetivo de permitir que os publicitários aumentem a eficácia de suas criações. Isto será feito por meio de novas técnicas utilizadas para promover a inscrição de uma marca, um produto ou uma publicidade de forma a penetrar mais profundamente e com mais facilidade no nosso cérebro, através de repetições não tão freqüentes. Graças a estas descobertas científicas, resultantes de estudos secretos, quando estivermos em uma loja, reconheceremos sem perceber todas as pegadas deixadas pela publicidade em nossa memória; iremos então, quase naturalmente em direção ao produto. A capacidade dos profissionais destas áreas confere à publicidade um status singular elevando-a ao nível de *quinto poder* na sociedade. Isto nos permite dizer que os publicitários são os mercadores do novo mundo, onde as coisas valem por sua representação, e não mais pela sua significação. O marketing teatraliza novos significados". ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 16-17.

[49] Conforme Marisa Teixeira de Almeida, referindo-se à publicidade: "Utilizando técnicas psicológicas, ela influencia o consumidor no ato da compra, através de mecanismos de persuasão que atuam em diferentes níveis: persuasão racional, emotiva e inconsciente. A persuasão racional baseia-se no comportamento lógico que pode esperar-se dos consumidores com relação a aspectos de natureza econômica como melhor preço, maior

A publicidade dos tempos contemporâneos não se resume à mera informação[51]. É verdadeiro meio de influência e controle sobre vontades[52] e desejos[53]. Assim, conforme a técnica utilizada, o comportamento das pessoas pode ser manipulado[54].

De acordo com as teorias mais aceitas, o *Homo sapiens*, descendente do *Homo erectus*, teve origem nas savanas da África, viveu entre

---

durabilidade ou qualquer outro benefício do produto. A persuasão emotiva desperta os sentimentos e emoções que influenciam no comportamento das pessoas. O amor, carinho, felicidade entre outras coisas são alguns dos principais sentimentos a que apela a publicidade através de processos associativos. Já na persuasão inconsciente, a mensagem procura exercer sua influência no instinto sexual, de autoconservação e desenvolvimento, de poder, de jogo, de oposição e outros. A sugestão é exercida sobre o indivíduo sem a participação ativa de sua vontade, como conseqüência da percepção que desencadeia uma sugestão contida na mensagem". ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, 2005, p. 15-16.

[50] "A finalidade específica da publicidade não é vender. Como meio de comunicação, seu objetivo é modificar ou reforçar atitudes e/ou hábitos" e acrescenta que "Com maior freqüência, a publicidade é mais potente e mais atuante na modificação desses hábitos e atitudes, gerando ações de compra, pois é a técnica de comunicação mais usada e uma das que atua com maior rapidez e com maior penetração num maior número de pessoas" GOMES, Neusa Dematini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 69, 71.

[51] "Marco divisor, levando-se em conta a intenção do emissor, entre a publicidade antiga e a publicidade moderna (...): a) **Pré-revolução industrial**, quando a informação predomina sobre a persuasão e, b) **Pós-revolução industrial**, onde há um nítido predomínio da persuasão sobre a informação" (GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade: Comunicação Persuasiva.** Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 79). No mesmo sentido Ramonet: "Os reclames filmados distraem ou divertem, mas na informam praticamente nada" (RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 71.

[52] De fato, como "forma de influência, a publicidade incide diretamente sobe as escolhas dos consumidores, orientando seu comportamento. A mera vontade do consumidor não é fator suficiente para evitar a influência da publicidade". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O princípio da vinculação da mensagem publicitária.** Revista de Direito do Consumidor n. 14/41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46.

[53] "ocorreu a formação de um sistema de persuasão da comunicação publicitária que molda necessidades, gera desejos, seduz os consumidores e que é tão ou mais importante que o próprio sistema de produção de bens, já que, sem ele, as vendas não teriam o sucesso que têm". ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 13.

[54] "Quando se analisa a linguagem publicitária quase sempre se fala em *manipulação*" CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 9. Por seu turno, Kirkpatrick "defende que a força de manipulação da propaganda reside na sua capacidade de fazer que os consumidores adquiriam bens de que não precisam ou não querem, coagindo-os a corresponder à vontade dos produtores. Já o poder de coerção cria necessidades e desejos de outro modo não existentes, alterando gostos e preferências dos consumidores". *Apud* SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 147).

130.000 e 200.000 anos atrás. Há cerca de 40.000 anos teria colonizado a Eurásia e a Oceania; as Américas há 10.000 anos[55].

A trajetória do homem desde os primórdios tem sido demarcada e apresentada pelos historiadores em períodos, épocas ou idades. Essas divisões, não obstante as críticas recebidas, têm a finalidade de, didaticamente, demonstrar os avanços e retrocessos humanos ao longo de séculos e milênios. Com todo o conhecimento acumulado vê-se o quanto é recente o modo de vida hodierno.

A Pré-história tem início com o surgimento do ser humano na Terra e vai até a invenção da escrita, há cerca de 4.000 a.C., na Mesopotâmia. Esse período tem como característica o nomadismo, sendo desenvolvidas atividades de caça e de coleta. Essa época assinala o surgimento da agricultura e da pecuária, sistema que levou os homens pré-históricos ao sedentarismo e à criação das primeiras cidades.

A Antigüidade tem início em 4.000 a.C. e vai até 476 d.C., com a queda do Império Romano do Ocidente. No Próximo Oriente floresceram as primeiras civilizações, sobretudo na região conhecida por Crescente Fértil, atraindo, pelo potencial da agricultura, os primeiros habitantes do Egito, Palestina, Mesopotâmia, Irã e Fenícia. Abrange também as chamadas civilizações clássicas: Grécia e Roma. Essa época é caracterizada pelo sistema escravista de produção. fonte

A Idade Média começa em 476 d.C. e vai até 1453, quando ocorre a conquista de Constantinopla pelos turcos, com a queda do Império Romano do Oriente. Essa época é estudada com relação às três culturas que se confrontaram em torno da bacia do Mar Mediterrâneo. O modo de produção feudal marca essa época. fonte

A Idade Moderna vai de 1453 até 1789, ano da Revolução Francesa, e tem como marco a invenção da imprensa, o início dos descobrimentos marítimos e o Renascimento. Nesse período surge o modo de produção capitalista. fonte

---

[55] WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homo_sapiens>. Acesso em: 19 ago. 2008.

A Idade Contemporânea tem início em 1789 e dura até os dias atuais. Caracteriza-se pelo grande avanço tecnológico, pelos conflitos armados de grandes proporções e pela globalização[56].

Com essa singela descrição da História é fácil perceber que o padrão e o estilo de vida da atualidade representam uma realidade muito recente.

Mas, apesar de todo o desenvolvimento tecnológico, do surgimento da sociedade de massa e de consumo, do ritmo frenético, do confinamento em caixas (que se nomina apartamento), da impessoalidade das relações e da superpopulação a produzir comunidades de estranhos, "a mudança não foi total. Alguns de nossos padrões mais antigos sobreviveram"[57]. É possível verificar "que muitos dos nossos padrões de caça primitivos e tribais ainda existem em nós, levemente disfarçados"[58].

Com o avanço das técnicas agrícolas e a industrialização, a aquisição de comida prescinde do padrão anterior consubstanciado na caça. Não existe mais a necessidade de o homem sair com armas, empreender uma longa jornada e travar lutas com animais fortes e perigosos para trazer o alimento para casa.

Nesse contexto, quadra indagar o que teria ocorrido com o impulso de caça, ou como o ser humano satisfaz o apelo de sua antiga herança.

Para uma parte da população, o trabalho representa esse substituto, sob o argumento de que traz a gratificação correspondente. Contudo, para boa parte das pessoas, o trabalho é algo tão tedioso e repetitivo que não fornece o bastante para suprir a respectiva necessidade, tornando-as inquietas, frustradas e aptas a procurar saídas para seus "cérebros de caçadores", na expressão do zoólogo Desmond Morris[59].

Segundo o mencionado zoólogo, a ausência de satisfação no trabalho torna-se tolerável com o desenvolvimento de alguns passatempos

---

[56] WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Periodiza%C3%A7%C3%A3o_da_hist%C3%B3ria>. Acesso em: 19 ago.2008.

[57] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 64.

[58] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 65.

[59] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 65, 68.

ou interesses privados. O então "caçador" dedica-se a atividades pouco importantes, mas capazes de proporcionar um cenário similar à caça primitiva. Tais "buscas" incluem o colecionismo, as viagens e todas as formas de jogos e desportos de competição[60], atividades exploradas à exaustão pelo mercado, tão-só para incrementar o consumismo[61], sendo a publicidade o seu vetor.

A atividade de "colecionar" persegue o ser humano desde a infância e a publicidade aproveita esta característica para vender toda sorte de produtos, de cartas a veículos, de selos a quadros. Dentro dessa perspectiva, o próximo item da coleção torna-se verdadeira "presa". Contudo, existe um fator a ser levado em consideração, pois a "caça simbólica é tão vigorosa que facilmente pode se tornar obsessão. Pode dominar a vida de um indivíduo a ponto de mais nada importar", conforme sustenta Desmond Morris[62].

Da mesma forma, o jogo também pode causar dependência, pois é próprio de sua natureza sustentar-se no risco, elemento presente na caça primitiva. O jogador tem "que apostar dinheiro suficiente para se magoar, se perder; e lhe dar alegria, se ganhar. Uma quantia trivial não forneceria o

---

[60] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 68.

[61] Não se pode confundir consumismo com consumerismo. O consumismo representa dado patológico da sociedade de consumo. É a oniomania e representa uma compulsão, uma idéia fixa, calcada em uma irresistível vontade de comprar. Para Mário Schweriner consumismo representa as "compras desnecessárias que geram acumulação e podem conduzir à ostentação e, caso não realizadas, provocam sofrimento", e pode manifestar-se em: a) compras compulsivas – compra de bens que nunca se usam, compra de bens que a pessoa possui em quantidade maior do que usa; compra de bens, mesmo que não possa pagar por eles; b) posses (desmesuradas); c) uso (abuso do prazer/ostentação). SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 153-154. Para Gino Giacomini Filho, consumismo designa excesso de consumo, consumo acelerado ou até desperdício e afirma ser um mal da sociedade de consumo. GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 21. Por seu turno, o consumerismo é o fenômeno que surge a partir dos anos 60, consubstanciado no movimento de organizado de consumidores que busca o reconhecimento de seus direitos e interesses, opondo-se, inclusive, às práticas consumistas, e, assim, levantando a ideologia do consumo sustentável. Gino Giacomini Filho explica que o "termo é um anglicismo derivado de *consumerism*, que designa o movimento de consumidores e entidades americanas no início desta metade de século [em fins dos anos 60] [...] "consumerismo" é usado para designar qualquer movimento de consumidores ou entidades afins em qualquer região ou época", "designa *as forças sociais que buscam um melhor tratamento para o consumidor"* e "está ligado à busca por melhores condições de vida e pela ampliação da qualidade de vida". GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 18-20. Assim, representa uma reação e um instrumento de controle para este e outros males da sociedade.

[62] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 69.

"perigo" que ele procura"[63]. Por vezes, a recompensa pode não ser comestível, entretanto, devido à dificuldade de conquistá-la, seu significado simbólico obscurece sua inutilidade. Como exemplo emblemático explorado na sociedade de consumo tem-se o caso dos bingos, nos quais a pessoa pode perder todo o seu patrimônio, fato que revela que o jogo na verdade representa uma patologia.

O fornecedor centrado no lucro, não raro, pouco se importa com o próximo e arranca do consumidor tudo que este possui. Ratifica essa assertiva o pedido monitório julgado improcedente[64], cuja garantia eram cheques que haviam sido emitidos por um jogador contumaz em casa de bingo. Como fundamento do *decisum* lançou-se mão do princípio da boa-fé, ante o fato de que o fornecedor tem o dever de cuidado, proteção, colaboração e lealdade para com o consumidor. O fornecedor não pode ver no consumidor uma fonte de enriquecimento sem causa. Mais, a relação de consumo não pode representar a ruína do consumidor.

Não há dúvida que houve um desenvolvimento científico[65] e tecnológico bastante grande, que prospera em velocidade cada vez maior. Em poucos séculos, o ser humano passou das cabanas de lama para os arranha-céus. Se por um lado, as grandes cidades proporcionam toda sorte de comodidades em relação à vida primitiva, por outro, enfrenta-se o problema do superpovoamento, que leva o homem contemporâneo a viver em um ambiente diverso daquele do qual se originou e evoluiu, tornando-se um anônimo na multidão, a gerar uma contrapartida de crimes, loucura, crueldade e desespero, conforme anota Desmond Morris[66].

Dessa realidade surgem, então, os problemas psicológicos e sociais. A indústria, atenta à nova situação do ser humano, procura vender-

---

[63] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 69.

[64] Autos 583.00.2005.069412-1 – 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo.

[65] Entretanto, o conhecimento científico não ajudou no grau de humanização do nosso mundo, como já advertia Carl G. Jung. JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 95.

[66] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos,** p. 82.

lhe toda forma de compensação, de conforto[67]. Existe a promessa de que o consumo é a fonte para a felicidade[68], pois esta é uma das metas máximas da vida[69]. A pessoa comum, na tentativa de superar os problemas do novo modo de vida e realçar o status, recorre à imitação ou identificação[70]. Para

---

[67] Bem afirma Schweriner que no cerne das "compras e consumo compulsivos costuma residir uma ação compensatória para a frustração, depressão ou angústia". Dessa forma o "ato da compra em si, bem como a sensação gratificante de posse do bem, funcionam como um paliativo para as carências emocionais da pessoa. Tanto as de ordem profissional, como as de cunho afetivo". E acrescenta que o "papel da propaganda e do marketing no incentivo ao consumo é extremamente oportuno para, digamos assim, compensar muitas frustrações, em especial as de ordem afetiva. (...) As compras assim efetuadas como que encobrem frustrações, deixando a pessoa, antes deprimida, artificialmente aliviada. Tal processo é fundamentado no mecanismo de defesa da sublimação, quando a energia a ser alocada para a resolução do conflito é sublimada nas compras, o que é extremamente eficaz em um primeiro momento, ou até mesmo em uma fase de curta duração" e assim a "ida às compras passa a ser uma rotina visando encobrir ou disfarçar toda espécie de desordens afetivas e profissionais, e como o consumo é incentivado em nossa sociedade, não há razão aparente para estancar, retroceder, voltar atrás". Por fim, aponta o aspecto danoso ao aduzir que "compra e consumo compulsivos conduzem o sujeito a tal grau de dependência, que ele passa a invadir perigosamente as fronteiras da doença, da conduta patológica". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 155-157.

[68] Mas, como adverte Schweriner, "consumismo e drogas, ícones da cultura hedonista/narcisista, têm se mostrado um fracasso como atalhos que prometem felicidade imediata". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 106.

[69] Entretanto não passam de meras promessas, já que existe diferença substancial entre prazer, alegria e felicidade. Certo que há dificuldade de se conceituar felicidade, pois existem inúmeras definições que levam em consideração diversos critérios e orientações (apesar de ser consenso que a felicidade advém da satisfação de necessidades/desejos muito pessoais, e irá variar significativamente de um sujeito para outro), sendo que a discussão ingressa na seara do debate filosófico. Entretanto, Mário Schweriner apresenta de forma bastante esclarecedora a diferença entre essas três formas de expressão oriundas do ser humano, apta a ser utilizada na análise do tema sob a ótica do Direito do Consumidor: "Prazer – **intensidade**. Veiculado aos sentidos, ao corpo, é uma sensação. Mais intenso, menos duradouro. Sensação de *ter* prazer. Superlativo: **êxtase**. Alegria – **duração**. Vinculada à mente, é uma emoção. Energia que irradia de dentro. Mais fluida, mais duradoura. *Estar* alegre. Superlativos: **júbilo; euforia**. Felicidade – **extensão/multiplicidade**. Vinculada ao espiritual, uma comunhão com o Universo, é um estado de espírito. Sensação de leveza. *Ser* feliz. Superlativo: **plenitude.** SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 119. Dessa forma, fica claro constatar que o consumismo pode proporcionar prazer, e quando muito, alegria, mas dificilmente felicidade.

[70] "FREUD entende identificação não como simples imitação [...] exprime um ser igual e remete a uma similaridade ao nível do consciente". A identificação, segundo FREUD, é o processo psicológico através do qual o indivíduo assimila o aspecto, uma qualidade ou um atributo e procura se transformar neste modelo ou ele se amoldar. A personalidade, pode-se dizer, é constituída de uma série de identificações. E se a identificação, segundo FREUD, se faz com objetos (objeto aqui entendido como coisa, seja pessoa ou objeto) ou com partes do objeto, por meio de determinados aspectos da relação, posso perfeitamente identificar-me com uma estrela de cinema ao platinar os cabelos ou com um adulto viril ao fumar cigarros da marca X. "A identificação, segundo os teóricos de aprendizagem como KOGAN, é uma reação cognitiva aprendida que contém semelhança com a pessoa objeto-modelo, e que

superar os problemas psicológicos e ter aceitação social[71], chega, muitas vezes, a adotar medidas extremas, como superendividamento ou crime, unicamente para adquirir os itens de exibição de dominância[72].

As pressões supertribais podem ser alguns dos fatores que contribuem para essa realidade. Em uma tribo menor, a distância entre os extremos da hierarquia não é significativa. Contudo, na sociedade contemporânea, a multidão que ocupa a base pode adotar uma postura de destruição (de outras pessoas ou de si própria) ou descobrir qualquer tipo de escape, real ou imaginário, sendo o mais comum o imaginário. Dessa forma, o ser humano busca no consumismo um modo de sair do tédio e de sentimentos de opressão, bem como superar suas carências. Ocorre uma forma de sublimação, uma espécie de experiência excitante por procuração. Isso se revela nos filmes, romances, programas televisivos, novelas etc. Tudo por conta da vida contemporânea de tensão e dor permanente do caldeirão

---

determina o comportamento do indivíduo de acordo com os eventos que atingem o modelo". GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU, 1998, p. 100.

71 "A importância do meio social na formação da personalidade também permite entender a procura de produtos que auxiliam o indivíduo na busca da adequação e aprovação social. Por meio dos esforços de marketing, alguns produtos simbolizam status social para quem os usa ou consome". GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 101.

72 "O grande problema dos bens de luxo é que existe uma considerável parcela dos consumidores que "compõem sua personalidade" ancorados neles. São as pessoas exibicionistas – o luxo exigido e exibido – que permitem ou até incentivam transformar o vetor em vínculo (apego): o sujeito precisar do bem de luxo para (re)compor sua auto-estima ou para se sentir aceito pelo grupo social. Mesmo que seja um bem que não contribua em nada para sua gratificação utilitária ou mesmo sensorial, no que bolsas e demais adereços femininos são um mostruário exemplar". "Não é à toa que tal mimetismo, o desejo de reconhecimento pelo outro, que conduz ao consumo exibicionista, seja tragicamente comprovado nos últimos anos pelo índice galopante da criminalidade. O consumo do luxo por si pode não ser o estopim da violência. Porém, quando, de algum modo, se atravessa a fronteira rumo a uma ostentação até agressiva, a reação dos estratos marginais pode vir em um efeito bumerangue". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 200-201. Certo que a questão é complexa e envolve muitas variantes, mas é fato que boa parte dos assaltos ocorrem para comprar drogas, roupas de grife, tênis, e poucas vezes para comprar comida. Existe a notória prostituição de luxo, com moças de com condições econômicas favoráveis, por vezes longe da miséria, mas que se lançam nesse mundo para comprar roupas de grife, perfumes importados, jóias, e outros sonhos de consumo. Nesse sentido Gino Giacomini Filho: "As classes sociais de pequeno poder aquisitivo são afetadas pela propaganda na medida em que são privadas economicamente de adquirir bens e serviços anunciados nos meios de comunicação; com o desejo despertado, este se torna muitas vezes uma necessidade psicológica que deságua em ansiedades, frustrações e até criminalidade". GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 123.

humano, pois representa forma antinatural de viver para a espécie humana tribal[73].

Como afirma Nilton Bonder, é da essência do ser humano o "ter". Desde o início, observa-se que a vida começa com uma posse. Para existir precisa-se "ter" um corpo. Ter é fundamental, essencial e imprescindível. Nas palavras do autor:

> Nossa infância é marcada pela tentativa de distinguir esses dois verbos [ser e ter], o que não é nada fácil. O olhar do recém-nascido que se sente pertencente à mãe e sua dificuldade em se separar, expressam a complexidade lingüístico-conceitual de estabelecer uma diferença entre ser e ter.
> É essa dificuldade que faz das crianças grande consumidores por natureza. A indústria de brinquedos sabe disso e despende consideráveis somas em propagandas que apelam para a experiência infantil de que 'ter' o brinquedo será fundamental para que ele possa 'ser'[74][75].

Outro aspecto muito explorado no mercado de consumo diz respeito à biologia do amor, elemento que tem presença constante na publicidade. A constatação de que de todos os primatas vivos - os serem humanos - são os que mais se entregam ao sexo é fator decisivo para tal. Nesse sentido, houve nítido alargamento de sexualidade humana[76].

Ao contrário do que ocorre com muitos animais, que restringem a atividade sexual a um curto período do ano, os seres humanos estão aptos a acasalar durante o ano todo. Outra característica explorada alude ao fato de que os humanos percorrem prolongadas seqüências de pré-acasalamento, havendo diversos estágios entre o encontro inicial até a consumação do ato

---

[73] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 108, 111.

[74] BONDER, Nilton. **Ter ou não ter, eis a questão!** A sabedoria do consumo, p. 8.

[75] Na obra "A sociedade do espetáculo", Guy Debord analisa a sociedade de consumo não somente pela valorização do ter em detrimento do ser, mas também em nova transmutação de valores do ter para parecer: "A primeira fase da dominação da economia sobre a vida social acarretou, no modo de definir toda realização humana, uma evidente degradação do *ser* para o *ter*. A fase atual, em que a vida social está totalmente tomada pelos resultados acumulados da economia, leva a um deslizamento generalizado do *ter* para o *parecer*, do qual todo "ter" efetivo deve extrair seu prestígio imediato e sua função última. Ao mesmo tempo, toda realidade individual tornou-se social, diretamente dependente da força social, moldada por ela. Só lhe é permitido aparecer naquilo que ela *não é*" [grifos no original]. DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução Estela dos Santos Abreu. 9ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007, p. 18.

[76] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 116.

sexual. O tempo de acasalamento também é fator de distinção. O babuíno consuma o ato em oito segundos, sendo que os humanos podem praticar atos pré-copulatórios prolongados. Importante mencionar que três quartos da atividade sexual natural humana não se relaciona à procriação. A fêmea humana não perde a capacidade de se acasalar quando está grávida, nem mesmo depois da menopausa. "Fazemos amor mais freqüentemente, mais intensamente e durante mais tempo do que qualquer outro pequeno ou grande macaco"[77].

Em relação ao processo que leva à intimidade completa, este tem início com *sinais visuais*, ao contrário de outros mamíferos, como o cão, que tem como detonador do acasalamento o cheiro. As nádegas arredondadas transformaram-se no sinal sexual feminino primário. Entretanto, como não são visíveis, a evolução cuidou de providenciar os seios como mimetismo das nádegas, sendo que dois terços de seu volume não desempenham qualquer função na produção de leite, de certo modo têm mais função de exibição sexual do que propriamente de alimentação materna. As outras formas arredondadas da fêmea, como os ombros e os joelhos, ajudam a amplificar e reforçar a sinalização sexual.

No que tange aos órgãos genitais femininos, como estão escondidos, precisam de um eco visível, que se consubstancia nos lábios femininos. É como analisa Desmond Morris:

> A forma e a cor destes lábios revirados evoluíram como mimetismo dos lábios genitais, agora ocultos à vista entre as pernas verticais da mulher [...] estes únicos e recém-evoluídos lábios humanos enchem-se de sangue durante a excitação sexual, tornando-se maiores e mais vermelhos, uma mudança que ocorre simultaneamente nos lábios ocultos[78].

Outro aspecto relevante é a suavidade e limpeza da pele, que representa um poderoso sinal erótico. "Toda a actividade da indústria cosmética se baseia nesta ancestral preferência biológica"[79]. O vestuário

---

[77] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 116-118.

[78] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 22-124. Daí a utilização de batom, que tem como finalidade básica a atração sexual.

[79] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 125-126.

também tem papel importante na exibição para se chegar ao contato íntimo[80].

Assim, "por mais extraordinárias que sejam nossas realizações, continuamos, ainda assim, animais, sujeitos a todas as regras habituais da biologia"[81].

Para Jean Baudrillard, "tudo o que se oferece para ser visto e ouvido assume ostensivamente a vibração sexual"[82]. O autor afirma que:

> Os publicitários lidam com a sexualidade para melhor venderem [...] e por meio da indexação cada vez mais sistemática da sexualidade nos objectos e nas mensagens comercializadas e industrializadas, acabam estes por ser desviados da racionalidade objectiva[83].

A publicidade desvia a atenção e procura tornar a mensagem emocional. O objetivo não é outro senão a compra irracional, mitigando-se o poder de liberdade escolha.

> A pulsão sexual é outro aspecto muito explorado pela publicidade. Por pulsão, de acordo com Jean Laplanche, entende-se o processo dinâmico cuja pressão ou força faz o organismo tender para um objetivo. No caso específico da pulsão sexual, o seu objeto não é predeterminado biologicamente e as suas modalidades de satisfação são variáveis. A pulsão sexual no homem está ligada a um jogo de representações ou fantasias que a especificam[84].

---

[80] Assim, a indústria, inclusive da publicidade, exploram à exaustão a sexualidade para a venda dos produtos e serviço, sabedores dessas características peculiares dos seres humanos. Mário Schweriner aponta essa prática: "Como a sexualidade é um dos principais combustíveis do comportamento humano, quanto mais apelos eróticos/sensuais forem utilizados na comunicação, maior a probabilidade de despertar a atenção e até provocar o desejo no consumidor, o que torna o luxúria um dos grandes motores de inúmeras indústrias e mote de campanhas publicitárias. Como indústrias, a de pornografia, aí incluindo inúmeros produtos e revistas, e na publicidade, o emprego de mulheres vistosas e sensuais para vender quase que qualquer coisa, de cerveja a imóveis". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 185.

[81] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 186.

[82] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 153.

[83] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo,** p. 154.

[84] Pulsão sexual é a "pressão interna que, segundo a psicanálise, atua num campo muito mais vasto do que das atividades sexuais no sentido corrente do termo. Nela se verificam eminentemente algumas das características da pulsão que a diferenciam de um instinto: o seu objeto não é predeterminado biologicamente e as suas modalidades de satisfação (metas ou objetivos) são variáveis, mais especialmente ligadas ao funcionamento de zonas corporais determinadas (zonas erógenas), mas suscetíveis de acompanharem as atividades mais

De fato, para Freud, a mais recalcada das forças psíquicas do homem – que ele denominava *pulsões* – é o sexo. Para o célebre psicanalista, a sociedade ruiria em 24 horas se a sexualidade deixasse de ser reprimida, isto é, se pudesse ser plenamente liberada. A livre expressão e a vazão da sexualidade foram contidas ao longo da história, com breves períodos de exceção. A sexualidade, assim represada, constitui-se em uma poderosa força motriz, canalizada para outras finalidades. A essa distorcida expressão do impulso sexual Freud denominou "sublimação".

Em conseqüência, muitos dos comportamentos, inclusive os de consumo, podem ser originados por algumas pulsões sexuais reprimidas no inconsciente (causa), e que assumem a forma de motivos, muitas vezes claros e bem conscientes[85].

A pulsão sexual é submetida exclusivamente ao princípio do prazer e, em conseqüência, da energia libidinal, como impulso básico mobilizador do comportamento[86]. Não é por outra razão que essa pulsão é o mote utilizado na publicidade, ante a eficácia da penetração da mensagem erótica.

---

diversas em que se apóiam. Esta diversidade das fontes somáticas da excitação sexual implica que a pulsão sexual não está unificada desde o início, mas que começa fragmentada em pulsões parciais cuja satisfação é local (prazer de órgão). A psicanálise mostra que a pulsão sexual no homem está estritamente ligada a um jogo de representações ou fantasias que a especificam. Só ao fim de uma evolução complexa e aleatória ela se organiza sob o primado da genitalidade e reencontra então a fixidez e a finalidade aparentes do instinto. Do ponto de vista econômico, Freud postula a existência de uma energia única nas vicissitudes da pulsão sexual: a libido. Do ponto de vista dinâmico, Feud vê na pulsão sexual um pólo necessariamente presente do conflito psíquico: é o objeto privilegiado do recalcamento no inconsciente" . LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise.** Tradução: Pedro Tamen. 4. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 403.

[85] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 50-51.

[86] E como adverte Baudrillhard, na sociedade de consumo "é preciso que o indivíduo consiga redescobrir o próprio corpo e reinvesti-lo narcisisticamente – *princípio formal de prazer* – a fim de a força do desejo se poder transformar em procura de objectos/signos manipuláveis recionalmente. Importa que o indivíduo se tome a si mesmo como objecto, como o mais belos dos objectos e como o material de troca mais precioso, para que, ao nível do corpo desconstruído, da sexualidade desconstruída, venha a instruir-se um processo económico de rendibilidade"[grifos no original]. Prossegue o autor: "Sem a antecipação e a potencialização reflexiva dos prazeres na "consciência coletiva", o consumo não seria o que é e não se revelaria capaz de integração social. Não passaria de um modo de subsistência mais rica, mais planturosa e mais diferenciada de outrora; e como aconteceu até aos nossos dias, não teria adquirido *nome* especial [...] Esta sistematização terminológica no uso corrente modifica a própria história: é sinal de nova realidade social". BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 143, 208.

Nesse contexto, é importante entender o papel que desempenha o elemento fálico[87] (ANEXO A) na cultura e sociedade ocidentais, conquanto é amiúde utilizado. Pode-se constatar a sua presença na mídia (como nas revistas MTV (Anexo A) e Isto é (Anexo B), na estilização de veículo comercial (Anexo C), na publicidade (Anexo D), em placas (Anexo E), em embalagens (Anexo F), em rótulos (Anexo G), em símbolos (Anexo H) e até em desenhos animados (Anexo I), além da forma fálica de recipientes, invólucros, como os de perfumes, batons, desodorantes e inúmeros outros.

A propósito dessa representação, é sabido que o membro viril masculino - o pênis - atinge um tamanho muito superior quando comparado com o dos outros primatas; não só em comprimento (o do gorila, quando ereto, não passa de cinco centímetros), mas também em largura. Ao contrário do que muitas vezes se afirma, o tamanho do pênis, como explica Desmond Morris, tem grande relevância: "Um pênis mais volumoso é mais estimulante para a fêmea humana"[88].

O culto fálico na espécie humana data de tempos imemoriais, sendo registrado na mitologia primitiva[89] e na Antiguidade[90].

Na Antigüidade, comenta Jean Laplanche:

> O falo em ereção simbolizava o poder soberano, a virilidade transcendente, mágica ou sobrenatural, e não a variedade puramente priápica do poder masculino, a esperança da ressurreição e a força que pode produzi-la, o princípio luminoso que não tolera sombras nem multiplicidade e sustenta a unidade que brota

---

[87] Conforme Jean Laplanche, o falo era a representação figurada do órgão sexual masculino na Antigüidade greco-latina. Na psicanálise, o termo sublinha a função simbólica desempenhada pelo pênis na dialética intra e intersubjetiva, ao passo que o termo "pênis" é, sobretudo, reservado para designar o órgão na sua realidade anatômica. LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 166-167.

[88] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 133.

[89] Joseph Campbell faz narrativa sobre o tema, descrevendo um rito fálico letal da magia conhecida como o "osso apontado". **As máscaras de Deus**. Mitologia primitiva. 7. ed. Tradução Carmem Fischer. São Paulo: Palas Athena, 2005, p. 248-249.

[90] Na Antiguidade, o órgão viril era "objeto de veneração que desempenhava um papel central nas cerimônias de iniciação". LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 16. Sobre o culto fálico no Antigo Egito ver TOLEDANO, Joseph; QHAMID, El. **Erotismo e Sexualidade no Antigo Egito.** Tradução: Suzel Santos e Carlos Nougué. Barcelona: Folio, 2007, p. 135-140.

> eternamente do ser. Os deuses itifálicos Hermes e Osíris encarnam esta aspiração essencial[91].

Na Índia, o *lingam* representa o símbolo fálico da criatividade[92].

O próprio Freud reconheceu a organização fálica como fase da evolução da libido nos dois sexos, tendo correlação com o complexo de castração no seu apogeu, além de dominar a posição e a dissolução do complexo de Édipo. Para o citado psicanalista:

> O órgão masculino não é apenas uma realidade que poderíamos encontrar como referência última de toda uma série. A teoria do complexo de castração resulta em atribuir ao órgão masculino um papel prevalecente, desta vez como símbolo, na medida em que a sua ausência ou a sua presença transforma uma diferença anatômica em critério principal de classificação dos seres humanos, e na medida em que, para cada sujeito, esta presença ou esta ausência não é evidente, não é redutível a um dado puro e simples, é, antes, o resultado problemático de um processo intra e intersubjetivo (assunção pelo sujeito do seu próprio sexo)[93].

Na sua teoria do simbolismo, Freud afirmou que o falo é um dos simbolizados universais[94].

Por sua vez, foi J. Lacan quem associou a noção de falo como significante do desejo[95].

Jean Laplanche anota ainda que a inveja do pênis representa o elemento fundamental da sexualidade feminina e nasce da descoberta da diferença anatômica entre os sexos. A idéia é de que a menina sente-se lesada com relação ao menino e deseja possuir um pênis como ele, o que representa o complexo de castração. A ausência do pênis é sentida como um dano sofrido que a menina tenta negar, compensar ou reparar, existindo, então, interesse singular pelo pênis. Após, com Édipo, assume duas formas derivadas: o desejo de adquirir um pênis dentro de si, traduzido no desejo de

---

[91] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 167-168.

[92] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 43.

[93] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 167.

[94] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 168.

[95] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 168.

ter um filho; e desejo de fruir do pênis no coito, podendo acarretar formas patológicas ou sublimadas[96].

Freud sublinhou que a inveja do pênis persiste no inconsciente[97].

De acordo com Mário Ernesto René Schweriner:

> Profissionais de linha psicanalista atribuem um peso considerável às causas encobertas (inconscientes) do comportamento do consumidor, muitas vezes maior do que os benefícios do produto em si. Assim, a forma fálica do sabonete ou da embalagem de desodorante pode assumir um papel de destaque na hora da decisão de compra da consumidora. O mesmo processo se aplica ao homem como o *design* e a cor – vermelha – do automóvel esportivo, às embalagens dos maços de cigarro etc[98].

Ainda, segundo Jean Laplanche, para Freud, o pênis é a "zona erógena diretriz, o mais importante objeto auto-erótico, e a sua valorização reflete-se logicamente na impossibilidade de se representar uma pessoa semelhante ao ego sem essa parte constituinte essencial"[99]. O menino, ressalta, tem interesse narcísico pelo próprio pênis[100].

Também, segundo Freud, a fase genital, que é caracterizada pela organização das pulsões parciais sob o primado das zonas genitais, engloba dois momentos separados pelo período de latência: a fase fálica, aquela da organização infantil da libido e que segue as fases oral e anal. Entretanto, nessa fase, somente é conhecido um único órgão genital, o masculino[101]; e a organização genital propriamente dita.

O objeto parcial representa os tipos de objetos visados pelas pulsões parciais, tratando-se principalmente de partes do corpo, reais ou fantasísticas, que inclui o pênis e seus equivalentes simbólicos[102].

---

[96] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 251.

[97] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 168.

[98] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 50-51.

[99] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 73.

[100] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 179.

[101] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise.** Tradução: Pedro Tamen. 4ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 178.

[102] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 325.

Para Melaine Klein, a relação com os objetos parciais não qualifica apenas uma fase da evolução psicossexual, mas continua desempenhando um papel importante depois de estabelecida a relação com os objetos totais. Foi Jacques Lacan quem procurou conferir ao objeto parcial um estatuto privilegiado numa tópica do desejo[103].

As fantasias originárias são estruturas típicas, incluída a sedução, e organizam a vida fantasística sejam quais forem as experiências pessoais dos sujeitos, vale dizer, são fantasias universais, constituindo-se num patrimônio transmitido filogeneticamente. Encontram-se de forma generalizada nos seres humanos, sem que necessariamente tenham sido vividas pelo indivíduo, sendo reconhecida sua eficácia no inconsciente[104].

O termo "fantasia" em psicanálise tem conceito muito extenso. Neste trabalho serão adotados os seguintes conceitos de fantasia: (i) produção puramente ilusória que não resistiria a uma apreensão correta do real; (ii) devaneio subliminar, pré-consciente, a que o sujeito se entrega e do qual irá ou não tomar consciência; (iii) roteiros suscetíveis de serem dramatizados, na maior parte das vezes de forma visual, pois o sujeito sempre está presente nas cenas, não sendo representado por um objeto. Freud distingue diversos níveis de fantasia: consciente, subliminar, inconsciente. A fantasia está na mais estreita relação com o desejo e este tem sua origem e seu modelo na vivência de satisfação[105].

---

[103] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 326.

[104] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 174-175.

[105] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 169-173. Como asseverou Baudrillard a própria sociedade de consumo cria patologias, angústias, psicoses, antes não existentes, e com isso se beneficia ao fazer crer que elas podem ser curadas mediante a satisfação do consumo, representando meio de controlar as pessoas, a vontade, os desejos, se valendo das carências das pessoas. Mesmo se sentido culpada a pesssoa consome, até para pertencer a determinado círculo social. Assim, cria-se o mal-estar (resultado do crescimento, da civilização, do modo de vida) que é oferecido ao mercado, para ser utilizada a mercadoria cultural como objeto de deleite coletivo. Porém, esse processo remete mais ainda para a angústia. É Baudrillar que observa: "é que a sociedade que se considera e se contempla em progresso contínuo para a abolição do esforço, para a resolução das tensões, para maior facilidade e automatismo, surge na realidade como sociedade de "stress", de tensão, de "doping", em que o balanço global de satisfação acusa um "deficit" cada vez maior, em que o equilíbrio individual e colectivo se vê cada vez mais comprometido precisamente na medida em que se multiplicam as condições técnicas de sua realização. BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 193-194. "Todo o produto representa, na verdade, a concretização dos desejos e das necessidades humanas, a satisfação, a realização de suas carências e aspirações, tanto físicas quanto psíquicas. O produto traduz

A expressão "realidade psíquica" significa o desejo inconsciente e a fantasia liga-se com ele[106].

A vivência de satisfação está ligada ao "estado de desamparo" original do ser humano, quando o indivíduo suprime a tensão por meio do auxílio de outra pessoa. A satisfação fica, desde então, ligada à imagem do objeto que proporcionou a satisfação, assim como à imagem do movimento reflexo que permitiu a descarga. Quando o estado de tensão aparece novamente, a imagem do objeto é reinvestida. Esta reativação, que é o desejo, produz algo análogo à percepção (alucinação). Se o ato reflexo se desencadeia, não deixará de se produzir a decepção. O conjunto da satisfação real e satisfação alucinatória constitui a base do desejo. O desejo tem a sua origem na procura da satisfação real[107].

O estado de desamparo, para o adulto, representa o protótipo da situação traumática geradora de angústia. No bebê humano, implica a onipotência da mãe, já que depende inteiramente dela para a satisfação de suas necessidades e para pôr fim à tensão interna. Devido à prematuração do ser humano, a influência do mundo exterior é reforçada[108].

---

essas carências e aspirações em sensações de alívio e prazer". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos, p. 7.

[106] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 427.

[107] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 531.

[108] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 112. O historiador Christopher Lasch aduz que "a sociedade capitalista de consumo gera uma regressão na subjetividade dos seus membros, com uma retomada de características da primeira fase do desenvolvimento desta subjetividade. Nesta fase, marcada pelo narcisismo primário, não temos consciência a respeito de quem somos, em que mundo vivemos, quais são as nossas necessidades e como devemos satisfazê-las: somos totalmente dependentes das nossas mães e dos adultos de um modo geral (*Apud* Cláudio Coelho, p. 9). Assim, "a ausência de consciência é uma retomada, uma recriação, de características do narcisismo primário. Há um retorno a uma sensação de indiferenciação entre o eu e os outros, entre o eu e o mundo, só que a relação de dependência não é mais uma dependência da mãe, mas uma dependência dos objetos produzidos em série. Dessa forma, "A publicidade interfere nas subjetividades individuais, promovendo o retorno da experiência narcísica vivida na infância e preservada no inconsciente. Na cultura do narcisismo, o consumidor projeta suas necessidades nas mercadorias, assim como no narcisismo primário a criança projeta suas necessidades na mãe". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar**, p. 10, 11. Jean Baudrillard aprofunda a questão: "na sociedade capitalista de consumo, a sociedade assume o lugar da mãe [...] a sociedade assume a postura maternal de preocupação com as necessidades de seus membros. A publicidade é mensageira deste cuidado maternal, apresentando os objetos produzidos para a satisfação das necessidades dos consumidores" *Apud* COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 11.

Para Freud, a sexualidade é classificada entre as "grandes necessidades" e exige, tal como a fome, uma ação específica, que é o conjunto do processo necessário à resolução da tensão interna criada pela necessidade[109].

O desejo inconsciente tende a se realizar, restabelecendo os sinais ligados às primeiras vivências de satisfação[110].

Morgan Spurlock apresenta a respectiva utilização prática dessas características psicológicas pela empresa McDonalds[111]. A rede de fast-food cativa as crianças com brinquedos, cores e ambiente profundamente estudados, criando um local "feliz". Não por acaso, o "mascote" é um palhaço. Esse ambiente agradável fica registrado no inconsciente da criança e quando ela se tornar adulta vai querer repeti-lo com seus próprios filhos. Onde? Nas lanchonetes McDonalds, perpetuando o consumo de seus produtos.

Freud não identifica necessidade com desejo. A necessidade, nascida de um estado de tensão interna, encontra a sua satisfação pela ação específica que fornece o objeto adequado (alimento, por exemplo). O desejo está indissoluvelmente ligado a traços mnésicos e encontra a sua realização na produção alucinatória das percepções que se tornaram sinais dessa satisfação[112].

Ao discorrer sobre o aparelho psíquico, Freud estabelece três entidades: o id, o ego e o superego.

Christiane Gade, a respeito, explica[113]:

> O id, segundo FREUD, é a fonte primitiva da energia impulsora psíquica, regido pelo princípio do prazer. É o pólo pulsional da personalidade, sendo que suas pulsões e a expressão psíquica das mesmas são inconscientes. Seus desejos em parte são hereditários e inatos e em parte adquiridos. Estes desejos exigem satisfação imediata e irrestrita. Fazem com que o homem busque seu prazer e a

---

[109] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 4-5.

[110] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**, p. 113.

[111] SPURLOCK, Morgan. **Super Size Me** - A Dieta do Palhaço. Manaus: Samuel Goldwyn Films. Imagem Filmes, 2004. (DVD) (98 min.).

[112] LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da**, p. 114.

[113] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 103-105.

> gratificação imediata deste prazer, sem preocupação com as conseqüências e realidades da vida.
> Apelo ao id é o apelo aos prazeres, sendo que a satisfação das necessidades primárias e sua representação na comunicação, no anúncio no qual pessoas comem, bebem, ou têm atividades sexualizadas, rindo alegres e felizes, universalmente têm um apelo idéico, assim como a satisfação de necessidades secundárias e desejos desenvolvidos ao longo da vivência individual também.
> O ego é derivado do id por meio dos contatos com a realidade. O ego então obedece ao princípio da realidade, servindo de mediador entre as exigências do id, da realidade e ainda do superego.
> O superego é a consciência moral inibitória dos impulsos do id, cujos desejos o fazem sentir culpa [...] É onde também se localizam os sentimentos de dever e responsabilidade com suas exigências [...] No caso de sentimentos de culpa, que a compra, uso ou consumo de produtos podem gerar, procura-se trabalhar em publicidade neutralizando estes sentimentos[114].

A conclusão é de que existe "um conflito entre o id, regido pelo princípio do prazer, e o superego, proibitivo e punitivo. Caberá ao ego, representante do princípio da realidade, a tentativa de resolução desse conflito"[115].

Mario Erneste René Schweriner, a partir desses conceitos freudianos, descreve como a publicidade deles se utiliza. Nas suas palavras:

> Junto com a conceituação básica de id, ego e superego, vieram as pistas para quais desses comportamentos básicos da personalidade é direcionada a imensa maioria das campanhas publicitárias. Para quem será? Obviamente para o id, regido pelo princípio do prazer. E não somente direcionar para o id, mas, o que é também muito importante, evitar 'pinçar' o superego e mesmo o ego, cujas funções críticas podem abortar o desejo de consumo. Quase todos os produtos infantis, os produtos que envolvem sensualidade, como moda e beleza, e todas as guloseimas buscam pescar o circuito do prazer embutido no id. Já os alimentos que enfocam atributos de nutrição, *diet* e *light,* devem arquitetar uma linguagem para a ponderação do ego[116].

No mesmo sentido anota Christiane Gade:

> O apelo ao sexo. Motivação primária da qual a publicidade usa e abusa. Quase todos os produtos oferecidos apelam de uma forma ou de outra para o sexo, seja diretamente relacionado a produtos como cosméticos, que garantem que 'ele (ou ela) ficará encantado (a) com seu cabelo', seja através de um jogo de palavras relacionado ao produto indiretamente, como 'preta boa e gostosa', anúncio que faz

---

[114] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 103-105.

[115] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 105.

[116] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 127.

> propaganda de uma marca de cerveja e que apresenta uma negra sensual[117].

Jean Baurdillard é enfático ao afirmar que: "O corpo ajuda a vender. A beleza ajuda a vender. O erotismo promove igualmente o mercado"[118].

Por fim, a maior qualidade humana é a curiosidade insaciável[119], que também é utilizada pela publicidade para atrair os consumidores em todos os sentidos; que se dirija à loja, que compre efetivamente toda sorte de produtos recém-lançados.

Em suma, é claro o efeito da exploração do consumidor pela publicidade do erotismo, da sexualidade. Tal efeito deve ser capaz de gerar um padrão de conduta ou determinada forma de comportamento.

2.2 NOÇÕES PSICOLÓGICAS

2.2.1 Os símbolos

O estudo dos símbolos, ainda que superficial, tem grande relevância, ante sua utilização pela publicidade.

John Freeman, na introdução do livro "O Homem e seus Símbolos", escrito por Carl Gustav Jung em co-autoria, anotou que "um estudo do homem e dos seus símbolos é, efetivamente, um estudo da relação do homem com o seu inconsciente". Jung afirmava que o inconsciente é o grande guia, o amigo e conselheiro do consciente.[120]

O ser humano é fascinado pelas imagens simbólicas, conforme observou Desmond Morris[121].

---

[117] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 116.

[118] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 143.

[119] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**, p. 213.

[120] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 12.

[121] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 188.

O símbolo representa sempre mais do que o seu significado imediato e óbvio. Existem símbolos cuja origem não é individual, mas coletiva[122].

Nos dizeres de Carl Gustav Jung:

> Uma palavra ou uma imagem é simbólica quando implica alguma coisa além do seu significado manifesto e imediato. Esta palavra ou esta imagem tem um aspecto 'inconsciente' mais amplo [...]. Quando a mente explora um símbolo, é conduzida a idéias que estão fora do alcance de nossa razão[123].

Os símbolos podem ser classificados em naturais e culturais. Os naturais derivam dos conteúdos inconscientes da psique e representam a grande gama de variações das imagens arquétipicas essenciais. Os culturais são aqueles empregados para expressar verdades eternas, bastante utilizados em muitas religiões. Estes símbolos podem evocar reações emotivas profundas em algumas pessoas e esta carga psíquica funciona como preconceito[124].

As mensagens dos símbolos trazidas pelo inconsciente influenciam as atitudes e os comportamentos humanos, como assinala Joseph L. Henderson[125].

Wilson Brian Key é o grande defensor da influência dos símbolos utilizados na publicidade em relação ao comportamento do consumidor.

Nelly de Carvalho entende que "a publicidade é discurso, linguagem, e portanto manipula símbolos para fazer a mediação entre objetos e pessoas". Além disso, sendo "organizada de forma diferente das demais mensagens, a publicidade impõe, nas linhas e entrelinhas, valores, mitos, ideais e outras elaborações simbólicas" [126].

Christiane Gade, por seu turno, sustenta que:

---

[122] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 55.

[123] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 20.

[124] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 93.

[125] HENDERSON, Joseph L. et al. **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 107.

[126] CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 12, 13.

> O posicionamento de produtos então coloca a marca ou o produto em posição relativa em relação aos outros. A imagem de um produto ou marca é resultante de significados simbólicos percebidos e atribuídos a esta marca ou produto [...]. O processamento da informação e sua acomodação na memória ocorre principalmente por repetições internas. Quanto maior o engajamento e interesse nestas repetições maior será a retenção. Para tanto, é necessário que os estímulos sejam codificados. E convém lembrar que a codificação é feita de símbolos e signos que, de forma complexa ou simples, permitem que o estímulo seja processado. Imagens, associações, formas, cores, letras, palavras e sons podem ser elementos codificados que facilitam a retomada e manipulação da informação[127].

Na concepção de Regina Blessa, o ser humano quando pensa "manipula símbolos que atuam como substitutos de experiências anteriores, usa imagens que são abstrações e construções baseadas em informação armazenada na memória de longo prazo"[128].

2.2.2 O aprendizado

Importante lição sobre esse tema é ofertada por Christiane Gade, que assim ensina:

> A aprendizagem, seja de que tipo for, pressupõe um impulso, um *drive* para aprender. Os *drives* são classificados como primários e secundários, sendo os primeiros aqueles que se baseiam em necessidades fisiológicas inatas, como a fome, a sede, o sono, o sexo. Os *drives* secundários seriam os aprendidos ou adquiridos. Não se precisa ensinar alguém a comer, mas fumar, sem dúvida, é um comportamento aprendido. O desejo do sexo não é aprendido, mas a negação deste desejo e a vergonha da nossa nudez são aprendidas. O homem etnocêntrico tende a acreditar que aquilo que, na verdade, são *drives* secundários aprendidos é inato e natural, quando na realidade são coisas culturalmente determinadas e longe de serem naturais. (A própria cultura é um fenômeno aprendido e consiste em respostas aprendidas.)"[129].

A autora comenta que Watson, Dewey e Guthrie são teóricos da linha que adota a lei de associação com repetição das ocorrências para ser

---

[127] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 80, 77.

[128] BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

[129] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 82.

fator fundamental da aprendizagem. Guthrie, porém, dá maior ênfase a uma contigüidade temporal, que postula que o comportamento mais recentemente ligado a um estímulo tenderá a ocorrer novamente. Os especialistas em marketing que trabalham com *outdoors* e acreditam nesta teoria se utilizam de cartazes de rua e em ônibus, baseados no pressuposto de que, ao entrar na loja, o consumidor terá visto muito recentemente o anúncio do produto que irá comprar, o que poderá ser favorável à aquisição, pois já foi estimulado[130].

Nesse sentido, Maslow já havia demonstrado "que existe uma tendência para escolher o que é familiar, o que revela aprendizagem afetiva"[131].

A partir da teoria da associação, foram desenvolvidas as teorias comportamentais, "com técnicas de aprendizagem por meio de condicionamento clássico e de condicionamento operante"[132] desenvolvidas respectivamente por Pavlov e Skinner.

A aprendizagem perceptual, que permite reconhecer um produto, "parece ser facilitada pelas técnicas que seguem a teoria associacionista". Estudos indicam que o conhecimento e a retenção de marcas ocorrem quando se usam "técnicas de associação e repetição, criando familiaridade"[133].

A aprendizagem afetiva, por sua vez,

> [...] também parece ser facilitada através destas técnicas. Os princípios de reforçamento, generalização, discriminação e extinção parecem ter muito efeito na formação de gostos e antipatias por determinados produtos que, então, passam a ser adquiridos e consumidos em função da experiência prévia[134].

---

[130] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 63.

[131] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 74.

[132] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 65.

[133] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 74.

[134] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 74.

A publicidade utiliza a repetição[135] e tenta fazer com o consumidor o mesmo que Pavlov fez com o condicionamento de cães.

De fato, segundo Mário Ernesto René Shweriner:

> Um instrumento muito utilizado para sedimentar esse procedimento se aproxima do processo de aprendizagem clássico da psicologia – o condicionamento[136]
> Para se chegar à *fidelidade à marca* é necessário que haja muitas repetições (N) de comportamentos reforçados positivamente. A isso se denomina *condicionamento*, ou *comportamento condicionado*: o registro mental advindo da repetição de determinadas associações ou interações reforçadas, tanto positivamente (recompensa), quanto até negativamente (punição). O condicionamento é uma das principais maneira de aprender.
> Como isso se dá?
> Pela associação repetida da marca/produto que se deseja promover a situações e objeto do desejo, e às vezes até valores facilmente reconhecidos pelo consumidor[137].
> E qual é a missão dos publicitários? Conseguir conectar na mente do consumidor a marca, um estímulo originalmente neutro a ser condicionado – como o fora a campainha para o cachorro [na conhecida experiência de Pavlov] – a situações e objetos muitos almejados por todas as pessoas: fama, riqueza, sucesso, poder, saúde, segurança, amor, sexo. Enfim, a carne do cachorro. Assim como o cão instintivamente salivava para a carne e aprendeu a salivar para a campainha, os publicitários 'ensinam' o consumidor a transpor em sua mente o prazer de tais situações e objetos de desejo (e mesmo valores) à marca em questão[138]. Por conseguinte, 'Os publicitários acabam provocando, por meio da exposição repetida dos anúncios, a fixação (aprendizagem) da transposição do prazer ao produto e, conseqüentemente, vontade de adquiri-lo – da mesma maneira como a salivação foi estendida para a companhia'[139].

Sobre o tema, aduz o mencionado autor:

> Tais associações mentais, ou neuroassociações, são quase que automáticas e apresentam uma outra pista para os *Necejos* [conceito que adiante será analisado], uma vez que o consumidor exige uma

---

[135] "As mensagens publicitárias se dirigem a milhares e às vezes a milhões de consumidores influenciando o comportamento que venham a apresentar". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O princípio da vinculação da mensagem publicitária**, p. 48.

[136] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 74.

[137] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 75.

[138] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 76.

[139] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 77. Existe um quadro na p. 79, evidenciando que a tarefa do publicitário é tratar o consumidor assim como Pavlov tratou o cão.

> determinada marca, sem a correspondente plataforma racional, sentido-se bastante incomodado ao não poder consumi-la[140].

Existe uma derivação dessas condutas condicionadas, que é o condicionamento social. Ocorre quando as pessoas procedem como rebanhos, seguindo a corrente de uma maioria, de modo absolutamente irrefletido[141].

2.2.3 Hierarquia das necessidades de Maslow

Pela teoria de motivação de Maslow, as necessidades e os desejos são organizados em prioridades e hierarquias: fisiológicas; segurança; afeto; status; eu. Nessa ordem, "os desejos mais altos da escala somente serão realizados quando os que estão mais abaixo se encontrarem mais ou menos satisfeitos"[142].

Segundo Christiane Gade, em relação à psicologia da publicidade e do consumo, "a escala de MASLOW é visualizada em torno de oito desejos básicos, nos quais se concentra o consumo:

- Alimentação e bebidas
- Conforto, casa e vestuário
- Liberação de ameaças e perigos
- Necessidade de ser superior, de possuir *status*
- Atração do sexo oposto
- Bem-estar da família
- Consideração social

---

[140] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 77.

[141] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 78.

[142] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 89, 91.

- Vida longa e saúde

Esses desejos acompanham o indivíduo ao longo de sua vida, porém são específicos em cada faixa etária. Em rigor, pode-se dizer que correspondem aos motivos que incentivam algumas atividades: trabalhar, ganhar dinheiro; consumir[143].

A patologia, todavia, surge quando a pessoa inverte a hierarquia de necessidades de modo danoso, como, por exemplo, deixa de se alimentar para adquirir roupas de grife. A publicidade, vale dizer, também é responsável por essa inversão.

2.3 O COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR

Pertinente é a abordagem do tema referente ao comportamento psicológico do consumidor.

A psicologia é o meio adequado para a compreensão das influências dos fatores psicodinâmicos internos e dos fatores psicossociais externos que atuam no consumidor. Não é por outra razão que o estudo do comportamento humano e da psicologia do consumidor é realizado para permitir o desenvolvimento de estratégias de marketing mais eficazes[144].

Christiane Gade, a respeito, afirma que:

> O comportamento é uma manifestação externa de processos psicológicos internos, de respostas aos estímulos que são processados e transformados em informações aprendidas e memorizadas. [...] Os estímulos também são geradores de motivação, fazendo com que os consumidores desejem as coisas, E a partir das informações do que é apreendido pelo sentido, das emoções, é que se desenvolvem as atitudes, as opiniões e a intenção de ação, a intenção de compra[145].

---

[143] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 114-115.

[144] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 1.

[145] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU, 1998, p. 27.

Quatro são os fatores aptos a influenciar o comportamento do consumidor quanto à decisão de compra. São eles: culturais, pessoais, sociais e psicológicos[146].

Os "fatores culturais" referem-se à cultura[147], aos hábitos, aos costumes, aos pensares, à ideologia[148], à mudança cultural, às correntes culturais[149] e à moda[150].

Os "fatores sociais" representam os grupos sociais primários e secundários de referência, por exemplo: os líderes, inovadores e seguidores; a aceitação social[151][152] e o conformismo.

---

[146] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 6.

[147] "O valor dos bens passa a depender mais de sua referência cultural (valor de signo), do que de sua utilidade, quer dizer, de sua dimensão funcional ou econômica". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 166.

[148] Maria Deosdédite Giaretta Chaves considera que a ideologia dos anúncios catalisa interesses comuns de diferentes indivíduos, fazendo com que os ideais peculiares do capitalismo sejam os mesmo ideais populares e dos consumidores. A publicidade, portanto, faz do consumo um ideal de existência. *Apud* ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.**, p. 14.

[149] Max Horkheimer e Theodor Adrono defendem que "a produção cultural no capitalismo é monopolizada pela ação dos grandes conglomerados econômicos", ou seja, vivemos numa sociedade na qual o sucesso musical do próximo verão é decidido numa sala com meia dúzia de empresários. Os citados autores criaram o conceito de "indústria cultural" para caracterizarem os meios de comunicação de massa. Este conceito significa que a produção de bens em larga escala (escala industrial) alcançou também a cultura (arte, informação), que se transformou em mercadoria. "A indústria cultural monopoliza o acesso à opinião pública, transformado-a em massa consumidora de arte e informação [...] A indústria cultural promove um esvaziamento da cultura popular, transformando-a em cultura de massa. Enquanto a cultura popular é uma criação coletiva, uma expressão do modo de vida de populações que vivem em regiões específicas; a cultura de massa é fruto da ação dos dirigentes dos conglomerados comunicacionais, que se apropriam da produção cultural popular, padronizando-a e transformando-a em produto a ser consumido em larga escala". Em conseqüência, "A mediação tecnológica, dentro do contexto da sociedade capitalista, afasta a maior parte da população da condição de produtor cultural". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 24-26.

[150] "É na destruição dos objetos que repousam os pilares da sociedade de consumo. Pois o mero uso desses produtos conduz ao seu *desgaste lento*; o motor do consumismo é o *desperdício violento* [...] Não a destruição física, de marretar os próprios bens, mas sim a perda de sua capacidade de satisfazer o consumidor, seja na dimensão funcional, seja na simbólica Na dimensão funcional, novos produtos ocupam, a intervalos cada vez mais breves, o espaço de seus antecessores, tornando-os velozmente obsoletos. Na dimensão simbólica, a moda e o *design* se incumbem de envelhecer os bens atuais, tornando-os rapidamente ultrapassados e até bregas aos olhos de seus possuidores. O aumento da produção, da lucratividade e do emprego é o lado iluminado da sociedade de consumo. No entanto, para funcionar devidamente, tal sistema requer que as novidades devam ser continuamente almejadas e adquiridas, cujo dínamo é a propaganda"[grifos no original]. SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 145.

Os “fatores pessoais” dizem respeito a variáveis demográficas, tais como idade, sexo, posição no ciclo de vida, escolaridade e atividades, situação econômica e estilo de vida.

Os “fatores psicológicos”[153] estão relacionados com: o processamento de informações, sua captação e decodificação por meio de mecanismos de sensação, percepção, aprendizado e memória; o processamento psicodinâmico e seus aspectos motivacionais, emocionais e atitudinais; a personalidade.

Mesmo com o conhecimento de todos esses enunciados de fundo, com freqüência indaga-se se os profissionais de marketing atuam com a

---

[151] Baudrillhar analisa esse aspecto da seguinte forma: “nesta rede de relações ansiosas onde já não há valor absoluto, mas apenas a compatibilidade funcional, deixa de interessar o “impor-se”, o “dar provas” (provação, *Bewährung*), mas é importante travar contactos e ser aprovado pelos outros, solicitar o seu juízo e afinidade positiva. A mística da aprovação toma progressivamente em tudo o lugar da aprovação. O objetivo de realização transcende o indivídio tradicional é substituído por processos de solicitação recíproca (no sentido que antes definimos: *Werbung*). Dada qual “solicita” e manipula, cada qual é solicitado e manipulado. BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 182.

[152] “o significado dos bens transcende sua dimensão intrínseca, pois é emprestado pelo valor que outros lhe atribuem. Por isso é que as marcas de muitos produtos almejam se transformar em símbolos de status, glamour e poder, que chancelam uma palavra-chave: sonho, mais especificamente o sonho do reconhecimento social. Como somos animais sociais, ansiamos por reconhecimento e admiração, alimentados pelo objetivo de atingir a perfeição, seja pela beleza física, poder, dinheiro ou por posses materiais. E os produtos de luxo são uma excelente alavanca que permite a transmutação do diáfano desses sonhos de reconhecimento em vivência concreta”. SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 167.

[153] “Muitas pessoas frustradas adoram um comportamento de fuga (da frustração), por meio do consumo voraz, inda às compras como compensação, como válvula de escape, um apanágio para suas mazelas, que as conduzem momentaneamente à gratificação. O ato da compra em si, bem como a sensação gratificante da posse do bem, funcionam como um paliativa para as frustrações emocionais da pessoa, tanto as de ordem profissional como, mais comumente, as de cunho afetivo. Nesse último caso, as mulheres são imbatíveis em sublimar carências afetivas em compras e consumo. Isto é, a energia da libido que não consegue ser dirigida e satisfeita a um bem-querer, passa a ser direcionada a uma outra espécie de bem, um bem de consumo. Mesmo sem resolver as causas reais da frustração, a pessoa se livra das energias negativas retidas por intermédio da busca da gratificação proporcionada pelo consumo. O papel da propaganda e do marketing no incentivo ao consumo pela criação/consolidação dos Necejos é extremamente oportuna para, digamos assim, compensar muitas frustrações, ainda mais as de ordem afetiva. As compras assim efetuadas agem como se estivessem encobrindo essas frustrações, deixando a pessoa, antes deprimida, artificialmente aliviada”.

Além da frustração, a culpa é outro combustível para o consumo alimentado pela propaganda e o marketing. Pais que não têm tempo para os filhos pequenos podem compensar essa falta de afeto com presentes, e o Dia das Crianças é uma fantástica oportunidade de redenção. Isso funciona também com o Dia das Mães, Dia dos Pais e Natal. SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 46.

intenção de dar às pessoas o que elas querem ou tão-só dizer-lhes o que devem querer.

Para elucidar a questão anota-se a existência de duas correntes: a instintivista e a manipulacionista. Os adeptos da tradição instintivista defendem que a herança biológica dirige o comportamento. O desejo pelo novo já existe mesmo que embutido nas profundezas da mente humana, no inconsciente. A propaganda busca convencer os consumidores a adquirir uma marca em vez de outras, mas não criou a demanda. Para a corrente manipulacionista, as pessoas basicamente se contentam com o que possuem, porém são "compelidas" a agir pelos desejos que lhes são "injetados", principalmente pelas ações de propaganda e marketing que, ao se tornarem extremamente poderosas, irão configurar os *Necejos*[154].

Para John Kenneth Galbraith, economista canadense, o moderno sistema econômico inventa os desejos que ele mesmo se incumbe de satisfazer. É a fieira invertida, na qual o comportamento do consumidor é controlado pela produção, em vez de a produção ser a resposta às carências e expectativas do consumidor, a chamada fieira clássica[155].

Diversos são os componentes da equação motivacional, esta representada pela fórmula reveladora do comportamento. Em outras palavras, resulta de vários fatores, que, em conjunto, levam à ação, que pode levar à compra, ao consumo e uso [156].

O motivo é sempre interno à pessoa e é por meio dele que se pode tomar consciência da causa[157] e do porquê de determinado comportamento. Pode ser uma "sensação" ou uma "emoção". Os motivos podem ser: a) primários (imperativos, correspondem ao instinto de conservação; são intensos e demandam alta alocação de energia; representam as

---

[154] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 143.

[155] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 143.

[156] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 6.

[157] A causa é o início da equação motivacional; é o estímulo inicial. Pode ser externa (ou sugestão) ou interna (ou impulso). A interna pode ser biológica ou psicológica, ambas conscientes e inconscientes. SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 29.

"necessidades" (que são básicas e limitadas)); ou b) secundários (correspondem aos "desejos" e são ilimitados)[158].

Dessa feita, tem-se que as necessidades são oriundas dos motivos primários, uma espécie de imperativos ou ultimatos que levam o organismo a precisar de algo. Essas necessidades estão relacionadas às condições essenciais de vida das pessoas, são uniformes e em número limitado. Os desejos[159] vêm dos motivos secundários, possuem origem mais fluida, sutil e específica, fornecendo opções ao organismo diante dessas causas. São variáveis e quase ilimitados[160].

Mário Ernesto René Schweriner defende a existência de um outro motivo secundário além dos desejos: os *Necejos* (neologismo do autor):

> Os necejos são tão elásticos e quase ilimitados em suas nuances quanto os desejos. Entretanto, diferentemente destes, sua não realização é extremamente aversiva, assemelhando-se às necessidades no grau de sofrimento quando não satisfeitos. Quer dizer, o consumidor se torna dependente da marca/produto não essencial para sua gratificação, sem o qual ele se sente extremamente insatisfeito. Os vícios são um bom exemplo de *Necejos*[161] [...] frustração pelo não-consumo é a característica principal de um *Necejo,* [...] a não-satisfação de um *Necejo* acarreta

---

158 SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 32, 34-36.

159 Para Santo Agostinho "são quatro as *perturbações* da alma: o desejo, a alegria, o medo e a tristeza". SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 273. Estas perturbações são o que a psicologia moderna chama *paixões* fundamentais. Cícero também as denomina *perturbações*.

160 "Para uma vida digna, há necessidades que deveriam ser satisfeitas e que são relativamente limitadas, ao passo que os desejos, pelo contrário, são infinitos. E são precisamente tais desejos ilimitados a matéria-prima da qual se alimenta a sociedade de consumo para atiçar os consumidores em direção a novos produtos e serviços permanentemente lançados no mercado para aplacar exatamente esses desejos sem fim". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 90.

161 O autor aponta, nesse sentido, a missão da publicidade: "A missão dos publicitários é produzir o que denomino geração exponencial de motivos. Como se faz? Recheando a mídia com o máximo possível de peças publicitárias (causas externas) capazes de despertar/atiçar motivos provocadores de desejos pelos bens anunciados. Quanto mais apelos eivados de emoção eles contiverem, mais terão o condão de provocar motivos irresistíveis, geradores de poderosos desejos para sua satisfação. Porém, não são necessidades, pois necessidades são imperativos conectados à sobrevivência física ou psíquica. Também não são desejos, pois desejos são maneiras de satisfazer as necessidades, e, por serem muito menos intensos, permitem ao consumidor abdicar ou trocar facilmente de produto/marca. Por não se encaixar nem nos desejos nem nas necessidades, criei uma categoria inteiramente nova: os Necejos" SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 33, 34, 37, 41.

> conseqüências psicológicas drásticas, na figura de raiva, tristeza e inveja, dentre outras.

Adiante o autor menciona que a frustração irá incomodar tanto, que o indivíduo fará de tudo para alcançar a meta, mesmo que não necessite do produto ou serviço objeto do Necejo[162].

Com relação à atitude a ser tomada pelas empresas, anota:

> A estratégia da grande maioria das empresas deve ser provocar um sentimento análogo de insatisfação.
> [...]
> A propaganda deve se esforçar e se esmerar em construir uma relação de dependência do consumidor com a marca anunciada, fazendo-o precisar dela como uma necessidade, porém em sentido como se fosse um desejo, uma opção pessoal, que o conduza na direção da gratificação. Exatamente um...Necejo! [que é denominado eufemisticamente fidelidade à marca][163].

Para Jean Baudrillard, a lógica do consumo é a seguinte:

> [...] deixando de estar associada à função objectiva dos objectos, as necessidades e as satisfações sucedem-se, referem-se umas às outras, substituem-se mutuamente, em função de uma insatisfação fundamental[164].

Assim, constata-se que o ser humano tem necessidades finitas e desejos (e necejos) infinitos. Atenta a esse fator, a indústria aproveita para "empurrar" toda sorte de quinquilharias, desde os "kitsch" até os "gadget".

De fato, já afirmou Aristóteles, o ser humano nunca está satisfeito:

> No começo os homens contentam-se com dois simples óbolos; então, quando se acostumam à soma, passam a pedir mais, e suas exigências tornam-se ilimitadas, pois não existem limites a desejos e a maioria das pessoas vive tentando satisfazê-los[165].

---

[162] "Está claro que a sociedade de consumo, por meio do seu instrumento régio – a propaganda -, deve criar artifícios para provocar esses sentimentos nos indivíduos, caso o consumo não seja concretizado. Não interessa em absoluto ao fabricante se o consumidor não se importa se seu desejo não for atendido se não puder adquirir a mercadoria. É importante que ele dependa do bem para sua satisfação, isto é, que ele o necejo". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 41.

[163] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 74.

[164] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 195.

[165] ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 188.

Na visão de Shopenhauer:

> O único motor de toda a realidade é uma vontade cega, absurda e irracional de viver que impulsiona todo o universo e cada ser vivo a desejar incessantemente algo que, tão logo é obtido, torna-se motivo de insatisfação[166].

Como não é possível satisfazer todos os desejos (ante, por exemplo, limitações de ordem econômica, já que os rendimentos são limitados e os desejos ilimitados), o ser humano procura o que lhe proporciona maior prazer[167], o qual, conforme analisado anteriormente, é representado pela entidade psiquica id.

Com efeito, não foram poucos os pensadores que se dedicaram ao estudo do "prazer": Epicuro, Jeremy Bentham[168], até John Stuart Mill, que ficou conhecido pela defesa que fez do Utilitarismo[169].

Mário Ernesto René Schweriner afirma que é pelo monitoramento das respectivas *sensações* – com o fito de diminuir ou eliminar as sensações dolorosas e maximizar as mais prazerosas[170] - que muitas pessoas têm pautado suas vidas, isto desde os primórdios da civilização humana. E

---

166 *Apud* SCHOEPFLIN, Maurizio. **O amor segundo os filósofos**. Tradução Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2004, p. 31.

167 Nesse mesmo sentido GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.**, p. 10.

168 "A ética de Bentham repousa no chamado princípio da satisfação; ela se fundamenta no pensamento de que o homem busca as sensações de satisfação e tenta evitar o desprazer e desta forma determina suas ações". COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**, p. 76.

169 "Existe um experimento clássico na Psicologia para demonstrar não só a relevância como principalmente a preponderância da busca do prazer sobre os demais sentidos e mesmo necessidades. Foram implantados eletrodos em várias áreas cerebrais de ratos que, ao pressionar uma alavanca, podiam estimular eletricamente uma determinada região do próprio cérebro. A quantidade de estimulações em determinadas áreas de recompensa chegou a oito mil por hora, fazendo com que ele se ocupasse exclusivamente da auto-estimulação prazerosa. O animal simplesmente se "esquecia" de ingerir alimentos e até de beber água, e parava somente quando estava completamente exausto. Para vários deles a busca do prazer representou sua sentença de morte". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos, p. 93. Dessa forma, o prazer também pode ser fator para a inversão das necessidades na hierarquia da Maslow.

170 SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 54.

arremata: “O ser humano busca a gratificação, que é originada por três vertentes diversas de sentimentos: prazer, alegria e felicidade”[171].

O prazer é obtido pelo desfrute intrínseco de coisas ou situações, ou seja, é sentido durante o contato/vivência destas mesmas situações. Trata-se de uma sensação:

> O prazer depende de quatro grandes fatores: da capacidade do objeto em si de propiciar prazer (prazer intrínseco); do condicionamento; da escassez/raridade do próprio objeto; da magnitude do percurso entre a câmara do sofrimento para a da gratificação na ampulheta (como dizem os americanos, ‘*no pain, no gain*’)[172].

Mário Ernesto René Schweriner descreve ainda a forma como as empresas devem explorar s sensação do prazer:

> O prazer é a fonte de inspiração – podemos dizer, a matéria-prima – a partir da qual é desenvolvida a grande maioria dos produtos. Como os prazeres são vivenciados pelos órgãos dos sentidos, eles são mais estimulantes e mais vividos do que os sentimentos difusos da felicidade ou da alegria. As pessoas dependem do externo para a obtenção do prazer, mas apenas de si mesmas para atingir a felicidade, o que muitas vezes é trabalhoso e nebuloso. Dessa maneira, é muito mais fácil, rápido e prático procurar o prazer, e a empresa deve deter total domínio sobre os objetos ou serviços por ela comercializados e que são potenciais fontes de prazer e devem ser constantemente renovadas: prazeres efêmeros. Preferencialmente, o consumidor deverá ficar até certo ponto viciado e dependente desse prazer que, caso não seja obtido, acarretará significativa frustração: nada mais que um Necejo. [...] Como os prazeres costumam ter curta duração, acabam por ser constantemente perseguidos e renovados, gerando grandes vazios e frustrações nos ‘intervalos’ em que não são sentidos. O hábito da busca desenfreada por excitações sempre mais fortes produz hipersensibilidade à dor e embotamento da capacidade de sentir prazer, acarretando um aumento expressivo na intolerância ao desagrado’, sendo que a ‘síndrome da tolerância significa que você precisa de cada vez mais consumo para obter o mesmo patamar de prazer precedente (...) A síndrome da abstinência, a exemplo das drogas, conduz a precisar de consumo a intervalos cada vez menores’[173].

---

[171] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 90.

[172] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 92.

[173] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 93,96,98.

As conseqüências desse *status quo*, como se pode observar, são: menor tolerância à frustração; estética sobrepujando saúde; supervalorização do belo; necessidade de satisfação imediata.

Na interpretação do mencionado autor:

> A pós-modernidade é marcada não só pelo desenvolvimento tecnológico, mas também (quiçá, até principalmente) pela supervalorização do hedonismo – a busca incessante de prazeres imediatos. [...] a exemplo do paraíso e das utopias, observa-se que o hedonismo tampouco preenche as promessas de felicidade. Por sua própria natureza, prazeres são efêmeros e devem ser constantemente renovados, o que é facilitado e incentivado pela avalanche de produtos e serviços colocados à disposição dos consumidores. Essa corrente contínua de produtos e serviços a alimentar prazeres insaciáveis é um dos pilares do consumismo[174].

E conclui que:

> A grande verdade é que norteamos nossa vida pelas sensações (como recompensas): fuga das desagradáveis e dolorosas e busca de melhores e mais intensas, via Poder, Comida, Bebida, Status, Viagens, Sexo, Amor etc. largamente viabilizadas pelas mercadorias e serviços colocados à nossa disposição no mercado. O fato é que os produtos e serviços estão aí justamente para satisfazer nosso apetite por sensações: ajudando a afastar o sofrimento e, na medida do possível, propiciando gratificação[175].

As teorias que sustentam o modo de ação do sistema publicitário, conforme analisado por Neusa Demartini Gomes, constituem o resumo deste tópico referente ao comportamento e psicologia do consumidor[176].

---

[174] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 152.

[175] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 27.

[176] "a) a concepção "clássica", dependente da psicologia das funções e faculdades mentais (condutivismo); b) a concepção "motivacional", apoiada nas diferentes escolas da psicologia profunda; c) a concepção "semiológica", baseada no desenvolvimento da semiologia e da lingüística estrutural". A teoria clássica ou condutivismo consistem em "um anúncio deve sucessivamente chamar a "atenção", suscitar o "interesse", provocar um "desejo e desencadear uma "ação". Dela se infere que a imagem publicitária deve constituir somente uma "ilustração" cuja função principal é a de conduzir à leitura do texto. Destas ações, resultou a seguinte fórmula: A – Atenção; I – Interesse; D – Desejo; A – Ação [...] Este esquema está inspirado nos estudos da psicologia de Pavlov (reflexo condicionado) e no condutivismo norte americano de Watson (behaviorismo), Skinner, Jan e outros. [...] O próprio behaviorismo, segundo Mueller (1963), representa uma intenção de reduzir a psicologia a uma ciência natural, excluindo de seu campo a consciência (atenção, memória, vontade, inteligência) e portanto, todo o recurso à introspecção, para admitir somente o comportamento objetivo". Assim, "foi comprovado empiricamente a desproporção existente entre a porcentagem de leitores que havia notado ou identificado um anúncio (40 a 45%) e o

Como conclusão da primeira parte deste trabalho, constata-se que para as escolhas efetuadas pelo consumidor, existe certa explicação. As escolhas de consumo levam em consideração a função, a moda e o conforto, sendo influenciadas pelo aspecto psicológico, muitas vezes de modo

---

dos que haviam lido uma parte ou o total do texto (10 a 15%). A conclusão não poderia ser outra: é na imagem onde a publicidade devia concentrar sua mensagem, e o criativo deve procurar, antes de qualquer coisa, expressar a mensagem em uma única percepção [...] "Quem o concebe [o anúncio], separa a função "atrair a atenção" da função "comunicar a mensagem". Situa no anúncio um elemento central muito chamativo, destinado a atrair a atenção (em geral uma ilustração) e um elemento percebido em um segundo momento (em geral o texto) destina a comunicar a mensagem (desencadear o interesse, o desejo, a ação)". A interpretação motivacional: "A corrente psicanalítica, inaugurada por Sigmund Freud, não é somente o método de exploração do psiquismo humano (...) e o cenário dos processos inconscientes desconhecidos pela psicologia clássica, mas também, e sobretudo, uma terapêutica para o tratamento de algumas neuroses e psiconeuroses. Deriva deste pensamento a invasão da psicanálise em todas as atividades e culturas humanas, desde a pedagogia, estética, sociologia, história das artes e literatura, mitologia, folclore, história das religiões, história das civilizações, etc.". "Na publicidade, que nesta década de 50 incorpora os estudos motivacionais, a partir de um número bastante expressivo de pesquisas concluiu-se que seria o desejo de expressar a personalidade (em termos psicanalíticos, tanto no nível do id, quanto do Ego e do Superego) o que orientaria a escolha de produtos ou marcas. A imagem seria muito mais que uma simples ilustração, não se limitando a representar, mas tendendo, também, a significar. O destino da imagem seria a região do inconsciente de forma que, enquanto o texto se dirige, preferentemente, aos desejos manifestados, a imagem, aos desejos reprimidos. Esta interpretação não foi muito adiante porque era muita mais afirmativa que explicativa, e trata-se de uma interpretação centrada no valor simbólico das imagens, o que conduz a um estudo dos sistemas de significação e simbolização icônicas. Pierre Martineau, um dos teóricos mais importantes desta corrente [interpretação motivacional], apresenta alguns itens que devem ser levados em conta pelos criativos, no momento de criarem a imagem dos anúncios: 1) Que a imagem não somente chame a atenção, mas que também signifique, por si mesma e, neste sentido, que seja um símbolo. A esse respeito, Victoroff comenta que a ilustração, a apresentação e a cor são muito mais do que simples procedimentos para chamar a atenção. Do mesmo modo que a música comove diretamente, também estes outros símbolos não racionais da forma, da linha, do volume, da atmosfera e da imagem contribuem, todos eles, mediante sua linguagem característica, à significação total da publicidade, à imagem do produto e da instituição. 2) [...]. 3) Que a mensagem que transmite uma imagem esteja sempre carregada de significações que não possam ser exclusivamente colocadas no nível verbal. A imagem atua no plano das motivações profundas e sua força persuasiva reside no fato de que se dirige ao inconsciente". A interpretação semiótica: "esta interpretação parte da preocupação com os aspectos significativos, próprios da análise motivacional e pretende esgotar as possibilidades de análise cientifica da imagem, considerando-a como o suporte para a produção de um sentido, abandonando toda consideração alheia a seu campo epistemológico". GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade: Comunicação Persuasiva**, p. 87-90.

onsciente. Na indústria do consumo, nada é por acaso[177]. Tudo é ısado, refletido e calculado nos mínimos detalhes[178].

[177] De fato, "A publicidade transforma o processo criador em laboratório, no qual se testam comportamentos humanos. Mitos da época e escalas de valores que fundamentam e orientam as práticas sócias são transmitidos e reforçados pela linguagem publicitária, quando não impostos ou reformulados". CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 163.

[178] A respeito, têm-se as recomendações de Regina Blessa, profissional da área de merchandising, para os empresários: "A atmosfera refere-se ao *design* de um ambiente por meio de comunicações visuais, iluminação, cores, música, aromas para estimular as respostas emocionais e de percepção dos clientes que, ao final, poderão afetar seu comportamento de compra. A característica da loja, a disposição de produtos, o número e altura de balcões e gôndolas, o chão, as paredes, o teto, o ar condicionado e até o próprio público que transita no ambiente, todos contribuem para que, ao andar pela loja, o consumidor sinta-se tentado, ou não a comprar. O próprio andar segue complicadas regras de tráfego, principalmente em supermercados e grandes magazines, nos quais os produtos mais adquiridos encontram-se colocados em pontos estratégicos, geralmente no fundo da loja. Todo o conjunto de técnicas de exibição de produto é manejado no sentido de proporcionar maiores vendas. O emprego de materiais de ponto-de-venda, iluminação cenográfica, manequins, decoração, disposição criativa dos produtos, mostruários, fachadas temáticas, aromas aplicados, degustação e som são algumas das técnicas a serem exploradas". BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 29.

3 MARKETING, MERCHANDISING E PUBLICIDADE

3.1 MARKETING

A publicidade constitui uma das ações[179] ou estratégias utilizadas pelo marketing para o alcance de seus objetivos no âmbito mercadológico. Bem por isso a abordagem desse sistema torna-se indispensável.

O marketing é fruto da Revolução Industrial. O seu surgimento data da última metade do século XIX[180] e das primeiras décadas do século XX, quando passou a ser usado "em função da necessidade de abrir mercados para os produtos que, até então, nunca tinham suas demandas superadas pela produção, porque eram fabricados artesanalmente[181].

Conforme anota Neusa Demartini Gomes, o marketing se originou:

> [...] da necessidade de adaptar a atuação da nova empresa capitalista em economias baseadas no predomínio da oferta (economias de produção, onde se fabrica sem pedido prévio) a outras fundamentadas no predomínio da demanda (economia de distribuição, onde se fabrica em função dos gostos e preferências do consumidor)[182].

No Brasil, segundo Alexandre Volpi, surgiu:

> No final do século 19, as primeiras multinacionais estabeleceram-se no país e tiveram grande impacto na cultura da sociedade brasileira. A comunicação de massa ganhou ímpeto no século 20. A publicidade

---

[179] De fato, Neusa Demartini Gomes assevera que "a empresa, a comunicação se enquadra como parte mo marketing e a publicidade faz parte dela, especificamente, da sua vertente comercial ou mercadológica" GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 69.

[180] "O século XIX já testemunhava o aparecimento de um marketing embrionário e novas técnicas de comercialização, via grandes lojas de departamento, principalmente na Inglaterra (Harrods), França (Printemps) e Estados Unidos (Macy´s). SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 147. Para Ignacio Ramonet, "o marketing nasceu na sequência da crise de 1929 nos Estados Unidos; os fabricantes, que até então produziam sem se preocupar com a procura, de repente tomaram consciência de que era necessário colocar no mercado unicamente produtos com fortes hipóteses de serem comprados. RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas**. Massas, televisão, cinema, p. 36.

[181] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 49.

[182] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 49.

> ocupou seu espaço e os conceitos de marketing começaram a ser utilizados pelas empresas[183].

De uma pesquisa mais pontual sobre o conceito de marketing emergem diversas definições[184].

No início, o conceito de marketing se orientava para a organização, mas depois mudou o foco para o cliente. Afinal, descobrir as necessidades e os desejos dos clientes tornou-se essencial para vender os respectivos produtos e serviços e, assim, obter maiores lucros.

Para Christiane Gade:

> O conceito de marketing se orientou em direção às estratégias e aos sistemas quando, ao se montarem sofisticadas técnicas como árvores de decisão, sistemas de informação, jogos e estratégias de marketing, tentou-se alcançar o tão solicitado consumidor[185].

Do ponto de vista psicológico, o marketing visa obter a melhor posição relativa do produto na percepção do consumidor. Assim, o marketing não seria na realidade uma batalha de produtos, mas sim uma batalha de percepções[186].

---

[183] VOLPI, Alexandre. **A História do Consumo do Brasil** – Do mercantilismo à era do foco no cliente, p. 50.

[184] "***Marketing*** é o conjunto de atividades através das quais as empresas e outras organizações criam transferência de valor (*trocas*) entre elas próprias e seus clientes". SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção**: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing. Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 31; Marketing: Processo de planejamento, execução, preço, comunicação e distribuição de idéias, bens e serviços, de modo a criar trocas (comércio) que satisfaçam objetivos individuais e organizacionais. BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 1; Segundo Zenone e Buairide, citando Kotler: "Marketing: uma forma de fazer negócios, em que o objetivo é "planejar e executar a concepção, a determinação de preço, a promoção e a distribuição de idéias, bens e serviços para criar negociações que satisfaçam metas individuais e organizacionais". *Apud* ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising**: conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas. São Paulo: Pionera Thomson Learning, 2005, p. 15; Neusa Demartini Gomes apresenta a definição também citando Kotler: "Marketing é o processo social e empresarial pelo qual os indivíduos e grupos obtêm o que necessitam e desejam, através da troca de produtos e criação de valor, com os outros". GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 51; Ver definições de marketing em FERRACCIÙ, João de Simoni Soderini. **Marketing promocional**: a evolução da promoção de vendas. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008, p.150-152. Para Richers, o marketing corresponde "as atividades sistemáticas de uma organização humana voltadas à busca e realização de trocas para com o seu meio ambiente, visando benefícios específicos". RICHERS, Raimar. **O que é Marketing.** 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 18.

[185] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 2.

[186] RIES e TROUT *apud* GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, 1998.

Em rigor, marketing é espécie de prática comercial[187]. A função do marketing é mercadológica, visa provocar um aumento na demanda, além de investigar as necessidades e desejos do consumidor. As principais formas de comunicação de marketing são: venda pessoal, propaganda, promoção de vendas, patrocínio de marketing, publicidade e comunicação no ponto de venda[188]. Há até o marketing político.

O marketing acompanha o produto desde a sua concepção até a realização da venda e também durante o pós-venda[189].

Para Ana Cláudia Marques Govatto, "a tarefa do marketing é criar, promover e fornecer bens e serviços de qualidade a clientes, sejam eles pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas"[190]. Mais, visa "planejar e executar a concepção e distribuição de idéias, bens e serviços para satisfazer metas individuais e organizacionais"[191].

Importante observar que nesse conceito existe o requisito da "qualidade" do produto e serviço. Assim, não é o menor preço do produto ou serviço o que legitima a sua má qualidade, como amiúde justificam os fornecedores.

---

[187] Antonio Herman Benjamin aduz que "As práticas comerciais opõem-se às práticas de produção [...] prática comercial é o resíduo da produção, ou seja, é a pós-produção da sociedade de consumo. Os bens de consumo têm, realmente, duas fases bem distintas em sua vida: a produção e a comercialização [conjunto de atividades através das quais os produtos e serviços fluem do produtor para o consumidor final]. As práticas comerciais dizem respeito a esta última". Prossegue afirmando que "práticas comerciais são todos os mecanismos, técnicas e métodos que servem, direta ou indiretamente, ao escoamento da produção" vale dizer tudo o que, mesmo como momento *pós-venda*, tenha a ver com a circulação dos bens até seu destinatário final, como por exemplo, *marketing*, garantias, serviços pós-venda, arquivos de consumo, cobrança de dívidas. Complementa aduzindo que as práticas comerciais são "os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final". BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 241-242.

[188] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção**: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing, p. 32.

[189] Valéria Falcão Chaise conceitua o marketing como "um conjunto de atividades que se processam desde a concepção de um produto vendável, sua produção, promoção, até sua distribuição ao consumidor". CHAISE, Valéria Falcão**. A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.

[190] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer. São Paulo: Senac, 2007, p. 70.

[191] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 70.

Alguns autores abordam o termo "marketing social" como sendo aquele, além da responsabilidade social, voltado não somente para as práticas comerciais visando o lucro, mas também para atividades de interesses da comunidade como a elaboração de planos sociais [192].

O "marketing societal" representa, no entender de Gino Giacomini Filho "o controle do impacto e das conseqüências das práticas mercadológicas sobre a sociedade"[193].

Jerome McCarthy[194] desenvolveu o chamado *mix* de marketing (ou composto de marketing[195]), que representa o conjunto de ferramentas que

---

[192] "O termo "marketing social" é empregado hoje tanto para evidenciar a responsabilidade social do marketing perante a sociedade como para identificar as ações das organizações não lucrativas e de programas sociais. O marketing social utiliza a estrutura do marketing convencional, só que aplicada às causas sociais. GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 86.

[193] O autor acrescenta que no contexto do marketing societal, o marketing adquire funções e responsabilidades inter-relacionadas com outros aspectos da vida social, antevendo implicações a longo prazo sobre a finalidade lucrativa. A abordagem societal do marketing não implica revisões no conceito mercadológico, mas em exigir mudanças nas atitudes das pessoas, empresas e todos os segmentos sociais em que devem prevalecer os valores humanitários e do bem-estar comum sobre qualquer organização. O marketing societal pode ser visto dentro de uma dimensão macro, pois suas preocupações extravasam o campo restrito das relações empresa e consumidor. GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 86.

[194] Nesse sentido Fernando Gherardini Santos, ao tratar do conceito de *marketing*, ensina que as atividades do administrador de *marketing* podem ser sintetizadas em dois grupos: os 4 As (análise, adaptação, ativação e avaliação) e os 4 Ps, que formam o *marketing mix* – composto de *marketing* (produto, preço, ponto, promoção). E. Jerome McCarthy e Karl Elling definem promoção como sendo qualquer forma de comunicação ligada à divulgação de um produto ao público consumidor, com o intuito de facilitar sua venda, com a observação, diga-se, não sem razão, de que o composto promocional é o aspecto que possui maior relevância jurídica, principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Tem-se, a partir daí, como espécies do composto promocional a venda pessoal (comunicação realizada "tête-à-tête" entre fornecedor e consumidor) e a publicidade, esta entendida como qualquer tipo de informação não-pessoal, vale dizer, realizada por meio de comunicação de massa, destinada a apresentar ao público produtos, idéias ou serviços de um fornecedor, identificado ou não, visando o estímulo da demanda do produto ou serviço. SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v.14.

[195] O composto de marketing consiste no conjunto de políticas mercadológicas que uma organização utiliza, a fim de criar valor para os clientes e alcançar os objetivos organizacionais (Churchill). O termo composto de marketing foi popularizado por McCarthy & Perreaut (1987) como os 4 Ps [as ferramentas ou elementos primários no composto de marketing]: Produto (variedade, qualidade, design, características, nome da marca, embalagem, tamanhos, serviços, garantias, devoluções); Preço (lista, descontos, condições, prazo de pagamento, condições de crédito); Praça (distribuição) (canais, cobertura, sortimento, localizações, estoque, transporte); Promoção (comunicação) (propagada, publicidade, relações públicas, promoção de vendas, merchandising, comunicação dirigida [venda pessoal; marketing direto (mala direta, telemarketing); internet)]. ZENONE, Luiz

uma empresa utiliza para alcançar seus objetivos mercadológicos; é formado pelo produto, preço, praça e promoção (os quatro Ps[196] do marketing)[197].

1) A pesquisa e o planejamento do **produto** incluem novos lançamentos, modificações, definição de marcas e elaboração de embalagens.

2) O **preço** pode ser visto sob o enfoque do cliente, levando-se em consideração sua percepção, suas atitudes e suas condições socioeconômicas.

3) O planejamento de comunicação, a publicidade e a promoção de vendas, incluindo programas de desenvolvimento do mercado e de vendas, em todos os veículos, referem-se à **promoção.**

Promoção de vendas corresponde às atividades complementares da venda pessoal e da publicidade. Na clássica definição de Kotler, a promoção de vendas consiste em "um conjunto de **ferramentas de incentivo**, a maioria em curto prazo, projetada para estimular a compra mais rápida ou em maior quantidade"[198].

Pode-se citar como exemplos de promoção de vendas: *layout* de embalagens com vistas a promover ou destacar as qualidades do produto; espetáculos e exposições; espetáculos patrocinados pelo fornecedor, exposições dos produtos em congressos, cinemas, teatros; amostras do produto; prêmios; brindes; cupons; concursos; sorteios; vale-brindes[199];

Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising:** conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 13, 18-19.

[196] "No marketing moderno, em face da complexidade dos mercados atuais e do nível de concorrência, os 4 Ps do marketing devem ser cruzados com os 3 Cs do ambiente: concorrência-cliente-conjuntura", sendo que, "segundo o modelo de Richers (1981), os 4As apresentam-se como: **análise, adaptação, ativação** e **avaliação". ZENONE**, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising**: conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 17, 29.

[197] *Apud* GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável:** é o que todo anunciante deve fazer, p. 71.

[198] *Apud* ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising**: conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 65.

[199] Para Regina Blessa a promoção de vendas pode ser entendida da seguinte forma: "são promoções que oferecem ofertas ou condições especiais de venda, visando a uma maior rotatividade do produto ou a um aumento da demanda do serviço, por tempo determinado". BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 2.

descontos; as ofertas e todas as demais ferramentas utilizadas para criar um estímulo adicional.

A promoção de vendas pode ser classificada em: promoção de produtos/serviços, promoção de marca, promoção institucional[200].

Luiz Cláudio Zenone e Ana Maria Ramos Buairide estabelecem a diferença entre promoção e publicidade nos seguintes termos: "Enquanto a promoção tem por foco as vendas imediatas, ou seja, o retorno rápido, levando o produto até o consumidor, a propaganda tem o efeito em vendas mais lento e objetiva incentivar o consumidor a comprar o produto[201].

4) Por fim, o local de vendas, os contatos, as relações com o cliente, o treinamento de vendas e a parte administrativa, no que tange ao planejamento, armazenamento, transporte, entrega, registro e estatísticas, fazem parte do ponto.

A publicidade se enquadra no composto promocional (item 3, anterior), vale dizer, trata-se de um instrumento do marketing.

O marketing pode ser classificado em publicitário e não-publicitário. O primeiro é veiculado por meio da mídia, o segundo não.

O marketing tem importância fundamental nos mecanismos que levam o indivíduo à decisão de consumo[202].

Na avaliação de Ignácio Ramonet, o marketing sofreu um refinamento em sua aplicação:

> [...] e está de tal forma sofisticado que aspira a vender já não uma marca, mas uma identidade, já não um signo social mas uma personalidade. Segundo o velho princípio do individualismo que poderia ser formulado deste modo: ter é ser[203].

Quanto ao aspecto legal, segundo Antonio Herman Benjamin, o marketing é regulado pelo Código de Defesa do Consumidor de três formas:

---

[200] ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising**: conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 72.

[201] ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising:** conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 66.

[202] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 22.

[203] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas**. Massas, televisão, cinema, p. 33.

> a) sob o aspecto contratual, preenchidos certos requisitos, é conferido efeito vinculante; b) projeta-se na própria estrutura interior do contrato, sobrepondo-se a cláusulas contratuais que se proponham a negar, direta ou indiretamente, sua força vinculante; c) em um momento pós-contratual ou metacontratual, acarreta o direito de indenizar, na hipótese de dano ao consumidor[204].

Por conseguinte, o marketing tem grande importância na sociedade atual, sendo capaz de influenciar ou determinar ações e políticas empresariais. Nos dias atuais, seu valor é inestimável ante os efeitos que pode trazer para os consumidores e para o meio ambiente.

3.2 MERCHANDISING

Para João Ferracciù, o merchandising "é, sem dúvida, o mais confuso, obscuro, enigmático e incompreensível termo do campo de marketing"[205].

A delimitação e apreensão de seu conceito, no entanto, é essencial para enfrentar o objeto do presente estudo. É o que se analisará a seguir.

O termo merchandising, não raro, é entendido como inserção de uma mensagem publicitária no cenário de um filme, novela, locução radiofônica, programa televisivo ou em artigos impressos, quer com o logotipo do que se deseja anunciar, quer com o diálogo entre artistas, ou mesmo exibição - ainda que por breves instantes - do próprio produto[206]. Nesse sentido, o produto ou serviço é apresentado em situações do dia-a-dia do consumidor, sem declaração ostensiva.

O mesmo sentido é dado por Rizzatto Nunes[207], Aliette Marisa S.D.N. Teixeira de Almeida[208] e Cláudia Lima Marques[209].

---

[204] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 250.

[205] FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional: a evolução da promoção de vendas**, p. 43.

[206] Com esse entendimento FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 180.

[207] "*Merchandising* é a técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes". NUNES, Rizzato. **Curso de direito do**

João Ferracciù, contudo, enfaticamente, declara que:

> Um enfoque inaceitável para merchandising, mas inadequadamente aceito nos meios publicitários, é o da exposição comercializada da marca ou do produto em novelas, filmes cinematográficos, peças teatrais, em espaços editoriais dos veículos de comunicação, em eventos, principalmente esportivos, em programas de auditório ou outros, produzidos, editados e apresentados pelos veículos de comunicação. Quando um artista consagrado toma um uísque, fuma determinada marca de cigarro e dirige um carro, diz-se que essa ação, deliberadamente planejada e feita sob remuneração, é uma técnica de merchandising. Essa não é a acepção correta do termo, mas recebeu essa titulação indevida para justificar sua formal, e ao mesmo tempo furtiva, veiculação nos meios de comunicação. É evidente que a emulação, esse sentimento que nos incita a igualar ou superar outrem, estimula sutilmente o consumidor a adquirir esses produtos, interagindo com seu ídolo artístico, mas isso não é merchandising.[210]

Segundo o mencionado autor, em alguns países essa técnica é denominada *tie in*[211].

Parte dos publicitários entende que o *merchandising* visa a acelerar a rotatividade dos produtos mediante o uso de técnicas responsáveis pela informação e apresentação destacada dos produtos na loja[212].

---

consumidor. 2. ed. revista, modificada e atualizada. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, 2006, p. 461.

208 "*Merchandising* pode ser definido como a aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca". ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 20.

209 "Pela técnica do *merchandising*, hoje comum em novelas de televisão, nos filmes e mesmo em peças teatrais, um produto aparece na tela e é utilizado ou consumido pelos atores em meio a ação teatral, de forma a sugerir ao consumidor uma identificação do produto com aquele personagem, historio, classe social ou determinada conduta social. O aparecimento do produto não é gratuito, nem fortuito, ao contrário existe um vínculo contratual entre o fornecedor e o responsável pelo evento cultural, sendo que o fornecedor oferece uma contraprestação pelo espaço de divulgação para o seu produto". MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 659.

210 FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional**: a evolução da promoção de vendas, p. 45.

211 FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional**: a evolução da promoção de vendas, p. 45.

212 Nesse sentido Regina Blessa: "*Merchandising* é qualquer técnica, ação ou material promocional usado no ponto-de-venda que proporcione informação e melhor visibilidade a produtos, marcas ou serviços com o propósito de motivar e influenciar as decisões de compra dos consumidores. É o conjunto de atividade de marketing e comunicação destinadas a identificar, controlar, ambientar e promover marcas, produtos e serviços nos pontos-de-venda. É responsável pela apresentação destacada de produtos na loja, criando

Por *merchandising editorial, product placement* ou *tie in* entende-se a técnica de inserção sutil de produtos, marcas, serviços ou empresas na programação das redes de televisão, incluindo novelas e filmes[213].

Luiz Cláudio Zanone e Ana Maria Ramos Buairide[214] perfilham-se a esse último entendimento, contudo advertem para o sentido vulgar do termo[215].

Fernando Gherardini Santos alerta para o rumo que tomou o conceito de merchandising na acepção vulgar do termo. Nas suas palavras:

> *Merchandising*, em uma linguagem já aceita no meio publicitário brasileiro, refere-se à prática de divulgação de produtos em filmes, novelas, livros, ou qualquer espécie de veículo não conceituado como mídia[216].

Para Wilson Carlos Rodycs merchandising é forma de publicidade clandestina, oculta ou dissimulada[217].

Reynaldo Andrade da Silveira entende que a publicidade clandestina assume diversas formas, entre as quais o merchandising, que nomina de "vendedor silencioso"[218].

---

espaço e visibilidade, de maneira tal que acelere sua rotatividade". BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 1-2.

213 Segundo Regina Blessa: "Quando falamos em propaganda na TV, falamos de todo comercial que aparece nos intervalos, entre um programa e outro. Quando falamos em *merchandising editorial*, cujo nome em outros países é *Product Placement* ou *Tie-in*, falamos das aparições sutis de um refrigerante no bar da novela, da sandália que a mocinha da história "sem querer" quase esfrega na tela, na logomarca estampada virtualmente no meio da quadra de um evento esportivo, numa demonstração de produto dentro de um programa de auditório etc. BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 6.

214 Para eles merchandising é o conjunto de técnicas mercadológicas, planejamento e operacionalização de atividades realizadas em estabelecimentos comerciais, pontos-de-venda ou lojas de varejo e de auto-serviço, com o objetivo de estimular a compra. ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising:** conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 123.

215 "O **merchandising** é um conjunto de técnicas, ações ou materiais de divulgação utilizados no ponto-de-venda (PDV) que objetiva proporcionar informações direcionadas a motivar a influenciar as decisões do consumidor, mediante maior visibilidade do produto, do serviço e da marca institucional. Na prática, também se consideram merchandising as atividades realizadas em novelas e cinemas, quando o produto ou serviço são expostos em meio a uma cena qualquer e acabam fazendo parte da história". ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising:** conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 9.

216 SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 229.

Neste trabalho utilizar-se-á o termo e conceito *tie in*, que pode ser entendido como prática de marketing promocional.

Quadra mencionar também, concordando com Rizzatto Nunes, que o *tie in* é regulamentação estranha no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBAP)[219].

O renomado autor expõe que, segundo o CBAP, a publicidade deve ser ostensiva, para que o consumidor possa prontamente identificá-la como tal. Assinala que o merchandising está submetido às regras contidas na norma autodisciplinar. Contudo, o merchandising se caracteriza justamente por ser uma forma velada de comunicação, devendo passar despercebida, o que representaria uma contradição.

O *tie in* reduz os meios de defesa do consumidor, já que está inteiramente concentrado no entretenimento. Assim, gravando-se melhor na memória porque se apóia numa atenção cativa, segundo Flávio Mário de Alcântara Calazans, *o tie in* "atinge o telespectador em seu momento de descontração, quando não espera anúncios, sem seus mecanismos de defesa ativados, ao contrário, relaxados"[220].

Aquele que está consciente de ser alvo de informação publicitária pode precaver-se e criar mecanismos de defesa. Se se considerar o conceito amplo de subliminar, o *tie in* pode ser enquadrado como tal, pois aparece somente na visão periférica, sendo captado pelos bastonetes e apreendido pelo inconsciente.

Por outro lado, devido ao pouco tempo de exposição, a informação publicitária é transmitida "sem que as pessoas fiquem conscientes do anúncio dissimulado, permanecendo, assim, subliminar"[221]. Não por acaso, o merchandising é cobrado em valor superior em relação à publicidade

---

[217] RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 65.

[218] SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Práticas mercantis no direito do consumidor**. 1. ed. (1999), 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004, p. 126.

[219] NUNES Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 440-441.

[220] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7. ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 207.

[221] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 204.

convencional nos meios de comunicação. Isso pelo simples fato de que seus resultados são mais eficientes.

Apesar da mencionada imprecisão do CBAP, o Código de Defesa do Consumidor não deixou dúvida que a publicidade deve ser prontamente identificada pelo consumidor (art. 36), ficando, desta feita, proibido o *tie in*.

Para Suzana Maria Federighi o merchandising é ilegal, já que desfigura a publicidade "para atentar contra o consumidor, que é tomado de assalto por algo que não consegue processar mentalmente como informação, ficção ou realidade"[222].

Diferentemente, Valéria Falcão Chaise entende que o merchandising não está proibido no Código de Defesa do Consumidor, desde que "previamente o anunciante e o veículo informem ao consumidor que estará vendo a seguir uma mensagem publicitária"[223].

Nelson Nery Junior assevera que "o CDC proíbe a publicidade clandestina, bem como a subliminar". Na intepretação do autor:

> [...] o *merchandising* (na acepção vulgar que se tem dado ao termo), não está, em tese, proibido, podendo o anunciante e o veículo valerem-se desse expediente, desde que *previamente* informem o consumidor de que estará vendo a seguir mensagem publicitária, utilizando para tanto o sistema de créditos. Isto porque o CDC exige que a publicidade seja veiculada de tal modo que o consumidor a identifique *imediatamente* como tal [grifos no original][224].

Fernando Gherardini Santos comenta que o Código de Defesa do Consumidor não veda o merchandising e, portanto, não está proibido. Para o autor, a licitude do merchandising irá depender de cada caso[225].

---

[222] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 115.

[223] CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**, p. 16.

[224] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n. 3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 67.

[225] "O CDC não traz vedação expressa ao *merchandising*, e qualquer afirmação no sentido da proibição ou permissão total dessa prática seria altamente temerária. A prática do *merchandising* irá depender da análise casuística da hipótese problemática, perquirindo-se se o consumidor-padrão é capaz de identificar de imediato determinada publicidade embora realizada de forma inserta em veículo não qualificado como mídia comercial". SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 229.

Rizzatto Nunes alerta para o fato de que o problema está no *merchandising* típico da clandestinidade, uma vez que sua finalidade é exatamente não aparecer como publicidade, traduzindo-se em técnica de ocultação que não permite a avaliação crítica do consumidor. O consumidor é levado a acreditar em situações que em princípio não corresponderiam à realidade. Por conseguinte, "o CDC acaba sendo contrariado como um todo em sua filosofia, que pressupõe a avaliação crítica do consumidor".

Para o mencionado doutrinador, no caso do merchandising:

> O consumidor recebe a informação, mas não a avalia como apelo de vendas. E, sem dúvida, se se suprime do consumidor a maior chance de agir com um mínimo de liberdade que seja na escolha deste ou daquele produto, trata-se de um engodo[226].

De acordo com Jean Calais-Auloy:

> As mensagens publicitáris devem ser inseridas entre os programas e não podem, portanto, em princípio, interrompê-los; elas podem, todavia, ser inseridas nos programas com a condição de não atentarem contra sua integridade e valores; um período de pelo menos vinte minutos deve decorrer entre suas interrupções (tradução nossa)[227].

O art. 14 do Decreto n. 92.280, de 27 de março de 1992, (lei francesa) proíbe o merchandising.

Nos EUA, segundo Terence Shimp:

> Os críticos também questionam a ética de práticas como a colocação de produtos em filmes (por exemplo, o famoso Resse´s Pieces no filme E.T.) e o suporte à conexão entre produto-filme com programas de comercialização amarrados. Outra prática criticada é o uso de revistas que trazem anúncios disfarçados de editoriais[228].

---

[226] NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**, p. 461-463.

[227] « Les messages publicitaires doivent être insérés entre les émissions et ne peuvent donc, en principe, interrompre celles-ci ; ils peuvent toutefois être insérés dans les émissions à condition de ne pas porter atteinte à l´intégrité et à la valeur de celles-ci ; une période d´au moins vingt minutes doit alors s´écouler entre deux interruptions". AULOY, Jean-Calais ; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 166.

[228] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção**: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing, p. 75.

Uma das primeiras utilizações do *tie in* que se tem notícia ocorreu no desenho animado *Popeye*[229] e objetivava aumentar o consumo de espinafre ante a supersafra do produto.

De fato, há tempos os filmes norte-americanos têm servido como suporte para a divulgação de produtos (as exceções ficam por conta dos filmes de época, por motivos óbvios[230].

A propósito, podem ser citados como paradigmas, além do já mencionado E.T., os filmes "Blade Runner", com inúmeros *spots*, "Exterminador do Futuro", com o tênis Nike e "Náufrago", protagonizado pelo ator Tom Hanks (no qual o *tie in* chega ao extremo de promover a empresa FedEx e a marca de produtos esportivos Wilson – o ator Tom Hanks fica isolado em uma ilha deserta e tem como único amigo uma bola, a qual dá o nome de "Wilson". O ator repete à exaustão o nome do novo amigo travestido da bola com marca do mesmo nome).

O *tie in* é questionável ante o processo de identificação, imitação e sublimação[231]. O mesmo acaba ocorrendo no Brasil, especialmente no caso

---

[229] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 197.

[230] No Brasil as produções de época são evitadas justamente por não comportarem o *tie in.* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 209.

[231] A grande tendência que se observa "[...] é a de marcas patrocinarem clubes, times, atletas e artistas, por saberem que há um processo de identificação e transferência dos consumidores, interagindo com seus ídolos e clubes. A sugestão, a imitação e a empatia, três aspectos de um mesmo fenômeno de identidade social, amparam a iniciativa. Por estarem intimamente conexos e por serem interdependentes, esses três fenômenos atuam fortemente sobre o consumidor. De um lado, temos a sugestão funcionando como a faculdade de o consumidor aceitar idéias sem fundamentação racional. De outro, temos a empatia funcionando como aspecto afetivo da sugestão e imitação, em que o consumidor se identifica mentalmente com outras pessoas experimentando os mesmo sentimentos e vivenciando, imaginariamente, situações que desejariam viver na realidade. A empatia é uma interessante forma de afinidade de espírito, em que entra também a simpatia. Nas sociedades de consumo, a pessoa pode adquirir determinado produto para sinalizar o que ela é ou pensa ser ou compensar o que lhe faz falta. Assim, o consumidor se identifica com o produto ou o produto complementa o consumidor, representando um aspecto da influência da personalidade no processo de consumo". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 134.

"A empatia funciona ainda como fuga psicológica da realidade, isto é, dá ao consumidor a evasão psicológica de que necessita como meio de esquecimento da saturação e da mesmice rotineira, compensando os fracassos e as frustrações tão normais nesta sociedade de consumo. Paralelamente a tudo isso, há que se considerar ainda a tendência natural do ser humano de imitar quem está acima do comum, que tem fama e prestígio, procurando identificar-se com essa pessoa. Essas projeções levam, enfim, todos a se transformarem imaginariamente em pessoas famosas, experimentando em nós mesmos seus sucessos e suas vitórias. Vivemos em nós mesmos a fama que elas têm". FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional: a evolução da promoção de vendas**, p. 61.

das telenovelas, face a força que possuem na formação de condutas e hábitos da população brasileira, que procura em tudo imitar os atores, principalmente os globais.

Há outros exemplos: a modelo e apresentadora Ana Hickmann usou determinado óculos em um programa televisivo. Indagada a respeito, mencionou que não se tratava de óculos de grau, mas apenas visava a promoção do produto. Jogadores de futebol, ao mostrarem o dedo indicador em alusão ao numeral 1 imediatamente após fazerem gol, aludiam à cerveja Brahma. São casos de *tie in*.

Quando se toma somente a publicidade direta, vale dizer, aquela divulgada em espaço próprio (e não inserida no programa), sem subterfúgios, sem máscaras, sem emprego de métodos dissimulados, se constata que as emissoras não cumprem o Código Brasileiro de Telecomunicações, que limita ao máximo de 25% do tempo de programação a quantidade de publicidade que pode ser veiculada por emissoras de televisão (art. 124). O excesso de anúncios é caracterizado como publicidade ilegal.

De acordo com a equipe do Observatório do Direito à Comunicação[232], que acompanhou 24 horas da programação de quatro canais de televisão aberta de São Paulo: Rede Brasileira de Informação - RBI (canal 14 UHF), MixTV(canal 16), PlayTV (canal 21) e ShopTour (canal 46), todos estes canais violam a legislação, ultrapassando o tempo máximo de publicidade permitido. Em alguns casos, há leilões de jóias e tapetes. Em outros, são horas ininterruptas de comerciais com apresentadores animados "entrevistando" gerentes de lojas de todos os tipos, que ainda oferecem descontos especiais para os "espectadores". E há, ainda, os programas de até 30 minutos que apresentam um único produto - um grill, um aparelho de ginástica, uma câmera digital. Ao final, claro, o número do serviço de televendas. Traduzindo em números, o monitoramento indicou que 62,5% da programação da RBI é dedicada ao comércio eletrônico. São 15 horas diárias de comerciais dos mais variados produtos e serviços e 9 horas de programas

---

[232] INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em: <http://www.idec.org.br>. Acesso em: 26 mar. 2008.

religiosos, um programa de "notícias" de uma hora e meia, com entrevistas, e videoclipes musicais "emprestados" da MixTV.

A MixTV, por sua vez, divide a programação entre atrações caracterizadas como de "varejo" e "jovem". A faixa batizada "jovem" ocupa menos de 10% do conteúdo da emissora e consiste, basicamente, em programas de videoclipes.

Já a PlayTV veicula cerca de dez horas diárias de programas comerciais, ultrapassando, portanto, em quatro horas o limite estabelecido para publicidade. Os demais programas - basicamente videoclipes musicais, desenhos animados e programas religiosos - são ainda intercalados por comerciais. Ou seja, a violação da legislação é ainda maior.

O mais explícito e conhecido caso, porém, é o do canal ShopTour, com programação composta exclusivamente de publicidade. O sinal da emissora atinge cerca de 50 municípios de 10 estados brasileiros. Desde 1987, a empresa veicula programas de vendas em diversas emissoras e, em seu canal próprio, oferece para o espectador 24h de comerciais.

RBI, ShopTour e MixTV são alvo de uma Ação Civil Pública (ACP 2007.61.00.028088-0) que pugna pela adequação destes canais, em operação na televisão aberta de São Paulo, às exigências previstas na lei. A Ação foi apresentada à Justiça Federal pelo Intervozes - Coletivo Brasil de Comunicação Social.

Na referida ACP questiona-se a omissão do Poder Executivo em fiscalizar as emissoras paulistas e pede a adequação dos canais ao limite máximo estabelecido pelo Código Brasileiro de Telecomunicações para a publicidade.

Como se observa, há uma violação ao Código Brasileiro de Telecomunicações, bem como ao art. 221 da Constituição Federal, relativamente à obrigação de as emissoras priorizarem conteúdos educativos, culturais e informativos em sua programação.

Com o *tie in* reforça-se a burla à quantidade de publicidade permitida e proibições de horário para produtos fumigenos e alcoólicos.

De fato, se colocado o produto no contexto de programas, novelas e filmes, estes não são computados como publicidade para fins do limite de

25% contido no Código de Telecomunicações. O consumidor fica, assim, exposto quase que ininterruptamente à publicidade.

Como bem afirma Flávio Mário de Alcântara Calazans:

> (...) burla-se a regra de proporcionalidade entre os minutos de programação e de comerciais, pois fica impossível mensurar quantos minutos seriam de anúncios pagos e quantos de material editorial (programas informáticos, de entretenimento ou educativos), pois toda a grade de programação seria infectada com *merchandisign* subliminar[233].

Dessa feita, perde-se em parte a função do contole remoto do televisor de escapar da publicidade, pois ela está em todos os lugares, inclusive na própria programação.

Gino Giacomini Filho é enfático ao afirmar que:

> Os veículos são praticamente sustentados pela publicidade, dificilmente obstando a veiculação de anúncios; buscam ocupar todo o espaço da programação permitido pela legislação e até espaço além do permitido, caso possível com a propaganda oculta em programas, tida como *merchandising*[234].

A situação revela-se de tal forma alarmante, que existe o Projeto de Lei nº 1.426/96, do ex-deputado Elias Murad, estabelecendo que o tempo destinado à publicidade comercial pelas emissoras de rádio e televisão será de no máximo 25% de cada hora de programação, ou seja, 15 minutos. O objetivo é impedir a concentração de propagandas em determinados horários. Hoje o percentual de 25% vigora para a programação diária.

O relator, deputado Adelor Vieira (PMDB-SC), apresentou parecer pela aprovação do referido projeto, com emenda. O congressista relator sugere a exclusão do texto original do parágrafo único que considera como tempo destinado à publicidade comercial o utilizado por programas de venda por telefone, e justifica: "A inclusão do parágrafo único pode agravar ainda mais a situação financeira das emissoras, principalmente das menores, provocando o desemprego de milhares de pessoas".

---

[233] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 207.

[234] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 91.

Os argumentos, como se pode preceber, são sempre falaciosos, vez que inexiste dado algum apto a comprovar que a limitação irá provocar o desemprego de milhares de pessoas.

De outra banda, não se levou em consideração o interesse da coletividade em não ser bombardeada constantemente por anúncios publicitários, mesmo nas situações inapropriadas como se houvesse um direito supremo das empresas e um dever constante dos consumidores de serem alvo de publicidade a qualquer hora e em qualquer momento. Ora, se o consumidor se dispõe a assistir a um programa - seja qual for, filme, novela, de auditório -, de fato deseja vê-lo e não uma interminável sucessão de peças publicitárias.

Nos canais pagos, pode-se afirmar, essa situação beira à teratologia. Os canais por assinatura surgiram justamente para que se pudesse assistir a um determinado programa sem intervalos. Por isso é pago um valor mensal, para que a televisão não dependesse exclusivamente da publicidade, pois poderia veiculá-la entre os programas - no término de um e início de outro - e não nos intervalos, como ocorre na televisão aberta. Todavia, mais uma vez as corporações ganharam e permitiu-se a inserção de publicidade no meio dos programas, além daquela inserida no próprio programa[235].

Ignácio Ramonet, ao se referir às constantes interrupções dos filmes por anúncios publicitários, faz o seguinte comentário: "Poderíamos mesmo dizer, por graça, que hoje as pessoas vão ao cinema para conseguirem enfim ver televisão em paz!"[236] Mas, como se constata, até mesmo ao assistir a filmes, a pessoa não é poupada do massacre publicitário, já que a publicidade é encontrada no ambiente dos personagens.

O Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária já teve a oportunidade de julgar casos de *tie in*[237].

---

[235] Lei 8.977/95, art. 30, IV.

[236] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 60.

[237] Representação n° 264/02

Autor: Conar, por iniciativa própria

O problema, vale dizer, carece ser melhor estudado, pois apesar de proibida, essa técnica, utilizada amiúde, é uma das principais queixas e reivindicações do consumidor, conforme aponta Peter Drucker[238].

3.3 PUBLICIDADE

3.3.1 Aspecto histórico

Neusa Demartini Gomes apresenta um bom quadro sobre o uso da publicidade no decorrer da história das grandes civilizações, desde o Egito Antigo até a Idade Média. Segundo a autora, o anúncio mais antigo que se tem notícia é originário de Tebas, no Egito, há 3000 anos, e apresentava a

---

Anunciante e agência: Pfizer e Traço Comunicação – Zero 11

Voto vencedor: Arthur Amorim

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1°, 3° e 50, letra c do Código

O diretor executivo do Conar propôs processo investigatório, como previsto no Regimento Interno, para apurar a existência de merchandising do medicamento Viagra em programas esportivos de rádio. Por ser medicamento de venda exclusiva sob receita médica, o Viagra não pode fazer uso de veículo de comunicação de massa em sua comunicação. Nos referidos programas, notou-se que, com certa freqüência, associava-se o nome do produto a comentários. Por exemplo: "Os jogadores estão de cabeça baixa, parecendo até que precisam tomar Viagra..." ou "Ao time está faltando potência e agressividade. O técnico deveria fornecer Viagra (ou a pílula azul) aos seus atletas...". Aparentemente sem importância e bem-humoradas, estas informações, pela constância, se tornariam verdadeira publicidade de um medicamento. Por não ter certeza se se tratava de operação de merchandising ou menção espontânea dos locutores e comentaristas esportivos, o Conar abriu representação investigatória, iniciando por consultar o fabricante do produto. Este informou estar desenvolvendo há vários meses campanha de conscientização junto ao grande público usando testemunhal de Pelé, alertando para os problemas da disfunção erétil, sem menção ao nome do produto. Como parte da campanha a Pfizer e sua agência entenderam desenvolver ação junto aos programas esportivos, instruindo-os a mencionar de maneira espontânea a questão, omitindo a marca Viagra, como é permitido e aceito pelo Código ético-publicitário. As frases levantadas pela monitoria do Conar teriam escapado ao controle da Pfizer e Zero 11, que já teriam alertado os locutores a não mais mencionar a marca do produto. Tendo confirmado sua suspeita, o diretor executivo do Conar transformou o processo investigatório em sentencioso, submetendo-o ao escrutínio do Conselho de Ética. Em sua defesa, anunciante e agência repisaram o caráter educativo/informativo da campanha, atribuindo as menções ao nome do produto ao entusiasmo ou desatenção dos locutores. Por maioria de votos, a 1ª Câmara, reunida em sessão extraordinária, deliberou pela sustação. CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Disponível em: <http://www.conar.org.br>. Acesso em: 27 jun. 2008.

[238] *Apud* GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 20-21.

busca de um escravo perdido ou fugido, já que os escravos eram tratados como mercadoria[239].

No relato da autora:

> O meio publicitário mais antigo foi o oral, uma vez que o povo não tinha acesso à leitura. Os pregoeiros liam textos que os letreiros escreviam. Tinham voz agradável e facilidade de expressão e muitas vezes se faziam acompanhar por músicos[240].

Com esse breve histórico pode-se constatar que a publicidade (mesmo que de forma rudimentar) é mesmo muito antiga. Os "gregos usavam a palavra e o cartaz como técnica rudimentar de informação comercial, mas sem o aspecto diferenciador que hoje apresenta"[241].

Conforme a lição de Rafael Sampaio:

> Já na Roma Antiga, a propaganda tinha um espaço garantido na vida do Império. As paredes das casas, que ficavam de frente para as ruas de maior movimento nas cidades, eram disputadíssimas [...] Embora artesanal, na propaganda dessa época já era possível perceber alguma técnica: pintava-se a parede de branco e, sobre esse fundo, a mensagem publicitária. De preferência em vermelho ou preto, cores que chamavam 'mais a atenção' sobre o branco[242].

Neusa Demartini Gomes conta que na Roma Antiga também foram criados "os rótulos publicitários e os símbolos profissionais"[243]. Anota ainda que a publicidade surgiu de forma consistente na Inglaterra, no século XV, com o aparecimento da imprensa de Johannes Gutemberg e os primeiros anúncios de livros religiosos. O primeiro anúncio impresso foi publicado no Jornal *Mercurius Brithanicus* em 1625[244].

Até o século XVI, a publicidade se limitava "ao fornecimento de dados sobre o produto objeto de troca: preços, qualidades e quantidade

---

[239] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 83-85.

[240] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 85.

[241] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 83.

[242] SAMPAIO, Rafael. **Propaganda de A a Z**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 22.

[243] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 84.

[244] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 81.

colocadas à venda. As relações entre o produto e o consumidor eram diretas"[245].

A partir do final do século XVII passou a ser utilizado um procedimento rudimentar de informação na Europa Ocidental, consistente na atividade dos pregoeiros e o pequeno anúncio na incipiente imprensa daquela época[246].

A grande evolução ocorre depois de 1770, "quando os jornais ingleses e americanos passam a aceitar anúncios pagos e, a partir daí, o seu custo baixa e a despesa maior de produção passa a ser custeada pela publicidade"[247].

A publicidade, mesmo nas economias mais primitivas, teve um papel significativo. O grande impulso veio, porém, com o início do processo de industrialização. A Revolução Industrial e o surgimento da imprensa "dão origem à moderna revolução da publicidade, ao transformar o público em massa, por efeito simultâneo dos meios de comunicação e da produção mecânica"[248].

A letra impressa multiplicou as possibilidades de comunicação, mas foi a Revolução Industrial que ampliou o consumo, instalando a publicidade como agente regulador ou intermediário com o mercado da produção[249].

A publicidade passou a fazer parte da vida econômica, social e cultural das sociedades mais industrializadas, com os contornos peculiares que se conhece hoje. Essa disseminação, logo após a Segunda Guerra Mundial[250], se deveu ao avanço e crescimento das tecnologias e dos meios de

---

[245] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 80.

[246] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 81.

[247] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 82. Hodiernamente, pode-se afirmar que os meios de comunicação são sustentados pela publicidade. Nesse sentido: "A força da publicidade nos meios jornalísticos é de tal monta, que agências publicitárias podem promover o encerramento destas atividades". FEDERIGHI, Suzana Maria P.C.P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 12.

[248] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 82.

[249] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 87.

[250] Alberto do Amaral Júnior afirma que: "Após A II Guerra Mundial, [...] A publicidade deixa de ser exclusivamente mecanismo de informação ao publico para converter-se em instrumento destinado a convencer os consumidores sobre as virtualidades reais ou fictícias

comunicação, ao sucesso do capitalismo e ao desenvolvimento da produção em massa e da sociedade de consumo.

Assim, segundo Neusa Demartini Gomes:

> [...] nasce a publicidade moderna, utilizando todos os meios a sua disposição (jornais, revistas, cinema, rádio, cartazes, outdoors, luminosos), pesquisando, adaptando-se, apropriando-se de elementos persuasivos não só do domínio da comunicação, mas buscando novidades nas artes, na psicologia, na semiótica etc, tais como cores, fotografias, luzes, sons, cenários, ação, enfim, um campo em aberto que avança conforme avançam as novas tecnologias e os novos conhecimentos teóricos destas áreas[251].

E ressalta que:

> A publicidade, como uma forma perfeita de comunicação persuasiva, se consagrou como o instrumento indispensável do auge do comércio e dos primeiros encontros competitivos da economia como formadora de mercados [...] e apropriou-se de algumas técnicas de outra forma de comunicação persuasiva bastante mais antiga: a propaganda, uma técnica até então usada para intercambiar elogios que glorificassem o homem[252].

Quanto à história da propaganda e da publicidade no Brasil, pode-se apontar a existência de cinco ciclos. O primeiro foi o da tradição oral; o segundo, no século XIX, com o surgimento da imprensa, vão aparecer as mensagens escritas e difundidas pelos jornais impressos; o terceiro surge com a chegada das emissoras de rádio no Brasil, a partir de 7 de setembro de 1922; o quarto surge com o criação da TV Tupi, em 18 de setembro de 1950; e o quinto surge com a era dos anúncios virtuais[253].

O primeiro anúncio publicado no Brasil foi inserido na Gazeta do Rio de Janeiro, em 1808. Nos anos seguintes multiplicaram-se os anúncios classificados, os quais não continham ilustração ou título e os textos limitavam-se a informar. Em 1875, surgiram os primeiros anúncios ilustrados. No final do século XIX, passaram a circular os grandes anúncios

---

dos bens existentes no mercado. O objetivo da mensagem publicitária é, acima de tudo, orientar o consumo, criar necessidades e ampliar a demanda". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O princípio da vinculação da mensagem publicitária**, p. 42.

[251] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 83.

[252] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 78.

[253] GOMES, Neusa Demartini (Org.). **Fronteiras da publicidade**: faces e disfarces da linguagem persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2006.

ilustrados e em duas cores. Nessa fase, a publicidade continha muita rima e humor. No início do século XX começaram a ser veiculadas as primeiras revistas semanais com anúncios publicitários locais e regionais[254].

Merece destaque o empenho de Assis Chateaubriand no que tange ao quarto ciclo. Em 1932, ele fundou os "Diários e Emissoras Associados". Até a década de 1970 comandou trinta e um jornais diários, três revistas, 23 emissoras de rádio e criou a citada TV Tupi.

O rádio teve lugar de destaque no cenário brasileiro e trouxe novo campo para a publicidade.

Após a Segunda Guerra Mundial, a televisão transforma-se no grande veículo de comunicação de massa.

Neusa Demartini Gomes registra que: "Chegando ao Brasil em 1950, em São Paulo, a TV Tupi, de Assis Chateaubriand, vem a ser a primeira televisão brasileira e também a primeira da América Latina"[255].

Segundo Alexandre Volpi, foi nessa época que:

> A propaganda consumista no Brasil ganhou maior alcance, contribuindo para ditar os hábitos dos brasileiros e para massificar o consumo. A medida do progresso, então, passou a ser a busca pelos padrões de consumo dos países desenvolvidos[256].

Em 1964, em decorrência do Golpe Militar, o governo brasileiro passou a desenvolver "a prática da propaganda ideológica"[257].

3.3.2 Caracterizando a publicidade

3.3.2.1 Conceituação

O termo publicidade tem distintos significados. Os profissionais das mais diversas áreas, notadamente a jurídica e a própria categoria dos

---

[254] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação, p. 83, 95-96.

[255] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 99.

[256] VOLPI, Alexandre. **A história do consumo do Brasil**: do mercantilismo à era do foco no cliente, p. 77.

[257] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 100-101.

publicitários, não são unânimes quanto ao conceito de publicidade. Houve também a modificação de seu significado com o passar dos anos[258].

O termo jurídico "publicidade" surge no século XVIII para denotar que o ato era aberto a todos, em contraposição ao ato secreto, realizado a portas fechadas. Após, alcançou o significado daquilo que pertence ao público. O significado comercial do termo "publicidade" ocorreu no século XIX, que atualmente substituiu o termo "reclame", que tem origem do latim *reclame* (chamar em voz alta), e perdurou até meados do século XX, quando perdeu o seu significado técnico. Daí em diante, passou-se a entender o *Publikum* dos alemães, o *advertising* dos americanos e o *publicité* dos franceses como "uma forma de comunicação que utiliza um conjunto de meios pagos, e que influi no público e o persuade para a compra de mercadorias ou serviços"[259].

Consta do Dicionário Houaiss o conceito de publicidade nos seguintes termos: 1 qualidade do que é público 2 atividade que torna público um produto ou serviço com o intuito de persuadir as pessoas a comprá-lo; propaganda.[260]

Existe, nessa definição, clara imprecisão, uma vez que equipara a publicidade com a propaganda.

O mesmo dicionário conceitua propaganda da seguinte forma: 1. divulgação, propagação de uma idéia; publicidade <*p. religiosa*> 2. comercial ('mensagem').[261]

A sinonímia também é encontrada no Novo Dicionário Aurélio.

---

[258] As imprecisões existem por conta dos seguintes motivos: "- Publicidade é uma técnica relativamente nova, que somente agora se encontra a caminho de receber uma sistematização de seus conhecimentos. – Constantemente novos métodos e técnicas são incorporados ao patrimônio publicitário, o que amplia seu campo de atuação. – Existe certo grau de confusão entre a publicidade e outras áreas de comunicação que se desenvolvem nessa totalidade que denominamos *marketing*. – Os diferentes autores enfocam o problema total sob ângulos diversos, de acordo com a sua formação, sua experiência e a finalidade buscada". GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: Comunicação, p. 104.

[259] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 101-102.

[260] HOUAISS, Antônio E. Villar; SALLES, Mauro de. **MiniDicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev.aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

[261] HOUAISS, Antônio E. Villar; SALLES, Mauro de. **MiniDicionário Houaiss da Língua Portuguesa**.

O Código de Defesa do Consumidor não conceituou o termo "publicidade"[262]. Entretanto, o fez o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, em seu art. 8º, ao mencionar que a publicidade comercial é entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.

O art. 2º do Decreto n. 57.690/1966, que trata do exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda, considera a "propaganda" como qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado.

A 'Directive du 10 septembre 1984' dispõe sobre a publicidade da seguinte forma:

> [...] toda forma de comunicação realizada no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens e serviços, inclusive os bens imóveis, os direitos e as obrigações [tradução nossa][263].

A jurisprudência francesa define a publicidade da seguinte forma: "[...] todo meio de informação destinada a permitir ao cliente potencial de ter uma opinião sobre as características dos bens ou dos serviços que lhe são propostos"[tradução nossa][264], tratando-se, como se vê, de definição alargada em relação àquela dada pela lei.

Para Neusa Demartini Gomes:

---

[262] Mas, segundo Gherardini, "o Código de Defesa do Consumidor considerou a "publicidade (embora de forma atécnica) toda e qualquer espécie de atividade promocional de *marketing* (nas quais se inclui, indubitavelmente, a venda pessoal)". SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 233. Para Melina Trentin no "sistema do CDC entende-se publicidade como toda a informação ou comunicação difundida com o fim direito ou indireto de promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o meio de comunicação utilizado" TRENTIN, Melina Penteado. **A publicidade abusiva e o racismo.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 90.

[263]"[...] toute forme de communication faite dans le cadre d´une activité comerciale, industrielle, artisanale ou lebérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations". AULOY, Jean-Calais ; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation**, p. 139.

[264] "[...] tout moyen d´information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services que lui sont proposés". AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. Droit de la consummation, p. 143.

> Publicidade é um processo de comunicação persuasiva, de caráter impessoal e controlado que, através dos meios massivos e de forma que o receptor identifique o emissor, dá a conhecer um produto ou serviço, com o objetivo de informar e influir em sua compra ou aceitação[265].

Cláudia Lima Marques entende que:

> Publicidade é toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.[266]

Ao concluir, adverte a autora que o elemento a caracterizar a publicidade é a finalidade consumista e comercial.

Na concepção de Antônio Carlos Efing[267], publicidade é sinônimo de mensagem publicitária, esta entendida como o conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas pelos meios de comunicação de massa, visando a criar demanda de produtos e serviços, além de contribuir para a imagem da empresa, esta conhecida como "publicidade institucional".

Antonio Herman Benjamin entende que publicidade é "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 persuasão"[268].

Interessante o conceito dado à publicidade por Marisa Teixeira de Almeida, pois traz como ínsita à sua natureza a "exploração de arquétipos emocionais, atingindo desta maneira o comportamento do consumidor"[269], por isso mesmo, atua "na construção da vontade do consumidor[270].

---

[265] GOMES, Neusa Demartini. Publicidade: Comunicação Persuasiva, p. 42. No mesmo sentido Melina Trentin para quem "a mensagem publicitária, hoje, vai além da mera informação. Ela primeiro informa, depois sugestiona, e em uma terceira etapa, capta em definitivo o consumidor, 'prendendo-o'". TRENTIN, Melina Penteado. **A publicidade abusiva e o racismo**, p. 92.

[266] MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 470.

[267] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2ª edição revista e atualizada, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 236.

[268] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos et al. **O controle jurídico da publicidade**, p. 50.

[269] "A publicidade é uma forma de comunicação entre o fornecedor e o consumidor visando a comercialização de produtos e serviços colocados no mercado. Atualmente ela é utilizada

De forma sintética, Valéria Falcão Chaise conceitua publicidade "como a forma ou meio de comunicação com o público que tem como objetivo promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço"[271]. Ressalta que a comunicação mencionada é aquela conexa à atividade econômica, estando assim excluídas as com conteúdo político, científico, humanístico, didático, filosófico, religioso etc.

Ugo Volli, a respeito, traz a seguinte lição:

> Publicidade é um dos principais motores da economia, ao mesmo tempo que representa um imenso poder capaz de condicionar a existência de todos os meios de comunicação de massa. Além disso, é o mais difundido e o mais capilar dos canais de comunicação, aquele que impõe ao mundo, pela força das idéias e, sobretudo, dos grandes números, para além de produtos e mercadorias, imagens, palavras, pensamentos e gostos. A publicidade é, em suma, um instrumento estético e ideológico de massas, uma espécie de reservatório de onde extraímos a nossa forma de olhar o mundo, de descobrir a beleza, de nos divertirmos, de sonhar[272].

Para caracterização da publicidade é necessário que a mensagem parta de uma pessoa que procura fazer conhecidos os bens e serviços que ela propõe ao público (portanto, os ensaios comparativos das revistas de consumidores não são publicidade). A mensagem tem que ser dirigida ao público (um documento remetido para uma pessoa não é publicidade); a mensagem tem que visar um futuro contrato (documento utilizado após a conclusão do contrato não é publicidade)[273].

A publicidade tem como características a *parcialidade*, pois é tendenciosa, a *intencionalidade*, uma vez que não diz toda a verdade e a *independência* dos meios que utiliza para difusão, sendo relevante a veiculação por meio de comunicação de massa, atingindo a todos de forma

---

como instrumento de persuasão, através da exploração de arquétipos emocionais, atingindo desta maneira o comportamento do consumidor". ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 11.

[270] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 12.

[271] CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**, p. 8.

[272] VOLLI, Ugo. **Semiótica da publicidade**: a criação do texto publicitário. Tradução de Maria Luísa Jacquinet. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 7.

[273] AULOY, Jean-Calais ; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation**, p. 144.

indistinta[274]. Constituiu-se, portanto, como "o meio de "massas" por excelência, cujos esquemas impregnam todos os outros meios de comunicação"[275].

Gino Giacomini Filho revela o seguinte entendimento:

> São as características da publicidade que a tornaram a mais intensa das práticas comerciais: reino nos meios de comunicação de massa, sua contemporaneidade, sua participação no cotidiano da sociedade, seu caráter inovador e propiciador de *status* ao anunciante e seu produto[276].

A publicidade, por sua própria natureza, é uma atividade que atravessa fronteiras.

3.3.2.2 Função e objetivo

O objetivo básico da publicidade, pode-se dizer, é a aproximação dos consumidores aos produtos e serviços de modo a incrementar as vendas e satisfazer necessidades. Com um sistema eficiente de divulgação da informação, o consumidor poderá ter conhecimento daquilo que necessita, sem a existência de ônus direto[277]. Entretanto, este é apenas o ponto de partida, a ponta do iceberg[278].

---

[274] Ramonet aponta o poder de penetração da publicidade: "Forma privilegiada da comunicação moderna, o *spot* publicitário não está desprovido de perversidade. Tanto se dirige aos consumidores como aos não consumidores, vende tudo a todos, indistintamente, como se a sociedade de massas fosse uma sociedade sem classes". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 80.

[275] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 129.

[276] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 80-81.

[277] A publicidade "atua como uma espécie de fator anticoagulante, um acelerador artificial que impede a estabilização da procura. A propaganda ocupa um papel central na sociedade de consumo. Afinal, sem ela, como os consumidores tomariam conhecimento das características, vantagens e benefícios dos produtos, particularmente do aluvião de novos lançamentos despejados continuamente no mercado? Ademais, muito dos produtos não imprescindíveis são adquiridos somente após o consumidor tomar ciência desses produtos pela propaganda". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 145-146.

[278] "Segundo Louis Quesnel (1974, p. 81), a publicidade se assemelha à Igreja e à escola por sua importância social, por seu papel de formadora de opiniões. Mas, enquanto essas duas instituições parecem perder terreno na formação de mentalidades das sociedades modernas, a publicidade tem seu poder ampliado, sobretudo pela forma como usa a linguagem". CARVALHO, Nely de. **Publicidade.** A linguagem da, p. 162.

Para Wilson Carlos Rodycz a "função da publicidade consiste em ressaltar as qualidades do produto ou do serviço, persuadir as pessoas a comprá-lo e recordar àqueles que já o adquiriram que podem fazê-lo novamente"[279].

Gino Gicomini Filho menciona que a "publicidade nasceu com o claro propósito de fomentar a transação econômica, principalmente diminuindo a resistência do consumidor"[280].

Ainda, a publicidade visa "a captar a atenção do público para o consumo de determinados bens ou para a utilização de certos serviços"[281].

Para Cláudia Lima Marques:

> É através da publicidade que o fornecedor oferece bens ou serviços ao consumidor, que informa o consumidor sobre determinadas qualidades ou propriedades do produto ou serviço, que desperta interesses, vontades, desejos, que propaga marcas e nomes, que usa a fantasia para ligar determinados sentimentos, *status* ou atitudes a determinados produtos, em verdade, o fornecedor incita o consumo, direta ou indiretamente, com sua atividade[282].

Guy Durandin esclarece que:

> A publicidade tem, quanto à informação do consumidor, o papel de um preâmbulo: chama a atenção sobre as vantagens do produto, seu preço, a novidade que pode representar, mas não pretende ser uma informação completa. Freqüentemente, aliás, ela incita o comprador potencial a solicitar informações complementares, dirigindo-se ao próprio fabricante[283].

No início, a publicidade continha e veiculava apenas informações sobre o produto ou serviço, relativas à sua qualidade.

Contudo, como adverte Antônio Carlos Efing[284]:

> O consumo em massa e a grande competitividade do mercado tornaram a publicidade um meio para ludibriar o consumidor e

---

279 RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade**, p. 58.

280 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 14.

281 CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**, p. 10.

282 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 606-607.

283 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 88.

284 EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direitos das Relações de Consumo**, p. 186.

> persuadi-lo a obter bens dos quais não necessita ou cujas virtudes são meramente ilusórias.

Segundo Guido Alpa, a "função atual da publicidade, nos termos que vem sendo praticada, não é mais aquela de informar o consumidor, mas a de estimular e direcionar o consumo, promovendo o escoamento da produção"[285].

A partir dessas noções, depreende-se que a publicidade tem duas dimensões: a informativa e a persuasiva[286]. A publicidade afastou-se do modelo utilizado há cerca de um século, relativamente à objetividade informativa. Agora, adota-se uma linguagem própria, com a utilização da sedução e persuasão[287].

Com efeito, Nely de Carvalho afirma que:

> A palavra deixa de ser meramente informativa e é escolhida em função de sua força persuasiva, clara ou dissimulada. Seu poder não é simplesmente o de vender tal ou qual marca, mas integrar o receptor à sociedade de consumo[288].

Guinther Spode entende que a função precípua da publicidade é informar, sendo o componente persuasivo apenas acessório[289].

Em sentido oposto analisa Wilson Carlos Rodycs quando afirma que a publicidade não se identifica como uma atividade principalmente informativa, sendo sua função precípua a persuasão[290].

---

[285] *Apud* BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos et al. **O controle jurídico da publicidade**, p. 33.

[286] "1) se, com a informação são difundidas mensagens sobre a existência do produto e suas características, com a persuasão se difundem mensagens motivadoras que proclamam a existência do produto e exaltam suas características; 2) se, com a informação se dá a notícia de um fato comprovável (existência de um produto), com a persuasão se dá a notícia interpretada do fato (a significação do produto enquanto a satisfação ideal de uma necessidade); 3) se a informação aspira a dar a conhecer, a persuasão espira a influenciar (GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 107.

[287] CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 12

[288] CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 18.

[289] "A função primordial da publicidade tem caráter informativo. O objetivo é propiciar que os consumidores em potencial tomem conhecimento da existência do produto ou serviço e, uma vez informados sobre suas qualidades (características), sejam levados à decisão de compra. [...] A publicidade possui também o componente persuasivo, que, em sua essência, pretende mudar a ação ou a inação do consumidor, levando-o a adquirir o produto ou serviço anunciado". SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 43/178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183.

Para Carlos Ferreira de Almeida:

> Numa economia de produção em série e distribuição em cadeia, a publicidade funciona como impulso para a aquisição de bens de consumo e marca o horizonte da esperança [...], sendo difícil separar nas mensagens publicitárias os elementos informativos dos persuasivos[291].

Antônio Herman Benjamin afirma, referindo-se à publicidade, que:

> Suas técnicas de persuasão utilizadas no convencimento do consumidor – sofisticadas, complexas e nem sempre totalmente perceptíveis pelo destinatário – lhe dão um grande poder social, enaltecendo mais ainda sua relevância. A publicidade é uma das mais poderosas formas de persuasão e manipulação social existentes na sociedade moderna[292].

Na lição de Ana Cláudia Marques Govatto, uma das tarefas da publicidade é mudar hábitos de vida e influenciar comportamentos para criar preferências. O papel dos produtos já não é oferecer ao consumidor seus atributos, principalmente físicos, mas agregar valor ao produto perante a sociedade, representando um sistema socializador que padroniza valores[293].

Para Mário Ernesto René Schweriner: "Quando inexistem atributos ou benefícios objetivos a serem ressaltados, recorre-se à propaganda para construir benefícios subjetivos e, principalmente, valores"[294].

Interessante o sentido diverso empregado por Jean Baudrillard em relação ao valor:

> A publicidade realiza o prodígio de um orçamento considerável gasto com o único fim, não de acrescentar, mas de *tirar o valor* de uso dos

---

290 "A publicidade é uma atividade informativa. Entretanto, é possível concluir que não se trata de uma atividade apenas informativa, nem mesmo preponderantemente informativa [...] somente o objetivo de bem informar os consumidores não sustentaria essa rendosa atividade [...] a finalidade principal da publicidade é convencer e estimular o consumo de bens e serviços". RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade**, p. 61.

291 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 141.

292 BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos et al. **O controle jurídico da publicidade**, p. 30.

293 GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 73, 83.

294 SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

> objetos, de diminuir seu valor/tempo, sujeitando-se ao valor/moda e à renovação acelerada [grifos no original][295].

Valéria Falcão Chaise assevera que a função da publicidade é o incentivo à venda, de modo a atingir a mente do consumidor para condicioná-lo à aquisição de produtos ou serviços. Destarte, a publicidade torna-se apta a exercer uma ação psicológica[296]. A autora dá ênfase ao aspecto psicológico já visto, segundo as teorias de condicionamento que influenciam o comportamento.

Jean-Calais Auloy e Frank Steinmetz falam da contradição que pode haver entre o intuito de seduzir e a informação objetiva:

> La publicité n´a pas pour but essentiel d´informer. Faite pour inciter et pour créer la mode, elle présente quelque danger pour les consommateurs, car le dessein de séduire este difficilement compatible avec une information complète et objective[297]. Traduzir....

O objetivo da publicidade é, pois, a modificação da conduta das pessoas por meio da técnica da persuasão. Pode ter função de relevância quanto aos direitos do consumidor, quando se refere ao *recall* e à contrapropaganda.

A publicidade também pode ser vista como mecanismo de redução de preços, já que fomenta a produção em larga escala e estimula a concorrência[298].

Há quem ressalte, como Gino Giacomini Filho, outro lado da publicidade, além dos aspectos informativo e persuasivo: "A publicidade se mostra como um fator de entretenimento e lazer, em face sobretudo do caráter divertido de muitos dos seus anúncios"[299].

---

[295] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 42.

[296] CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**, p. 8.

[297] AULOY, Jean-Calais ; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation**, p. 140.

[298] "O aumento significativo do mercado de consumo, devido em boa parte à publicidade, gera uma massificação do consumo e o conseqüente aumento da produção e produtividade, implicando custos unitários menores". GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 93.

[299] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 94.

A publicidade, se analisada por outro prisma, tem um papel fundamental no capitalismo.

Nesse sentido é a lição de Everardo Rocha:

> A publicidade desempenha um papel fundamental para a existência da sociedade capitalista; ela articula, faz a ligação entre o universo da produção e o universo do consumo. O universo da produção caracteriza-se pela impessoalidade, pela fabricação em série de objetos idênticos. O universo do consumo caracteriza-se pela presença da dimensão pessoal, os objetos são consumidos como se fossem único, feitos para cada consumidor individualmente. O conjunto das peças publicitárias, o **sistema publicitário**, é o responsável pela transformação dos objetos impessoais em objetos personalizados [grifos no original][300].

Já Cláudio Coelho enfatiza que:

> Presente, nas mais diferentes formas, na vida cotidiana dos habitantes dos grandes centros urbanos, a publicidade atingiu o seu ponto máximo de desenvolvimento. Esta onipresença da publicidade é inseparável da fase atual da sociedade capitalista, marcada pelo neoliberalismo[301].

Por seu turno, Nelly de Carvalho defende que:

> O discurso legitima a dominação das elites, e a publicidade constitui um exemplo claro, pois apresenta à população os bens de consumo da sociedade capitalista, servindo de elo entre ambos, assumindo o papel de incentivador. Reafirma, legitima e torna desejável o papel de consumidor para a população[302].

As funções dadas à publicidade não encontram limites, havendo quem entenda que ela deve extrair o pior do ser humano[303].

---

[300] *Apud* COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 37-38.

[301] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 5.

[302] CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 17.

[303] "Um dos papéis da propaganda e do marketing é transformar continuamente a "zona de conforto" em "zona de desconforto" [...], fazendo-o [o consumidor] necejar bens e serviços [...] Anúncios devem ser produzidos para ativar os canais de percepção, preferencialmente despertando e atiçando sentimentos de cobiça, como também incentivando o dispêndio imediato de dinheiro [...] A estratégia da grande maioria das empresas deve ser provocar um sentimento análogo de insatisfação [...] a propaganda deve se esforçar e se esmerar em construir uma relação de dependência do consumidor com a marca anunciada, fazendo-o precisar dela como uma necessidade, porém sentido como se fosse um desejo, uma opção pessoal, que o conduza na direção da gratificação. Exatamente um...Necejo!" [que é denominado eufemisticamente fidelidade à marca].

"A Propaganda e o Marketing devem [...] criar, constantemente, novos padrões para o Eu ideal público [como a pessoa gostaria que os outros a vissem, é volátil e corresponde à internalização dos mandamentos sociais, espelhando seus grupos de referência], ao qual os

Em resumo, a publicidade pode ser considerada como um poderoso instrumento para mudar hábitos, recuperar a economia, criar imagens, promover e estimular o consumo, vender produtos[304], bem como informar sobre a existência e características dos produtos e serviços, além de colaborar para a formação de um estilo de vida (*lifestyle advertising*), gerando expectativa legítima e confiança nos consumidores.

3.3.2.3 Importância

No que tange à faceta empresarial, a publicidade revela-se como fonte geradora de empregos e renda, pois movimenta valores em moeda muito expressivos.

A sua participação na economia representa aproximadamente 30% do Produto Interno Bruto (PIB)[305] brasileiro, segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1998[306].

Os serviços de publicidade têm grande importância no segmento de atividades técnico-profissionais prestadas às empresas no Brasil e isto se deveu ao dinamismo, criatividade e uso de mão-de-obra qualificada,

---

consumidores devem se adequar por meio do consumo constante de novos produtos e serviços, que irão ajudar a compô-lo; ao mesmo tempo em que busca arranhar seu autoconceito, fazendo-o crer que ele é falho, incompleto, imperfeito [...] o ideal para as empresas é que o autoconceito das pessoas sempre esteja defasado desse Eu ideal público fabricado pela mídia e pelos formadores de opinião. Resultado? Frustração por não se assemelhar aos modelos propostos, gerando intenção de compra. Conseqüência: um espaço perene para novos produtos e serviços adquiridos para recompor o autoconceito lacerado".

"Os Pecados Capitais representam, em graus variáveis, essa busca incessante das pessoas por maiores e melhores sensações, e a propaganda os retrata com esmero.

Principalmente gula, luxúria, avareza, inveja e soberba, que costumam ser motivos fortemente explorados na comunicação da grande maioria dos bens de consumo de massa".

SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 67, 73, 74, 135.

[304] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 76.

[305] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 81.

[306] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável:** é o que todo anunciante deve fazer, p. 83.

resultando um total de R$ 4,1 bilhões de receita, em 2005, contra R$ 3,2 bilhões, em 2004[307].

As campanhas publicitárias realizadas são predominantemente dirigidas para o setor privado e representam 85,3% da receita das agências de publicidade, enquanto as de governos ou de empresas estatais - inclusive campanhas institucionais e de produtos - representam 11,9%. As campanhas publicitárias de cunho legal (balanços, editais, avisos legais etc.), as políticas e as de responsabilidade social tiveram, respectivamente, menor participação no total da receita auferida: 1,6%, 0,9% e 0,3%[308].

O investimento publicitário no Brasil cresceu 18% entre o último trimestre de 2004 e o último trimestre de 2005[309].

Os dados do Ibope Monitor sobre os investimentos publicitários em 2007 inauguraram uma apuração que passou a auditar um maior número de itens, como cinemas, novos mercados de TV e mais emissoras de rádio. Tudo isso acabou aumentando o faturamento das agências para R$ 51,886 bilhões, o que corresponde a um crescimento de 30% em relação ao ano anterior. Esse total não considera a prática de descontos pelos veículos. O meio televisivo, como habitualmente ocorre, concentrou 50% dos investimentos da leitura de 2007 feita pelo IBOPE. Os jornais vêm em seguida, com R$ 14,870 bilhões, o que representa uma participação de 29%. Os investimentos em revistas seguem com 9% do faturamento bruto, assim como o de outdoor, com 3%. Este, por sinal, decresce em decorrência da Lei Cidade Limpa, de São Paulo, que está sendo exportada para outras capitais, como Curitiba[310].

---

[307] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=933&id_pagina=1>. Acesso em: 28 mar. 2008.

[308] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=933&id_pagina=1>. Acesso em: 24 mar. 2008.

[309]INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=2&temp2=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=resultado&db=caldb>. Acesso em: 9 abr. 2008.

[310]INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Disponível em:

<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=2&temp2=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=resultado&db=caldb>. Acesso em: 9 abr. 2008.

Em 2006, o mercado publicitário no Brasil movimentou cerca de R$ 39 bilhões ou 16% a mais do que em 2005. A TV por assinatura teve maior destaque, com um crescimento de 32% em comparação ao ano de 2005. A TV aberta, por sua vez, manteve-se à frente de todos investimentos publicitários recebidos pelos diversos meios: 49% do total. São Paulo continua sendo a cidade que mais investiu em publicidade em 2006 (participação de 36%) e Florianópolis desponta com um crescimento de 22% em relação a 2005.[311]

O investimento publicitário no setor de alimentos atingiu 332 milhões de reais no segundo trimestre de 2007, sendo que a concentração de verbas ocorreu na televisão (74% do investimento total, contra 48% da média do investimento publicitário total do país)[312].

Enquanto o investimento publicitário total no primeiro trimestre de 2005 cresceu 19% em relação ao mesmo período do ano passado, o investimento publicitário do segmento automobilístico mais do que dobrou, apresentando um crescimento de 105%[313].

O setor farmacêutico também investiu maciçamente em publicidade[i].

Os gastos com publicidade são crescentes e põem o setor de bebidas alcoólicas entre os que mais gastam com anúncios. Segundo informação do Ibope Monitor, em 2006 a categoria "cervejas" investiu R$ 704 milhões, mais do que a venda de automóveis ou de telefones celulares, por exemplo. No ano anterior, o Ibope registrou investimentos de R$ 496 milhões nesse mesmo segmento[314].

---

[311]INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Disponível em:

<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=2&temp2=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=resultado&db=caldb>. Acesso em: 9 abr. 2008.

[312]INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Disponível em:

<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=2&temp2=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=resultado&db=caldb>. Acesso em: 9 abr. 2008.

[313]INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Disponível em:

<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=2&temp2=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=resultado&db=caldb>. Acesso em: 9 abr. 2008.

[314]SÃO PAULO. Ministério Público. Disponível em:
<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/clipping/publicacao_clipping/2007/Abril/448FF05F3F962FEBE040A8C02C013604>. Acesso dia 18 de abril de 2008.

Quadra destacar também o congestionamento do sistema de comunicação de massa, obstruído que está pelo volume de informações e estímulos que emite e pela mudança do perfil do consumidor.

Ignácio Ramonet, a respeito, anota que:

> [...] na luta para atrair a simpatia do público, suscitar o seu interesse, provocar o desejo e, na medida do possível, desencadear o reflexo de compra de um produto, a arma mais sofisticada, a mais bem afinada, dos anunciantes, continua a ser o *filme publicitário*, o das salas de cinema e, sobretudo, aquele que é difundido pela televisão [grifos no original][315].

Não obstante o aumento do investimento, já se verifica o início de um desgaste da publicidade convencional na televisão, sugerindo que a atividade neste meio está com os dias contados[316]. Assim, saturação, fadiga, cansaço, hábito ou um certo nível de familiaridade, por exemplo, são fatores que contribuem para diminuir o nível de atenção do consumidor. Ainda, o advento do controle remoto que permite a mudança de canal durante o intervalo das programações levam ao desenvolvimento de inúmeras técnicas alternativas de publicidade.

Essa constatação (saturação) tem feito os profissionais da área procurarem outros modos, formas e meios de divulgação dos produtos, serviços, empresas e marcas, como, por exemplo, a publicidade em filmes on line, em videogames, na internet, o marketing experiencial, o *tie in*, o merchandising, as mensagens subliminares, sem falar na utilização de técnicas agressivas, antiéticas e até mesmo ilegais e/ou inconstitucionais.

3.3.2.4 Funcionamento

Importante, primeiramente, frisar que a publicidade utiliza a *mídia indireta impessoal* (impressa, eletrônica, *outdoors*) enquanto a promoção de vendas é transportada por *mídia direta impessoal* (mala direta, material

---

[315] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 35.

[316] JAFFE, Joseph. **O Declínio da Mídia de Massa** – Por que os comerciais de TV de 30 segundos estão com os dias contados. São Paulo: M. Books do Brasil, 2008.

impresso, brindes, catálogos, embalagens). As principais mídias utilizadas na publicidade são: rádio, televisão, jornais e revistas[317].

A publicidade televisiva, devido ao alto preço, tende a durar menos de trinta segundos[318]. Mesmo assim verificou-se uma proliferação de mensagens, principlamente pela facilidade para produzir e distribuir conteúdos digitais. De fato, o vertiginoso desenvolvimento dos meios de comunicação tem possibilitado uma rápida difusão de dados e informações.

Com efeito, a publicidade funciona por meio de promessas, tais como bem-estar, conforto, eficácia, felicidade e sucesso[319].

Como bem observa Ignácio Ramonet:

> Os *spots* vendem sonhos, propõem atalhos simbólicos para uma rápida ascensão social. Difundem, antes de mais nada, símbolos e estabelecem um *culto do objeto*, não pelos serviços práticos que este possa prestar, mas pela *imagem* que permitem aos consumidores darem de si próprios. Os *spots* não vendem, por exemplo, uma máquina de lavar louça, mas sim conforto, não um sabonete, mas sim beleza, não um automóvel, mas sim prestígio; em todos os casos, *standing* [grifos no original][320].

Para Marisa Teixeira de Almeida:

> A publicidade tornou-se uma forma dominante de comunicação e um elemento decisivo da cultura que nos molda. É cada vez mais freqüente a utilização de imagens que não vendem produtos ou serviços, mas atitudes, sonhos, desejos de forma e estimular comportamentos[321].

Desse entendimento não diverge Cláudio Coelho, para quem:

---

[317] ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising:** conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 52.

[318] Nesse sentido Ramonet ao afirmar que os altos preços "encorajam os anunciantes a reduzir o tempo dos *spots* esforçando-se por conservar a sua carga semântica, o seu capital de expressão e a sua eficácia comercial. Dizer o máximo num mínimo de tempo, tal é a aspiração fundamental dos publicitários. Eles devem conseguir uma comunicação quase instantânea, conseguir fazer *entender e compreender* a sua mensagem persuasiva, e isto com impacto suficiente para que ela influencie as atitudes e as opiniões daqueles que as recebem, a fim de determinar o comportamento do público-alvo". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 47.

[319] "Elas fazem cintilar uma *promessa se satisfação*". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 70.

[320] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 70-71.

[321] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 14.

> Toda peça publicitária dirige-se ao consumidor afirmando que os seus desejos se realizarão, caso ele compre o produto oferecido. A situação de compra é vivida como um momento de onipotência, de crença na capacidade de concretização dos desejos. No entanto, esta crença se dissolve com a própria compra, pois com o tempo todos somos convidados por outras peças publicitárias a consumirmos outros produtos; enquanto isso não acontece vivemos uma sensação de impotência, de incapacidade de concretização dos desejos[322].

Como anota o sociólogo Pierre Kende,

> [...] estes *spots* dirigem-se ao indivíduo naquilo que ele tem de mais íntimo, de menos confessável, explorando-lhe os desejos, as vaidades, as mais loucas esperanças. Falam-lhe a linguagem do sucesso, prometendo-lhe libertá-lo de suas pequenas misérias e absolvendo-o das suas culpabilidades mais incómodas. Os *spots* repetem-nos até a angústia: "Se não tiver o produto *tal*, a sua vida é um *fracasso*. É este produto que dá um *sentido* à sua vida [grifos no original][323].

Mário Ernesto René Schweriner, a respeito, também anota:

> Um dos maiores objetivos da comunicação é passar ao consumidor a noção de que de fato ele vai precisar do bem ou serviço anunciado para sentir-se melhor consigo mesmo e ao olhar dos outros, na direção do consumo conspícuo e da ostentação. A mensagem encoberta ou mesmo explícita costuma ser que 'ou você tem [...]' e descortina um mundo róseo, esplêndido e radiante, com o consumidor sendo invejado pelos demais e simples mortais, 'ou você não tem [...]', e mostra um, digamos assim, 'Zé ninguém'. É a famosa dicotomia dos *winners* em contraposição aos *loosers*.[324].

A publicidade aproveita os desejos, as fraquezas e as carências humanas para desaguar os bens e serviços produzidos na sociedade capitalista. O consumo, conforme já exposto, torna-se instrumento de satisfação, conforto, na tentativa de encobrir ou superar o vazio criado pela própria sociedade de consumo[325].

---

[322] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 9.

[323] *Apud* RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 71.

[324] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 167-168.

[325] "A posse do bem precisa encobrir o que existe de errado ou imperfeito na psique do indivíduo – cobiça, inveja, timidez ou sentimento de inferioridade -, o qual efetivamente sente-se recompensado possuindo e utilizando o produto e questão. Sente-se superior aos demais, sente-se extrovertido, sente-se. Mas só enquanto proprietário do tal do Audi A-6. A causa, que em última instância, acabou sendo a origem do comportamento, permanece lá, do mesmo jeito". Dessa forma, "grande parte das pessoas [...] buscam atender ao motivo [...], porém eclipsando a causa. Se não se comportarem conhecendo a causa para removê-la, estarão agindo como atores vendados no palco da vida, meramente porque muitas vezes só

Ante a mencionada saturação e a fim de atingir o seu objetivo, como bem aponta Nely de Carvalho, "o emissor utiliza a manipulação disfarçada: para convencer e seduzir o receptor, não deixa transparecer suas verdadeiras intenções, idéias e sentimentos"[326].

Por outro lado, segundo Cláudio Novaes Pinto Coelho:

> A publicidade procura estabelecer uma relação de identidade entre os consumidores e os objetos industrializados. O discurso publicitário dirige-se ao consumidor de forma singularizada, procurando fazer com que os objetos feitos em série sejam vistos pelo consumidor como produtos feitos especialmente para ele[327].

Na tentativa de resolver o problema da contradição existente entre a sociedade de massa e o caráter individual do ato de consumo, a publicidade procura atribuir "personalidade" aos objetos e estabelecer uma identidade entre a personalidade do consumidor e a "personalidade" dos objetos[328]. Assim:

> Os produtos industriais apresentados pela publicidade, como objetos que satisfazem as nossas necessidades, são objetos mostrados como projeções das identidades dos consumidores. Enquanto o consumidor não adquire o produto, sente-se incompleto, em estado de necessidade, uma parte dele mesmo está distante. Se a compra

---

conhecem o motivo. A causa pode estar distante, e dá muito trabalho chegar lá. Ademais, aquela causa desconhecida pode estar mesmo profundamente enterrada nos subterrâneos da mente, tornando-se inconsciente". "Como é bem mais fácil e cômodo satisfazer o motivo do que a trabalhosa tarefa de resgatar a causa, por preguiça ou porque está enterrada nos subterrâneos da mente, o incentivo à posse de certos bens e marcas de fato auxilia os consumidores a superar traumas, frustrações e sentimentos negativos. Tal relação pode ser exaustivamente explorada pela Propaganda e pelo Marketing, ao oferecer esses bens como solução para esconder ou mitigar tantas fraquezas psicológicas das pessoas, por meio da auto-indulgência, de uma recompensa (gratificação) imediata. E apesar de a causa permanecer intocada nos subterrâneos da mente, o que não é lá muito saudável para o autoconhecimento, o consumo de gratificação imediata pode até ser positivo. Corresponde àquela prótese emocional à que nos referimentos anteriormente, que auxilia o indivíduo a superar o seu estado psicológico negativo, como tristeza, angústia, raiva ou depressão. Afinal, nada melhor que se presentear com uma "comprinha" para esquecer temporariamente as chatices da vida". Acrescenta que "- Como a imensa maioria das pessoas tem claramente alguma espécie de carência ou frustração, está claro que aí reside uma excelente oportunidade para minorá-las pela aquisição de produtos. A empresa deve sempre demonstrar, via comunicação, como o consumidor vai se engrandecer via aquisição do bem".

SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 48-51, 134.

[326] CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 10.

[327] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 11.

[328] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 11.

> gera uma sensação de plenitude, esta sensação é efêmera, pois o consumidor logo é exposto a outros produtos que também foram feitos para ele[329].

Constata-se que a publicidade faz surgir um relacionamento com as mercadorias como se estas fossem um prolongamento do próprio consumidor[330].

A publicidade também explora, à exaustão, o aspecto "desejante"[331] do ser humano.

Na interpretação de Mário Ernesto René Schweriner:

> O ser humano é um ser desejante. A empresa, de um modo ou de outro, deve estar alicerçada na premissa econômica do pleno emprego, da capacidade instalada, produzindo bens que a propaganda se encarregará de tornar desejáveis, sedutores, quando não imprescindíveis ao consumidor. Em outros termos, a empresa irá cutucar, despertar e dar forma e conteúdo a desejos, latentes ou injetados, com o objetivo de poder escoar a sua produção [...] Por fim, a empresa vai, preferencialmente, engordar esses desejos até transformá-los quase que em necessidades [...] A empresa é constituída na vertente do Iluminismo, precisamente para atender aos incontáveis desejos, sejam inerentes, despertados ou criados. Quanto mais desejos, mais consumo, e quanto mais consumo, mais prazer. E assim mais vendas e mais lucros[332].

Considerando o pensamento de Epicuro, Alain de Botton faz importante reflexão sobre o funcionamento da publicidade. Para o autor, o apelo da publicidade é muito sedutor e incute a idéia de que para se sentir feliz o homem necessita de muitas coisas. Epicuro, no entanto, insistia que para ser feliz o homem necessita apenas de amigos, liberdade e uma vida bem-analisada. Se isso é verdade por que se deseja comprar tanto? Epicuro diria, que o mundo do comércio cria associações implícitas entre aquilo que quer vender e as verdadeiras necessidades humanas. Por exemplo, um comercial da BACARDI pode desencadear a compra de um "rum", pelo fato

---

[329] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 12.

[330] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 12.

[331] A desejabilidade pode ser entendida como "intrinsecamente conectada à moda, divulgada e explorada pela propaganda, faz que a pessoa deseje trocar seu artigo por um recém-lançado, mesmo ainda estando em boas condições de uso". SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 23.

[332] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 25, 103.

de que é de amigos que precisamos. Um comercial que tenta vender perfume, com o nome daquilo que mais queremos: a liberdade. Um comercial de Uísque, com a promessa de solução dos problemas do cotidiano. De fato, essa confusão entre necessidade e desejo embaraça o homem em relação ao que quer[333].

Pertinente é a análise de Cláudio Coelho:

> O conjunto das peças publicitárias funciona como um sistema que captura a dimensão instintiva dos membros da sociedade capitalista de consumo, esvaziando a capacidade de sermos sujeitos dos próprios desejos. A publicidade diz o que devemos desejar, porque devemos desejar e como os desejos podem ser realizados: a dimensão instintiva foi colocada a serviço da reprodução da sociedade capitalista de consumo. Desejamos o que esta sociedade nos oferece, dela dependemos para a concretização dos desejos. Mas, esta situação de dependência não é vivida como tal. Assim como a criança não possui consciência de sua situação de dependência da mãe, o consumidor também não possui consciência da sua dependência das empresas fabricantes dos produtos que consome ou gostaria de consumir[334].

Por fim, na acurada análise de Jean Baudrillard:

> A publicadade transforma o objecto em acontecimento, construindo-o como tal por meio da eliminação de suas características objectivas [...] A publicidade moderna nasce sempre que um reclame deixa de ser anúncio espontâneo e se torna 'notícia fabricada'.[335]

Percebe-se, dessa forma, o poder da publicidade, formadora de opinião e despertadora de desejos, não raro chega até a empregar técnicas que exploram as fraquezas humanas para atingir seus fins.

3.3.2.5 Diferença entre publicidade e propaganda

Profissionais da área publicitária e doutrinadores do meio jurídico ora empregam os termos "publicidade" e "propaganda" como sinônimos[336]

---

[333] BOTTON, Alain de. **Filosofia Para o Dia-a-dia**. Manaus: Videolar S.A., Abril, 2007. (DVD) (72 min.).

[334] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade: é possível escapar?**, p. 10.

[335] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 134.

[336] "Propaganda: No Brasil, equivocadamente, por influência do ensino de administração e de marketing, usa-se propaganda como sinônimo de publicidade. Conforme Lampreia, esta

ora estabelecem a diferença de seus significados. O legislador, do mesmo modo, não se encarregou de empregar linguagem uniforme quanto aos termos “publicidade” e “propaganda”.

O CBAP utiliza a expressão “publicidade comercial”, o que denota a existência de publicidade não comercial. No art. 11 menciona a expressão “propaganda política” (que não é regulada pelo Código), como aquela realizada por partido político com vistas à eleição de candidatos. Na dicção do art. 12, a “publicidade governamental” (regulada pelo Código) é entendida como aquela realizada pela entidade pública.

Dessa costatação verifica-se a confusão da terminologia, encabeçada pela própria Constituição da República e também pelo Código de Defesa do Consumidor.

De fato, os arts. 22, XXIX, e 220, parágrafo 4º, empregam a expressão “propaganda comercial” e o art. 220, parágrafo 3º, II, o termo “propaganda”, referindo-se à prática de atividade comercial. Já no art. 37, §1º, inserido no Capítulo referente à Administração Pública, consta o termo “publicidade” para expressar a atividade de divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

Por seu turno, o Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 37, parágrafo 4º (que foi vetado), 56, XII e 60, emprega o termo “contrapropaganda”, quando o mais indicado seria a utilização de “contrapublicidade”. No artigo 36 e respectivo parágrafo único o termo “publicidade” é utilizado corretamente, bem como nos parágrafos 1º, 2º e 3º.

A legislação infraconstitucional também não é precisa quanto aos referidos termos, conforme se pode inferir da leitura do Decreto-Lei n. 4.112/1942, da Lei n. 4.137/1962 (art. 2º, V, a), da Lei n. 4.680/1965 (art. 5º) e o do Decreto n. 57.690/1966 (art. 2º).

De modo geral, observa-se que o vocábulo “publicidade” quando envolve atividade comercial, é empregado com o objetivo de lucro, destinado

---

confusão está sendo exportada para Portugal, país onde os dois vocábulos sempre tiveram, a exemplo de todos os demais países do mundo ocidental, sentidos diferentes. Com a ida de publicitários brasileiros para Portugal, está se impondo o uso semântico distorcido, ao invés de se corrigi-lo no nosso país. GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: Comunicação Persuasiva, p. 68.

a estimular o consumo de bens e serviços[337]. A "propaganda" é utilizada para questões de ordem publica ou de interesse geral, caracterizando uma divulgação não-econômica ou de ordem ideológica, política, religiosa ou filosófica[338]. Mesmo tendo ambas a finalidade de modificar a conduta ou opinião das pessoas e se utilizem dos mesmos meios, distinguem-se apenas quanto ao objeto.

O termo propaganda pode ter como origem etimológica o termo *pangere*, que em latim significa "plantar", vale dizer, a propaganda visa a plantar uma mensagem no receptor. Mas há quem entenda que o vocábulo propaganda deriva do latim "propagare", que quer dizer "reproduzir por meio de mergulhia", "enterrar o rebento de uma planta ao solo", mergulhar, plantar.

O vocábulo "propaganda", em suma, compreende a idéia de implantar, de incutir algo, uma crença na mente alheia, ou a propagação de princípios e teorias.

Nesse sentido, Paraguassú Lopes ensina que:

> A propaganda, de *propagare*, multiplicar, difundir, disseminar, foi usada como título, em latim eclesiástico, da *Congregatio de propaganda fide*, Congregação para Propagação da Fé, instituída em 1622 pelo papa Clemente VIII, com base na bula papal *Incrustabili divinae*. Era a forma de se opor e combater a reforma protestante.

---

[337] "A partir de seu sentido semântico original, o verbo latino *publicare* que significa "*ação de tornar público*" passa a ter uma significação moderna após a segunda metade do século XIX, quando inicia a relação entre desenvolvimento da publicidade, com a industrialização e o crescimento dos mercados de grande consumo. Como uma forma perfeita de comunicação persuasiva, se consagrou como o instrumento indispensável do auge do comércio e dos primeiros encontros competitivos da economia como formadora de mercados. Ela veio para promover e estimular o intercâmbio de bens e serviços, e apropriou-se de algumas técnicas de outra forma de comunicação persuasiva bastante mais antiga: a propaganda, uma técnica até então usada para intercambiar elogios que glorificassem o homem. GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: Comunicação Persuasiva, p. 78.

[338] "Propaganda, do latim *Propagare*, que significa reproduzir, difundir. Por sua vez, *propagare,* vem do latim arcaico *pangere*, termo usado em atividade agrícolas que significava reproduzir pela técnica de mergulhar na água um galho de planta e, pela criação de uma raiz deste, após separá-lo da matriz, tinha-se uma nova planta.

Historicamente, o uso da técnica da propaganda é bem mais antigo do que a da publicidade, no sentido comercial que ela adquiriu após a Revolução Industrial.

Propaganda é a técnica de comunicação que visa promover a adesão do indivíduo a um dado sistema ideológico, de caráter político, religioso, social ou econômico.

Na realidade, a propaganda pode aplicar-se aos mesmos setores da publicidade (e vice-versa) sem, no entanto, confundir-se com esta". GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva, p. 68.

> Naquele momento histórico eram emitidas bulas papais. Então, desde os primórdios, a propaganda esteve sempre ligada à atividade política, de forma visceral[339].

Para Fernando Gherardini Santos, "propaganda refere-se a toda espécie de comunicação pública, ora não relacionada à incitação ao consumo de algo, ora ausente do objetivo econômico de lucro"[340]. Já Valéria Falcão Chaise anota que "a propaganda visa a influenciar ou modificar a opinião alheia a respeito de terminada ideologia"[341].

Bem destaca Suzana Federighi que "existe uma diferença conceitual que separa a publicidade e a propaganda não pelo que elas se prestam, mas sim às idéias a que servem"[342] A autora ressalta que para a definição de ambos os conceitos há de existir o caráter de massa.

A finalidade, como se pode extrair, é o fator que faz a diferenciação entre a publicidade e a propaganda (a publicidade tem fins comerciais, de obtenção de lucros, fator inexistente na propaganda), uma vez que podem utilizar-se dos mesmos métodos, técnicas, recursos, inclusive as duas podem utilizar-se da forma subliminar.

Interessante observar que das dez maiores agências brasileiras do setor, quatro possuem a palavra "propaganda" na sua razão social, como bem demonstra o nome da respectiva associação de classe "Associação Brasileira de Propaganda".

Todavia, a diversidade de conteúdo léxico não se restringe a essa diferenciação. Para uma parte dos autores da área publicitária, os vocábulos possuem outro sentido.

Luis Cláudio Zenone e Ana Maria Ramos Buairide entendem que a propaganda é caracterizada pelo fato de o anúncio ser pago por patrocinador identificado e a publicidade, ao revés, é a divulgação não paga de produtos

---

339 LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

340 SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 200-201.

341 CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**, p. 10.

342 FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 67.

ou da própria empresa, na forma de notícia[343]. Regina Blessa também entende dessa forma[344]. Para Gino Giacomini Filho, propaganda e publicidade são termos sinônimos[345].

Por conta disso e apoiado no argumento de que ambos os termos são adequados para expressar o sentido desejado pelo anunciante de produto ou serviço, Rizzatto Nunes ensina que os vocábulos podem ser usados como sinônimos[346].

O entendimento aqui defendido, no entanto, é outro. Em rigor, não é pelo fato de a legislação conter imprecisões terminológicas e de parte dos autores não se entenderem quanto à respectiva conceituação que a doutrina seguirá o mesmo caminho. O fato é que as palavras devem ser precisas para aprisionar conceitos precisos, mais ainda quando se deseja consolidar o conhecimento de modo científico.

---

343 "Propaganda é qualquer anúncio ou comunicação de características, em geral, persuasivas, veiculadas nos meios de comunicação de massa em tempo ou espaço pago por um patrocinador identificado. Publicidade é a comunicação não paga de informações sobre a empresa ou o produto, em geral, em alguma forma de notícia; por isso, normalmente é um trabalho executado pela assessoria de imprensa." ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising**: conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 2. Nos Estados Unidos da América, Terence Shimp possui esse entendimento. Segundo ele, a propaganda é forma de comunicação de massa por meio de jornais, revistas, rádio, televisão e outros veículos, como a Internet ou comunicação direta, que é dirigida a cada cliente *business-to-business* ou consumidor final, pagas por um patrocinador identificado (o anunciante), mas são consideradas como não-pessoal porque a empresa patrocinadora está se comunicando simultaneamente com receptores múltiplos. Já a publicidade é descrita por ele como forma de comunicações não-pessoais para o público de massa; mas, ao contrário da propaganda, a companhia patrocinadora não paga pelo tempo ou pelo espaço da propaganda. Assume a forma de novos itens ou comentários editoriais sobre os produtos ou serviços de uma empresa, que recebem espaço gratuito de publicação ou divulgação porque os representantes dos veículos consideram a informação pertinente e interessante para seu púbico. SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção:** aspectos complementares da comunicação integrada de marketing, p. 32.

344 Regina Blessa faz da seguinte forma o contraponto entre propaganda e publicidade: "A propaganda pode ser definida como a manipulação planejada da comunicação, que visa, pela persuasão, promover comportamentos em benefício do anunciante que a utiliza". "É a divulgação de um produto ou serviço com o objetivo de informar e despertar interesse de compra nos consumidores". Já a publicidade é a atividade que visa a promoção de "uma empresa, marca ou seus produtos, pela inserção de notícias gratuitas na mídia [...] trata-se de matérias de divulgação feitas por "ações" de relações públicas ou assessoria de imprensa. Alguns fatos geram publicidade espontânea na mídia. Criar tais fatos para virar notícia também é o trabalho para publicitários". BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 5.

345 "Entende-se por publicidade ou propaganda a forma de comunicação identificada e persuasiva empreendida, de forma paga, através dos meios de comunicação de massa" GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 16.

346 NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**, p. 421-422.

A função do "conceito" é instrumental. O conceito permite resumir um certo número de experiências naquilo que elas têm em comum. Chega-se a esse "resumo" mediante um processo classificatório que, partindo da observação de um conjunto de "objetos", deles se abstraem *algumas* características comuns, entre *todas* as existentes nos elementos do conjunto, levando-se em conta a relevância e os fins pelos quais se opera a seleção. Cria-se, desse modo, um modelo mental que serve ou que pode servir como critério para o reconhecimento de experiências futuras.

Os conceitos jurídicos têm uma função meramente operacional: não fornecem definições "reais", mas somente modelos, cuja função é organizar um setor da experiência – a experiência jurídica, mais precisamente – com a finalidade de obter o máximo de economia mental".

Segundo Giuseppe Lumia, "conceitos" são esquemas mentais cujo sentido está total e unicamente no seu valor de uso[347]. Daí a importância da diferenciação dos termos "propaganda" e "publicidade" como essencial para se obter a noção exata de toda a carga que carrega o vocábulo "publicidade".

Assim, preferindo utilizar conceitos distintos, adota-se o vocábulo "publicidade" para expressar a atividade empresarial, com o objetivo de lucro, destinada a estimular o consumo de bens e serviços e o vocábulo "propaganda" no caso de questões de ordem publica ou interesse geral, caracterizada pela divulgação não econômica, mas ideológica, política, religiosa ou filosófica.

O Código de Defesa do Consumidor, não obstante o deslize quanto ao uso do termo "contrapropaganda", orientou-se pela utilização do vocábulo "publicidade" para designar a mensagem veiculada com o objetivo de apresentação dos produtos e serviços.

A propósito, a Lei n. 4.737/1965 (Código Eleitoral) utiliza o termo propaganda, portanto, de forma adequada. A Lei n. 8.078/1990 trata tão-somente de publicidade e não de propaganda.

---

[347] LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18-19.

3.3.3 Categorias de publicidade e institutos afins

Entre tantas classificações existentes, pode-se destacar aquela exposta por Fernando Gherardini Santos[348], com algumas modificações e acréscimos.

3.3.3.1 Quanto ao objeto

Quanto ao objeto a publicidade pode ser promocional ou institucional.

Publicidade promocional pode ser de produto ou de serviço e tem objetivos imediatos. O foco é um determinado produto ou serviço e pode ser destinada à: a) demanda primária, que é a publicidade de um produto não ligada a nenhuma marca ou empresa específica (*v.g.* uma mensagem que ressalta os benefícios do consumo de maçãs); b) demanda seletiva: certo produto ou serviço é anunciado de forma vinculada a uma empresa ou marca.

Publicidade institucional é a centrada na empresa ou marca do fornecedor[349] e não no produto ou serviço.

Na publicidade institucional (corporativa ou de imagem) não existe o objetivo direto e imediato de venda do produto ou serviço. Nesse tipo de publicidade promove-se a própria empresa ou marca (nome ou realizações), visando à boa imagem.

Existem também as publicidades mistas, ou seja, têm ao mesmo tempo caráter institucional e promocional.

---

[348] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 31 e ss.

[349] Regina Blessa entende que a propaganda institucional: "É a divulgação da empresa, instituição ou conceito, visando à fixação ou à mudança de sua imagem pública. Este tipo de propaganda não visa à venda, e sim à predisposição favorável do público em relação ao produto, serviço, marca ou instituição que a patrocina. Usa mensagens pagas e assinadas pelo patrocinador, não apresenta produtos e visa melhorar a imagem institucional da empresa com assuntos ou eventos diversos aos seus interessados comerciais". BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 5.

3.3.3.2 Quanto à mensagem

A mensagem da publicidade pode ser comparativa, não-comparativa ou pioneira.

Publicidade comparativa caracteriza a mensagem que divulga um produto ou serviço, ressaltando suas características em relação a outros similares de outras empresas ou marcas[350].

Cláudia Lima Marques define publicidade parasitária como aquela que tira proveito da reputação do outro produto. Publicidade *dénigrante* é a que se refere ao produto concorrente de maneira a denegri-lo. São formas vedadas de publicidade comparativa. As demais formas são permitidas. Não pode haver informação falsa ou difamar os concorrentes[351].

A publicidade comparativa parte do fornecedor (produtor, distribuidor ou prestador) e procura atrair o cliente. Até 1992 era proibida a publicidade comparativa em França. A jurisprudência entendia que se tratava de concorrência desleal. Essa modalidade de publicidade comparativa, desde que verdadeira, apresenta duas vantagens: estimula e concorrência e traz informações que não são veiculadas na publicidade tradicional. No Direito francês, a lei de 18 de janeiro de 1992 (art. 10) tornou lícita a publicidade comparativa. Existe previsão de publicidade comparativa no Código do Consumidor francês (L. 121-8 a L.121-14).[352]

Publicidade não-comparativa alude à mensagem que divulga o produto ou serviço não faz comparação com outros bens similares nem com outras empresas.

Publicidade pioneira ou informativa é aquela que visa ao desenvolvimento inicial da demanda para um produto ou uma categoria de produto.

---

[350] O art. 32 do CARP trata da publicidade comparativa.

[351] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 657.

[352] AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation**, p. 153-154.

3.3.3.3 Quanto à destinação

A publicidade pode ter diferentes destinos, isto é, pode ser dirigida a um outro forneceder ou, como é mais comum, ao consumidor.

Publicidade dirigida a outro fornecedor é aquela que visa apresentar ora produtos industriais, ora produtos destinados à revenda, independente, independente se a comercialização é por atacado ou a varejo.

Publicidade dirigida ao consumidor é propriamente a publicidade de produtos e serviços destinada ao consumidor.

3.3.3.4 Quanto ao patrocinador

A publicidade quanto ao patrocinador pode ser cooperada ou singular. É cooperada quando um grupo de fornecedores une-se com o intuito de promover produtos similares, mas de empresas ou marcas diferentes. Também é conhecida como *pool*.

Por publicidade singular entende-se aquele em que o produto é associado ou ligado a uma só empresa ou marca.

3.3.3.5 Quanto à origem

A publicidade pode partir do próprio fornecedor ou então será compulsória, quando realizada com intenção corretiva. A publicidade compulsória tem como exemplo o *recall*.

3.3.3.6 Quanto à legalidade

A publicidade pode ser lícita ou ilícita. O caráter ilícito da publicidade pode ser patológico, abusivo, enganoso, dissimulado, oculto, clandestino ou do tipo *tie in*.

Newton De Lucca já afirmou que a publicidade enganosa ou abusiva é uma das principais inimigas da defesa do consumidor, juntamente com as cláusulas contratuais abusivas e os preços abusivos[353].

Para Antonio Herman Benjamin, "o caráter patológico das práticas comerciais manifesta-se como um vício na forma como se processa essa "aproximação" entre os diversos sujeitos do mercado e os bens de consumo"[354].

Contudo, entende-se que o lado patológico vai muito além da forma de aproximação. È como analisa Gino Giocomini Filho:

> A publicidade tem se servido de práticas anti-sociais, como anunciar produtos sofisticados em localidades onde residem milhares de pessoas com pequeno poder aquisitivo; ou então como no caso de anúncios, insistentemente repetidos, sobre algo que o consumidor não tem o mínimo de interesse em comprar[355].

O autor, mais adiante, acrescenta:

> [...] uma crítica que se tem feito aos meios de comunicação de massa diz respeito à liberdade de atingirem a todos, indistintamente, com programas e mensagens publicitárias das mais variadas ordens; são produtos sofisticados que chegam às favelas, são guloseimas apresentadas na própria programação da emissora que aguça a vontade de crianças carentes, enfim, uma gama de programações que não se importam com a condição social de quem as recebe[356].

Essa liberdade facultada aos meios de comunicação pode gerar ansiedade, frustração, descontentamento, insatisfação, tristeza de modo totalmente desnecessário e evitável, pois faz acreditar que se pode "ser" ou "ter" algo que nunca se realizaria, ato reprovável do ponto de vista ético e jurídico.

---

[353] DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor – Aspectos práticos – Perguntas e respostas**. 2ª edição, revista e ampliada. Bauru: Edipro, 2000, p. 51.

[354] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 224.

[355] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 81.

[356] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 50.

Assim, "usar a publicidade para despertar interesse e desejo e não permitir a sua realização é um dano que a empresa deveria prever antes de viabilizar o anúncio"[357].

De outra banda:

> Uma das formas da ação injusta da publicidade está na possibilidade de transferir valores de um pequeno grupo para a sociedade como um todo, isso porque faz com que consumidores, impossibilitados de alcançar a realidade mostrada, passem a comprar não porque precisam, mas para atingir o referencial preconizado pelo anúncio. Esta ação gera ansiedades, é frustrante para os que não podem realizá-la e conflitiva para os que conseguiram realizá-la, mas que tenham tido de adotar um valor artificial diante dos que estão estabelecidos no seu grupo social[358].

Outra preocupação, quadra destacar, é que em função de todas essas características da sociedade, as pessoas muitas vezes dão prevalência aos desejos quando necessidades fundamentais ainda não estão satisfeitas, invertendo, assim, a hierarquia das necessidades de Maslow. Não é incomum ver-se a pessoa deixar a alimentação saudável de lado para adquirir produtos supérfluos, endividar-se sem ter condições para adimplir o compromisso assumido, comprar roupas de grife em detrimento dos estudos. Como mencionado alhures, a publicidade explora o fato de a sociedade capitalista valorizar de forma acentuada o consumo ostentatório como demarcador de sucesso, seja em qualidade (status conferido por produtos e marcas, principalmente), seja em quantidade (acumulação)[359].

Nesse sentido, Suzana Maria Federighi acentua:

> O pragmatismo de 'vender qualquer coisa' é o raciocínio das sociedades que insuflam o consumo de massa [...] consumir e possuir representam conjugadamente o *status* da satisfação econômica. Quem possui, de certa forma exprime o sucesso profissional ou financeiro, ou a origem bem nascida; este possuir se reflete no consumo de *grifes* do momento, produtos e *gadgets* em geral[360].

---

[357] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 91-92.

[358] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 110.

[359] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 157.

[360] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 48.

Mais à frente a autora afirma que “consumir é a condição *sine qua non* de quem possui a condição socioeconômica ideal”[361].

É de Marisa Teixeira de Almeida a seguinte lição:

> Associando imagens ao fascínio pelo sucesso, a marcas e produtos sofisticados, a publicidade e a cultura de massa incentivam o homem comum a promover gastos extraordinários, a identificar-se com uma minoria privilegiada e juntar-se a ela em suas fantasias, em uma vida de conforto e refinamento [...] A regulação da sociedade pela noção de consumo como condição de acesso à plenitude da vida, resulta em consumidores fanatizados pela indústria cultural e, aqueles que não têm recursos, muitas vezes, utilizam-se do crime como um meio para serem incluídos socialmente [362].

Segundo Ana Bock, presidente do Conselho Federal de Psicologia, a programação voltada para a venda fortalece valores que promovem relações sociais guiadas pela idéia de consumo. "Estamos ajudando a constituir sujeitos que tudo compram, tudo consomem, tudo descartam", afirma[363].

No mesmo norte comenta Mário Ernesto René Schweriner:

> Uma das mais sérias críticas à propaganda e à voluptuosa sociedade de consumo por ela parida é de que a muleta temporária do consumo venha a se constituir em uma peça permanente, uma espécie de prótese, um membro artificial.
> A enxurrada de estímulos da propaganda desperta incontáveis equações motivacionais, todas desaguando nos comportamentos de aquisição de bens e serviços. Consumos diversos, porém metas similares acionadas pela propaganda: viajar, badalar, sofisticar, jantar fora, possuir, acumular, aparecer. A propaganda não que tratar da causa; para ela, só o motivo importa, incentivando a gratificação imediata dos ‘ligue já’ e ‘compre agora’[364].

Em suma, diversos e danosos são os efeitos do consumismo para o indivíduo: aumento da indimplência, superendividamento, síndromes da tolerância e abstinência, apego ao prazer imediato, menor tolerância à frustração, exibição ostensiva, hábito das compras e acumulação compensatórias para frustrações e neuroses, priorização dos desejos de

---

[361] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 49.

[362] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 14-15.

[363] INSTITUO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. <http://www.idec.org.br/busca.asp>. Acesso em: 26 mar. 2008.

[364] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 52.

prazer e status em detrimento das necessidades, gastando como supérfluo em vez de com o essencial, criação de animais em condições subanimais, degradação ambiental, esgotamento dos recursos naturais, comprometimento da própria existência do homem na terra[365].

3.3.4 Componente teórico

A expressão componente teórico alude ao conteúdo da publicidade, que pode ser visual ou verbal.

A comunicação visual é formada por elementos icônicos. Nesta comunicação são utilizadas imagens ou textos visualizados, com destaque para os aspectos psicológicos do processo de comunicação: a percepção, o reconhecimento e interpretação da mensagem intencional[366].

O conteúdo da comunicação verbal, por sua vez, é composto de elementos textuais.

3.3.4.1 Por modalidade de apelo[367]

Conforme o apelo usado, a campanha publicitária poderá ser classificada em racional, emocional e subliminar.

Racional aquela que recorre a argumentações lógicas, sobre características intrínsecas do produto. Estes argumentos podem levar o receptor a deduzir o conteúdo da mensagem, induzi-lo a inferir que do concreto chegue a uma realidade genérica, ou a usar analogia ou retórica para a sua compreensão.

Emocional a que leva uma carga psicológica no conteúdo da mensagem. Geralmente atua nos resultados de uso do produto e nas satisfações que o consumidor obterá dele.

---

[365] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 195-196.

[366] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: Comunicação Persuasiva, p. 40.

[367] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: Comunicação Persuasiva, p. 117.

Subliminar aquela emitida com intensidade inferior ao que a captação pelo consciente necessita. O receptor não tem consciência de estar recebendo este tipo de estímulo. Com freqüência é confundida com outro tipo de publicidade: aquela que atua também no nível de consciência, mas que aparece de forma quase imperceptível à primeira vista.

3.4 A INFLUÊNCIA DA PUBLICIDADE

A respeito desse tema, Ana Cláudia Govatto comenta:

> Reduzir o objetivo da propaganda [*rectius* publicidade] ao simples papel de motivar consumidores a adquirir produtos e serviços seria, no mínimo, negar que sua função também é criar preferências e agregar valores às marcas disponíveis no mercado. Mais do que isso, valer-se do aspecto reducionista de venda daria à propaganda menor importância do que ela realmente tem nos dias atuais[368].

Para Christiane Gade:

> Existe grande controvérsia sobre até que ponto a propaganda e outros tipos de promoção conseguem persuadir o consumidor a usar produto de que não tem necessidade ou que não deseja. Os defensores do livre-arbítrio argumentam que não se pode ensinar os indivíduos a gostar de coisas e comprá-las, se não as desejam. Os estudiosos da aprendizagem, por outro lado, nos mostram que o consumidor pode ser ensinado a querer um produto de que não gostava e nem necessitava, para o qual não havia nenhum *drive* [necessidades]. Hoje, a propaganda e a comunicação de massa são veículos que, sem dúvida, ensinam o indivíduo a ter necessidades secundárias [necessidades aprendidas, como comer cereais] jamais sonhadas antes[369].

E Neusa Demartini Gomes faz a seguinte análise:

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

---

[368] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 73.

[369] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 64-65.

> sem interatividade do direito à resposta, as quais consistirão na adoção de uma atitude ou na realização de uma ação[370].

Com já mencionado, a publicidade tem sido um poderoso e eficaz meio de influenciar e estimular o consumidor na aquisição de produtos e serviços.

Conforme acurada observação de Newton de Lucca, o consumidor pode ser reduzido "a mero espectador do fantástico mundo da ilusão, no qual o poder de deliberar de acordo com a própria e mera vontade vai sendo inteiramente conspurcado"[371].

O observador político americano Lassweel, referindo-se à propaganda, faz a seguinte análise:

> É a expressão de opiniões ou de acções efectuadas deliberadamente por indivíduos ou grupos, com vista a influenciar a opinião ou a acção de outros indivíduos ou grupos, com referência a fins pré-determinados e por meio de manipulações psicológicas[372].

Cláudia Lima Marques diz que "hoje ninguém duvida da forte influência que a publicidade exerce sobre a população e sobre sua conduta na sociedade de consumo"[373].

A sua ação, direta ou subliminar, já foi acentuada por Carlos Alberto Bittar[374], o qual é enfático ao afirmar que as pessoas são atraídas pela esteticidade de formas com que se apresentam os produtos. "Todo enunciado tende a intervir persuasivamente no destinatário, com o propósito de modificar suas crenças, suas atitudes e até sua identidade. Os enunciados que compõem a mensagem publicitária potencializam essa tendência"[375].

---

[370] GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: Comunicação Persuasiva, p. 41-42.

[371] DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: aspectos práticos: perguntas e respostas, p. 54

[372] *Apud* RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 23.

[373] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais, p. 654.

[374] BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. Atualização de Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 49.

[375] CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 94.

Ignácio Ramonet chega a mencionar o lado antiético das técnicas de marketing empregadas que visam a deixar os espectadores entorpecidos e ávidos para consumir.

> Todas estas 'técnicas que visam enganar a opinião' conhecem hoje, em razão da revolução digital, um surto formidável. Tanto mais assustador quanto os novos reis da manipulação, tornados mestres de códigos e de símbolos, se apresentam a partir de agora diante de nós com a sedutora aparência dos encantadores de sempre. Propõem-nos lazeres à discrição, distrações contínuas, guloseimas para os olhos. Tudo, em suma, para nos deixar beatificados, eufóricos e felizes[376].

O citado autor aduz que "a atual forma de dominação se dá de forma silenciosa, com o envolvimento e controle do nosso espírito mediante a sedução"[377].

João Batista de Almeida também alerta para o poder da publicidade, segundo o qual, "deixou de ter um papel meramente informativo para influir na vida do cidadão de maneira tão profunda a ponto de mudar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamento"[378]. Defende o renomado autor, o poder que a publicidade tem de influenciar a conduta do consumidor, com interferência de seu *animus* na aquisição dos produtos e serviços. De forma enfática, cita fenômeno que se está cada vez mais presente na atual sociedade de massa, qual seja, o verdadeiro bombardeio promovido pela publicidade[379], presente em todas as horas do dia e, quiçá, no próprio sono. Não se pode olvidar a influência da publicidade subliminar e seus estímulos desconhecidos a retir o poder de discernimento ou espírito crítico do consumidor[380].

---

376 RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 33.

377 "Não devemos recear, no presente, que a submissão e o controle dos nossos espíritos não sejam conquistados pela força, mas sim pela sedução, não sob ordem, mas pelo nosso próprio anseio. Não pela ameaça de punição mas pela nossa própria sede de prazer [...]." RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 34.

378 ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.

379 ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**, p. 113-114.

380 "Aquilo em que trabalhamos", afirma Ernst Dichter, um dos mais importantes teóricos da publicidade, "é para fabricar espíritos". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 47.

Nely de Carvalho afirma que a publicidade pode ser considerada "a mola mestra das mudanças verificadas nas diversas esferas do comportamento e da mentalidade dos usuários/receptores. Há quem discorde dessa tese, como o publicitário David Olgivy"[381].

Entretanto, como bem lembra Rizzatto Nunes:

> A própria norma auto-regulamentadora reconhece a influência que o anúncio publicitário exerce sobre a coletividade. É importante que assim seja exatamente para anular o depoimento de alguns publicitários que pretendem desresponsabilizar-se do que fazem, dizendo que a publicidade apenas reflete aquilo que a sociedade pensa e/ou faz.
> A norma até realça o aspecto da influência, porque diz textualmente: "de vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas de população (art. 7º)'[382].

O próprio preâmbulo do CBAP admite a influência da publicidade:

> Considerando, finalmente, que as repercussões sociais da atividade publicitária reclamam a espontânea adoção de normas éticas mais específicas, as entidades abaixo assinadas, representativas do mercado brasileiro de publicidade, instituem pelo presente instrumento, este Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

O ser humano é um animal cultural e vive em uma indústria cultural. O que mais diferencia o *Homo sapiens* das outras espécies é a cultura, que pode ser resumida como aprendizagem, comportamento aprendido em face da determinação genética[383].

Conforme ensina Carlos París, "o aparecimento da cultura inova profundamente as relações entre o ser vivo e o meio, assim como a concepção e a realidade deste último"[384].

Não há dúvida que os meios de comunicação são os mais poderosos na difusão da cultura. A publicidade é transmitida pelas mais diferentes mídias. Como meio de profusão cultural tem o condão de transformar realidades.

---

[381] CARVALHO, Nely de. **Publicidade.** A linguagem da sedução, p. 10.

[382] NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**, p. 442.

[383] PARÍS, Carlos. **O animal cultural**: biologia e cultura na realidade humana**.** Traduzido por: Marly de Almeida Gomes Vianna. São Carlos: EdUFSCar, 2002, p. 46-47.

[384] PARÍS, Carlos. **O animal cultural**: biologia e cultura na realidade humana, p. 64.

Carlos Alberto Bittar não ficou indiferente ao tema e alertou para o poder da publicidade na atual sociedade, principalmente por conta da expansão da televisão, que tem o poder de impor gostos, hábitos e costumes a todos, de forma indistinta[385].

Carl Gustav Jung destacou que a publicidade e a propaganda influenciam a consciência do homem contemporâneo, levando-o "a viver de uma maneira nada condizente com a nossa natureza individual. E o desequilíbrio psíquico que podem provocar deve ser compensado pelo inconsciente"[386].

Por outro lado, há evidências de que a propaganda [*rectius* publicidade] vai muito além dos impactos físicos que provoca – portanto tangíveis -, como proporcionar o giro rápido dos estoques de revendedores, criar modismos ou referências e hábitos de vida. Seus aspectos mais intensos, e por isso mesmo tão estudados e contestados – estão no campo do intangível, no nível da psique humana, e muitas vezes só são comprovados pelas atitudes das pessoas. Alguns críticos sociais, como Ana Cláudia Marques Govatto, apontam a propaganda [*rectius* publicidade] como um incentivo exacerbado ao consumismo[387], haja vista o seu "poder de seduzir os sentidos e provocar reação no receptor [...]". Assim, "por mais que se queira, parece impossível ficar imune às mensagens e aos seus estímulos, mesmo que nos coloquemos distantes de qualquer meio de comunicação"[388].

A publicidade amiúde utiliza fatores emotivos para quebrar a resistência do espectador e atingir o seu inconsciente.

Para Ignácio Ramonet:

---

385 BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**: Código de Defesa do Consumidor, p. 50.

386 JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 51.

387 GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 73-74.

388 GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 76. No mesmo sentido Alberto do Amaral Júnior: "A publicidade transforma-se em técnica para a formação do consenso. Os estereótipos e as representações dramáticas utilizadas pelas mensagens publicitárias são artifícios para seduzir os consumidores, concorrendo para a formação coletiva da vontade". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O princípio da vinculação da mensagem publicitária,** p. 42.

> A depender das circunstâncias nas quais o telespectador assiste a publicidade, pode perder a personalidade consciente, com abrandamento de suas resistências e redução de sua vontade e discernimento, tornando-se mais receptivo às sugestões, principalmente quando remetem diretamente para tudo o que pertence ao registro do afeto[389].

Há quem pergunte, principalmente direta ou indiretamente envolvidos com a criação publicitária, qual o motivo de tanto se questionar e discutir a publicidade. Existem muitos movimentos, inclusive propaganda, no sentido de se dar liberdade total à criação publicitária. Chegou-se a veicular uma propaganda defendendo a total liberdade da publicidade, ela mesma cometendo abusos ao ridicularizar aqueles que entendem ser devido o respectivo controle.

O fato é que ninguém está imune a erros e abusos, e a publicidade não é exceção. Fruto do cérebro humano, ela pode ser lesiva aos interesses e direitos dos consumidores, já que não há garantia de que não será, culposa, dolosa, sem intenção, ou ilícita.

Quanto à desconfiança em relação à criação publicitária:

> A desconfiança a respeito da indústria cultural e da sua propaganda silenciosa repousa fundamentalmente em três receios:
> 1) que ela reduza os seres humanos ao estado de *massas* e entrave a estruturação de indivíduos emancipados, capazes de discernir e de decidir livremente;
> 2) que ela substitua, no espírito dos cidadãos, a legítima aspiração à autonomia e à tomada de consciência por um conformismo e uma passividade perigosamente regressivas;
> 3) que ela propague, por fim, a idéia de que os homens desejam ser fascinados, desviados e enganados na esperança confusa de que uma espécie de satisfação hipnótica os fará esquecer, por um instante, o mundo absurdo, cruel e trágico onde vivem[390].

Segundo Ignácio Ramonet, desafia que a televisão e uma de suas funções (que é distrair – as outras duas: informar e educar) podem provocar uma ausência coletiva de cérebro, ao domesticar as almas, condicionar as massas e manipular os espíritos[391].

Pouco a pouco, o modelo americano foi sendo enraizado nas culturas dos países ditos capitalistas, criando-se uma identidade

---

[389] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 59.

[390] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 11.

supranacional. Basta percorrer o comércio para verificar o quão raro é a existência de nomes de marcas e estabelecimentos no vernáculo[392].

A situação de dominação e subjugação da alma dos colonizados pelo modelo americano criou um padrão de cultura e consumo que está bem arraigado, tanto que fica difícil tecer críticas ao sistema vigente[393]. Mais, "neoliberalismo procura esvaziar a capacidade humana de imaginar uma outra forma de vida social: a sociedade capitalista é a única realidade possível, e a única realidade possível é o capitalismo" [394].

Essa situação de dominação silenciosa teve início nos anos 50, nos Estados Unidos, onde foi focada, pela primeira vez numa "sociedade democrática livre", a orquestração de todos os modernos meios técnicos de intimidação mental: televisão, rádio, imprensa, cinema, publicidade, anúncios. Nenhum aspecto da vida intelectual, emotiva ou sentimental foi deixado em repouso: o homem era cercado por todos os lados[395].

O cinema foi um dos grandes responsáveis pela difusão de um estilo de vida, de guia de comportamento, sendo veículo condutor recheado de temas publicitários. Interessante notar que "Os filmes publicitários são praticamente contemporâneos do nascimento do cinema com os irmãos Lumiére (1904) e Georges Méliès (1898)"[396].

É Marshall McLuhan quem observa que com a chegada do cinema,

---

[391] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 20.

[392] Ramonet descreve bem esse atual quadro de dominação silenciosa: "Os colonizadores e os seus opressores sabem que a relação de domínio não se funda apenas na supremacia da força. Passado o tempo da conquista, soa a hora do controle dos espíritos. E tanto melhor se domina quanto o dominado permaneça inconsciente desse domínio. Daí a importância da persuasão clandestina e da propaganda secreta. Uma vez que, a longo prazo, para todo o império que deseje durar, a grande aposta consiste em domesticar as almas, em torná-las dóceis, e depois subjugá-las". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 22.

[393] Mais uma vez Ramonet nos socorre com sua apurada observação: "A americanização dos nossos espíritos está de tal maneira que denunciá-la, para alguns, parece cada vez mais inaceitável. Para a ela renunciar, seria necessário estar pronto para se amputar de um grande número de práticas culturais (de vestuário, desportivas, lúdicas, de distracção, de linguagem, de alimentação), às quais nos entregamos desde a infância e que nos habitam permanentemente". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 14-15.

[394] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar?, p. 13.

[395] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 23.

[396] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 40.

> A totalidade do modo de vida americano tornou-se uma publicidade interminável. Tudo aquilo que os actores e as actrizes usavam, comiam ou utilizavam tornava-se um reclame como nunca se teria esperado inventar[397].

Os filmes, segundo Jean-Paul Simon, vendem o modo de vida e a publicidade trata de completar o ciclo com a oferta dos produtos nele inseridos[398]. Os *spots* publicitários, que apareceram pela primeira vez na televisão em 1947, nos Estados Unidos[399], utilizam a publicidade de identificação para criar "uma ilusão da possibilidade de sermos identificados no estrato social, [por exemplo] pelo cigarro que fumamos. Aquilo que se consome pode ser a senha deste reconhecimento social"[400]. Esse tipo de publicidade não oferece um benefício, "[...] mas se vale de uma associação. Cria uma imagem do produto, serviço ou companhia com a qual gostaria de se associar"[401].

Ignácio Ramonet, a respeito, acrescenta:

> Os reclames filmados apresentam ao nosso olhar quotidiano um mundo em férias permanentes, descontraído, sorridente e despreocupado, povoado de personagens eleitas, orgulhosas de sua astúcia e possuindo, por fim, o produto miraculoso que as deixará belas, impecáveis, felizes, livres, sãs, desejadas, modernas [...] Eles apresentam modelos agradáveis que nos dão vontade de nos identificar com eles. Nestes modelos, é um pouco de *nós* o que contemplamos [grifo no original][402].

Pertinente é observar que:

> A população brasileira entrou na civilização da televisão antes de saber ler uma bula de remédio ou a composição de um produto, convertendo-se em agente passivo em termos de consumo; este fato não pode ser ignorado por quem formula e aplica as leis[403].

Por essa razão:

---

[397] *Apud* RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 15.

[398] *Apud* RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 63.

[399] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 46.

[400] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 114.

[401] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 114.

[402] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 71.

[403] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 43.

> Os meios eletrônicos, principalmente rádio e televisão, são os que mais influenciam o brasileiro, não só por não exigirem alfabetização ou hábito de leitura, como também por não implicarem a compra sistemática da informação (como jornais e revistas)[404].

A "onipresença da publicidade comercial na sociedade de consumo cria um ambiente cultural próprio, um novo sistema de valores"[405], sendo que "boa parte dos produtos da indústria cultural é publicidade disfarçada". Dessa forma: "A indústria cultural existe para incentivar o consumo, quer seja o consumo de seus próprios produtos, quer seja o consumo dos demais produtos que ela divulga"[406].

Por fim, traz-se o pensamento de Fairclough que considera:

> A publicidade como um elemento colonizador baseado no fator econômico e na força das classes dominantes para submeter a família, como instituição, e a vida familiar em geral. Essa 'colonização' modificou a estrutura e a escala de valores da sociedade[407].

A publicidade não é forma pura de arte ou forma de expressão. Possui objetivo comercial, de lucro, de venda, além de manipular a vontade do consumidor para que gaste seu o dinheiro de determinada forma. A arte ou liberdade de expressão não pode sofrer restrições.

3.5 ASPECTO JURÍDICO

3.5.1 Regime jurídico anterior ao Código de Defesa do Consumidor

A defesa do consumidor só se consagrou no ordenamento jurídico com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor. No regime anterior, os dispositivos eram alheios à realidade, não havendo disciplina para danos em massa, contratos de adesão, os prazos eram irreais, os requisitos da responsabilidade quase impossíveis de serem observados etc.

---

404 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 50.

405 CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 11.

406 COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar?, p. 27.

407 CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 24.

No que tange à publicidade, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor não havia regulamentação específica e sistematizada no ordenamento jurídico, apenas previsões de controle esparsas em outras áreas, como a defesa econômica, a propriedade industrial, relações trabalhistas, a auto-regulamentação, o direito concorrencial e autoral[408] (Decreto n. 10.056/29, Lei n. 5.772, Lei n. 1.521/51, Lei n. 4.591/64, Lei n. 4.680/65 e seu Decreto Regulamentador nº 57.690/66, Lei n. 6.766/79, Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária). Em suma, não existia lei que tratasse especificamente da publicidade de produtos e serviços, objeto das relações de consumo[409]. Ainda não se vislumbrava a defesa do consumidor nos moldes atuais, apenas aspectos legais da concorrência desleal e da proteção da propriedade industrial, ou seja, havia preocupação tão-somente com o lado trabalhista ou corporativo da questão.

Diante de tal realidade, o material legislativo revelou-se inábil para propiciar a correta e eficaz defesa do consumidor exposto à atividade publicitária[410]. As leis anteriores ao Código de Defesa do Consumidor não consideravam a grande influência que a publicidade exercia na sociedade de massa[411], por meio dos poderosos meios de comunicação[412].

---

[408] Para Cláudia Lima Marques "historicamente, a publicidade era considerada *mera prática comercial*, juridicamente relevante somente quando utilizada como forma de concorrência desleal (art. 196, §1º, inc. VIII, do Código Penal). A publicidade era relevante, portanto, mais no direito administrativo, comercial e penal, do que no direito civil *stricto sensu".* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 624.

[409] Nesse sentido o entendimento de Fernando Gherardini Santos: "Antes do início da vigência do Código de Defesa do Consumidor [...] não havia uma regulamentação jurídica eficiente da atividade publicitária; em verdade, constatava-se uma imensa lacuna nesta matéria, cujas tentativas de preenchimento revelaram-se insuficientes diante do Direito vigente até então". SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 206.

[410] O sistema de direito privado tradicional sempre primou pela defesa individual do consumidor, não permitindo a adequada defesa do consumidor. Antonio Herman V. Benjamin afirma que: "No Direito Privado clássico, nenhum dos institutos jurídicos tradicionais permitia proteção efetiva do consumidor contra a publicidade". BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**, p. 39. No mesmo sentido, Rizzatto Nunes*:* "O regime privatista do Código Civil é inoperante em questões ligadas à sociedade de massa, como da mesma forma o é o sistema das ações judiciais individuais do Código de Processo Civil". NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 69.

[411] "A publicidade invade a nossa vida diariamente, principalmente nos momentos de lazer e, sem nos darmos conta, altera nossos valores, conceitos e hábitos". ALMEIDA, Marisa S.

Conforme o ensinamento de Carlos Alberto Bittar[413], campanhas enganosas na publicidade e na oferta de produtos, como por exemplo, anúncios de curas miraculosas, lesavam os interesses dos consumidores que estavam indefesos ante os apelos publicitários agressivos e as necessidades existentes ou criadas pela sociedade de consumo.

3.5.2 A defesa do consumidor e o diploma legal consumerista

Sempre se cogitou da proteção das categorias menos favorecidas (*actio redibitoria, quanti minoris*). O próprio Código de Hammurabi (Lei n. 233, 235) já continha regra expressa no que concerne a defeito do serviço (art. 229: "Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente, e a casa que ele construiu cai e fere o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto").

A preocupação de Aristóteles na *Constituição de Atenas* já revela que desrespeitar o consumidor não é prática recente[414].

Na Idade Média, com o desenvolvimento do comércio e a formação de corporações, foram instituídas as entidades de artesãos, com rígido

---

D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 15.

412 "Os consumidores acham-se inteiramente expostos às campanhas publicitárias veiculadas pelos órgãos de comunicação, que procuram criar necessidades e estimular a demanda". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O princípio da vinculação da mensagem publicitária**, p. 46.

413 BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**: Código de Defesa do Consumidor, p. 48.

414 "Dez superintendentes de feiras são determinados por sorteio, cinco para o Pireu e cinco para a cidade. Eles têm a obrigação, por lei, de supervisionar as mercadorias postas à venda e assegurar-se de que os alimentos são puros e não foram adulterados. Dez inspetores para pesos e medidas são escolhidos da mesma maneira, cinco para a cidade, cinco para o Pireu, para assegurar que medidas e pesos honestos sejam utilizados pelos vendedores. Havia dez comissários encarregados do suprimento de grãos, escolhidos por sorteio, dos quais cinco agiam na cidade e cinco no Pireu, mas agora há vinte para a cidade e quinze para o Pireu. Eles asseguram, em primeiro lugar, de que não haja práticas espertas na venda de grãos de má qualidade nas feiras e, em segundo lugar, que os moinhos vendam sua farinha de cevada ao preço correspondente à cevada em grão e, em terceiro lugar, que os padeiros vendam as fatias a preço correspondente ao trigo utilizado e que elas tenham o peso exato que os comissários determinaram, de acordo com a lei. Foram escolhidos, por sorteio, dez comissários de comércio para supervisionar o comércio e assegurar que dois terços do grão importado sejam levados para a cidade". ARISTÓTELES. **Coleção os Pensadores**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 298.

sistema de controle e de fiscalização. O Édito de Luis XI, de 1481, também trouxe regra dessa categoria.

As Ordenações Filipinas, no Livro V, Título LVIII, previam que:

> Toda pessoa que medir, ou pesar com medidas, ou pesos falsos, se a falsidade, que nisso se fizer, valer um marco de prata, morra por isso. E se for de valia de menor do dito marco, seja degradado para sempre para o Brasil.

A lei francesa de 1º de agosto de 1905 era destinada a zelar pela saúde e a punir as desonestidades.

Devido à simplicidade das relações, a proteção revelava-se a altura da defesa esperada. Entretanto, se existia uma proteção ao "consumidor", o bem jurídico tutelado era tão-só a necessidade individual, não havendo ainda que se falar em influência do poder econômico[415]. Assim, não existia correlação ontológica com a atual proteção aos consumidores.

Com essas breves anotações constata-se que a necessidade de um novo sistema de proteção ao consumidor começou a surgiu após a Revolução Industrial. Isso porque, a partir desse momento, a estrutura social e econômica mudou drasticamente, com reflexos no relacionamento consumidor/fornecedor[416], bem como a natureza dos danos[417]. Esse período

---

[415] Jean Baudrillard já alertava sobre o poderio das empresas e a forte influência que exerce sobre a sociedade: "é a empresa de produção que controla os comportamentos de mercado, dirigindo e configurando as atitudes sociais e as necessidades. Eis – pelo menos tendencialmente – a ditadura total da ordem de produção". BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 71.

[416] Marisa Teixeira de Almeida, citando Guido Alpa aduz que na "sociedade pré-industrial a produção era manufatureira ou artesanal. A comunicação entre o fornecedor e o comprador era feita pessoalmente, circunscrita à fase de aquisição, referindo-se a detalhes do produto. O fornecedor tinha uma reputação no mercado e suas informações eram uma garantia de qualidade dos bens ofertados. [...] A partir da revolução industrial (...) os bens passaram a ser produzidos não mais para atender às necessidades dos particulares, mas destinados a consumidores indeterminados." ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 12/13.

[417] A Revolução Industrial veio acompanhada pela aparição de novos danos, causados pelas condições defeituosas dos produtos, que, devido à produção em série, podem configurar verdadeiras catástrofes, conforme observação de Silvio Luís Ferreira Rocha. *Apud* HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva dirigida à criança.** São Paulo: Juruá, 2006, p. 81.

foi considerado o embrião da sociedade de consumo[418] e de massa[419], da produção em série, do capitalismo[420] e do neoliberalismo[421].

A propósito, Rizzatto Nunes caracteriza a sociedade de massa como aquela em que "a produção é planejada unilateralmente pelo fabricante no seu gabinete, isto é, o produtor pensa e decide fazer uma larga oferta de produtos e serviços para serem adquiridos pelo maior número possível de pessoas"[422], provocando a diminuição do custo final de cada unidade e a conseqüente submissão do consumidor[423].

---

[418] "A sociedade de consumo se caracteriza pelo rápido crescimento das despesas individuais e pela intensificação das despesas assumidas por terceiros (sobretudo pela administração) em benefício dos particulares, procurando algumas delas reduzir a desigualdade da distribuição dos recursos". BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 27. Como bem enfatizou Baudrillard, na sociedade de consumo produzem-se relações como se produzem objetos, assim, a relação torna-se objeto de consumo: "A sociedade de consumo surge ao mesmo tempo como sociedade de produção de bens e *de produção acelerada de relações*. O último aspecto é que a caracteriza. A produção de relações [...] tende no entanto a alinhar progressivamente pelo modo de produção dos bens materiais, quer dizer, pelo modo industrial generalizado. Torna-se, então, segundo a mesma lógica, o facto, se é que não o monopólio, de empresas especializadas (privadas ou nacionais), de que constitui a razão social e comercial". BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 182-183.

[419] Herbert Blumer identifica a massa: a) seus membros podem vir de qualquer profissão e de todas as camadas sociais; b) é um grupo composto de indivíduos anônimos; c) existe pouca interação ou troca de experiência entre os membros da massa; d) é frouxamente organizada e não é capaz de agir de comum acordo e com a unidade que caracteriza a multidão. SANT'ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria, técnica e prática. São Paulo: Thomson Learning Edições, 2006, p. 3.

[420] "A sociedade capitalista não se caracteriza apenas pela expropriação dos meios de produção dos bens necessários à subsistência dos trabalhadores, mas também pela expropriação dos meios de produção cultural. A industrialização da cultura significa uma ruptura com a dimensão artesanal da produção cultural: a produção cultural passa a depender [...] de técnicas de reprodução. A relação artista/público não é mais uma relação direta, ela é mediada pela tecnologia". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar? p. 15-16, 25.

[421] "O neoliberalismo nega a possibilidade de uma outra realidade social porque nega a alteridade de modo geral: só há lugar para a afirmação do princípio econômico da busca do lucro e para a identificação com as empresas. Na sociedade capitalista de consumo, as empresas assumem a função (maternal) de cuidar das necessidades de seus membros (consumidores). O neoliberalismo esvazia a noção política de cidadania: a responsabilidade do indivíduo pelos destinos da sociedade em que vive [...] Cada vez mais as empresas ampliam o seu 'cuidado maternal' com as necessidades dos membros da sociedade, dedicando-se a equipar escolas, a oferecer espetáculos artísticos...". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar, p. 15-16.

[422] NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 4.

[423] "A situação do consumidor é a de *submissão* ao poder dos fornecedores, uma vez que sua escolha de bens de consumo não poderá exceder aquilo que é oferecido no mercado". EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**, p. 105.

Essa lógica de mercado cria diversas formas de desequilíbrio[424] nas relações de consumo, além da concentração de grandes capitais em empresas industriais, bancárias, de seguros, de distribuição de produtos e meios de comunicação[425].

De fato, o surgimento dos grandes pólos econômicos, dirigidos por executivos e tecnocratas, interessados unicamente nos lucros empresariais, acabou por distanciar o fornecedor do consumidor, inclusive fisicamente, facilitando a adotação de práticas que desrespeitam o direito do consumidor[426].

Para Ghinther Spode, o convencimento para a aquisição de um produto, que antes se dava ao pé do balcão do estabelecimento fornecedor, foi substituído por mecanismos mais sofisticados, todos, invariavelmente, ligados à publicidade. Com as novas práticas, "as relações, que já eram impessoais, se transformaram agora em virtuais, isolando ainda mais os

---

424 "O incremento da vida contratual, a massificação dos contratos, que passaram a ser pré-elaborados unilateralmente pelas empresas e pelo Estado, a concentração de capitais e de força econômica, os monopólios e o crescimento dos serviços na nova sociedade de consumo, levaram a um desequilíbrio marcante nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores, exigindo uma ação protetora do Estado para com os parceiros contratuais mais fracos e vulneráveis". MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 589-590.

425 Citando Matuk, Suzana Federighi afirma que "a comunicação de massa, eletrônica, possui um delicado traço hierárquico, estabelecendo uma relação 'desigual e autoritária entre o emissor e o receptor'". FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 3. Ademais, "o controle dos meios de comunicação em massa por grandes grupos econômicos significa que estes grupos possuem o poder de determinar as características da produção cultural; só serão divulgados produtos avaliados como capazes de gerar lucro", sendo que "a apropriação pela indústria cultural dos meios de produção e dos meios de divulgação da cultura retira da maioria da população a condução de produtora cultural, transformando-a em consumidora; ao mesmo tempo em que faz com que os artistas mantenham uma relação de dependência frente aos proprietários dos meios de produção e de divulgação da cultura". COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar? p. 26.

426 "A filosofia de assistência ao consumidor tem seu campo de ação extremamente reduzido no marketing brasileiro. Parece-nos que os comerciantes brasileiros não estão interessados na sorte do consumidor. Mesmo após a consolidação do Código de Defesa do Consumidor, é raro encontrar uma consumidora que não se tenha aborrecido em alguma transação comercial [..] Algumas lojas ou serviços possuem o serviço de reclamação, contudo inoperantes, já que nunca tem autoridade para resolver os problemas. Só os resolve o gerente ou superior, que nem sempre está disponível [...] Não existe uma frase mais hipócrita do que 'sua ligação é muito importante para nós'. Se fosse, ninguém teria que ouvi-la mais de 20 vezes, aguardando ao telefone". BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 71-72.

fornecedores dos consumidores"[427]. Esse sistema pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a estandartização das relações jurídicas, que são necessárias para a transação desses bens.

A partir da Segunda Guerra Mundial, o projeto de produção capitalista cresceu muito rápido. Com o advento da tecnologia de ponta, dos sistemas de automação, da robótica, da telefonia por satélite, das transações eletrônicas e da computação, a velocidade tomou um grau jamais imaginado até meados do século XX. A partir de 1989, com a queda dos regimes não capitalistas, o modelo de globalização, que já se havia iniciado, praticamente completou o seu ciclo, atingindo quase todo o globo terrestre[428].

Na cultura de massa, vale lembrar, os consumidores não são os monarcas do mercado, mas sim seus escravos. Assim, ante a posição de inferioridade e sujeição do consumidor ao poder econômico do fornecedor e da insuficiência dos esquemas/mecanismos tradicionais do direito material e processual, passou-se a buscar o equilíbrio entre as partes envolvidas. Os códigos, até então, se estruturaram para garantir a paridade, a igualdade entre as partes, de cunho abstrato e em demandas individuais.

A teoria do *laissez-faire*, *laissez-passer* parece não ter dado conta do prometido *status quo* da ideologia capitalista, no sentido de que o mercado, por si só, diminuiria as injustiças sociais. Com o passar do tempo somente aumentaram as desigualdades sociais e resolução das injustiças não pôde mais ser deixada nas mãos dos particulares, pois estes tendiam a explorar mais e mais a parte vulnerável das relações econômicas: o consumidor. Para restabelecer o equilibrio o Estado teve de intervir, com a edição de legislação específica para regular as relações e situações jurídicas de consumo[429].

---

[427] SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor**, p. 179.

[428] NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 3, 68.

[429] Nesse sentido o entendimento de Roberto Senise Lisboa, segundo o qual as modificações socioeconômicas proporcionadas pela massificação e pelo avanço tecnológico acarretaram a necessidade de uma maior intervenção do Poder Público sobre as relações privadas (publicização do privado). **Responsabilidade civil nas relações do consumo**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 19.

Houve, por conseguinte, a transformação do Estado liberal para o Estado social. O primeiro se caracterizou, juridicamente, pelas grandes codificações (a partir do Código de Napoleão de 1804, passando pelo BGB alemão), nas quais a tutela era dirigia ao indivíduo abstratamente considerado, valorizando-se ao extremo a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e fixar cláusulas, o *pacta sunt servanda*). Para o segundo vale a tutela de valores sociais, com a adoção do dirigismo contratual[430].

A legislação específica para a defesa do consumidor foi instituída inicialmente no plano penal. O objetivo era punir fraudes e falsificações de mercadorias, destinadas principalmente à alimentação, bem como crimes contra a organização do comércio e contra a publicidade enganosa.

Conforme relata Alexandre Volpi, a sociedade-americana, em relação às questões envolvendo alimentos e remédio, começou a se organizar em defesa de seus direitos[431].

Nesse período as associações tiveram importante papel nas conquistas dos direitos dos consumidores.

A figura do Ombudsman foi criada nos países escandinavos (primeiramente na Suécia em 1809). No início, exercia apenas o controle da Administração Pública, mas as funções foram paulatinamente ampliadas para atender interesses difusos, nas questões relacionanadas a consumo, liberdade econômica, imprensa e saúde pública.

Contudo, as medidas eram esparsas e houve necessidade de ordenação sistemática da matéria relativamente a princípios, conceitos e regras especiais que pudessem fazer frente à defesa eficaz e adequada dos interesses do consumidor, tanto para sancionar as ações danosas, como também de prevenir as ações turbadoras.

---

[430] Como bem afirma Chardin: "[...] passamos de um momento em que presumíamos 'racional' qualquer vontade manifestada pelo consumidor, ao momento atual onde ou exigimos, através de técnicas legislativas dirigidas de intervenção jurídica, que o consumidor mantenha sua razão e autonomia de decisão (autonomia de vontade criada) ou educamos o consumidor para decidir de forma racional e informada (autonomia de vontade educada)". *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 593.

[431] VOLPI, Alexandre. **A História do Consumo do Brasil** – Do mercantilismo à era do foco no cliente, p. 95 e ss.

O Brasil, nesse aspecto, também ficou atrasado em relação a outros países. Segundo Alexandre Volpi:

> Enquanto os brasileiros comemoravam a Proclamação da República, mas se rendiam ao poderio das oligarquias, surgia a primeira associação americana de consumidores. Em 1891, nasceu a New York Comsumers´ League (Liga dos Consumidores de Nova York), liderada por uma mulher, Josephine Lowell. A entidade reunia advogados que tinham o objetivo de melhorar as condições dos trabalhadores americanos.
> A liga ganhou notoriedade e adesões de advogados de Boston, Chicago e Filadélfia. Como continuidade do trabalho de Josephine, em 1899, surgiu a National Consumers League (Liga Nacional dos Consumidores), também pelas mãos de uma mulher, Florence Kelley. Com grande representatividade, a associação divulgava uma 'lista branca', que relacionava empresas dignas de prestígio – geralmente as que respeitavam o meio ambiente e não empregavam mão-de-obra infantil nas fábricas de algodão. As indústrias têxteis socialmente responsáveis recebiam um selo que, afixado em seus produtos, ganhavam a confiança de parte dos consumidores americanos[432].

Somente após o *crash* da bolsa de Nova Iorque, em 1929, é que a onda de proteção ganhou corpo, devido à percepção do valor relativo dos produtos e serviços.

O New Deal - um plano idealizado pelo governo do Presidente Roosevelt para a recuperação da economia norte-americana depois da Grande Depressão de 1929 - teve papel importante no movimento de defesa do consumidor, pois a partir de então o Estado passou a intervir para corrigir as distorções provocadas pelo sistema capitalista.

Foi na década de 1950, com o lançamento do livro *The Hidden Persuaders* (em 1957), de Vance Packard, que o movimento dos cidadãos contra a manipulação da mídia tomou corpo[433]. Na citada obra, Packard expôs as técnicas desleais das agências publicitárias e desmascarou as pesquisas de mercado[434].

A luta pelos direitos dos consumidores tomou proporções mundiais em virtude da veiculação de publicidade de um medicamento, a talidomida.

---

[432] VOLPI, Alexandre. **A História do Consumo do Brasil** – Do mercantilismo à era do foco no cliente, p. 55-56.

[433] "A partir de agora, os *media* já não se nos dirigem para nos transmitir informações objectivas, mas para conquistar o nosso espírito". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 22.

[434] VOLPI, Alexandre. **A História do Consumo do Brasil** – Do mercantilismo à era do foco no cliente, p. 95.

Este medicamento, vendido a partir de 1957, era indicado para controlar a ansiedade, a tensão e as náuseas, inclusive para combate aos sintomas de enjôo em mulheres grávidas. No entanto, a ingestão do remédio por mulheres grávidas tinha como conseqüência a má-formação ou a morte do feto[435].

No ano subseqüente à retirada da talidomida do mercado americano, a Declaração dos Direitos do Consumidor representou o marco de uma das maiores conquistas dos consumidores.[436] Kennedy proclamou ainda a Lista de Direitos do Consumidor "Consumer Bill of Rights" com a inclusão de quatro direitos básicos: segurança, informação, direito de escolha e de ser ouvido[437].

A Resolução n. 39/248, da Organização das Nações Unidas trouxe normas importantes sobre a proteção do consumidor[438], sendo reconhecido expressamente "que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo".

O consumerismo, termo utilizado para designar esse movimento de defesa do consumidor, conforme já visto, deu fôlego para a criação da IOCU (International Organization of Consumers Unions), associação criada em 1960 com o objetivo de fortalecer as organizações. A IOCU passou a chamar-

---

[435] VOLPI, Alexandre. **A História do Consumo do Brasil** – Do mercantilismo à era do foco no cliente, p. 95-96.

[436] A Declaração dos Direitos do Consumidor, proclamada pelo Presidente John Kennedy, em 15 de março de 1962 (marco do movimento legislativo em favor do consumidor), data em que se comemora o "Dia Internacional do Consumidor", inspirou a Resolução n. 39/248, da Organização das Nações Unidas, aprovada em 09 de abril de1985 (política geral de proteção ao consumidor).

[437] O Presidente Kennedy, em seu famoso discurso ao Congresso Nacional, em 15 de março de 1962 (*Special Message to the Congress on Protecting the Consomer Interest*), elencou, entre os direitos do consumidor, "(2) O direito de ser informado – de ser protegido contra informação, publicidade, rotulagem ou outras práticas fraudulentas, falsas, ardilosas ou grosseiramente enganosas, e de receber os fatos que necessita para fazer uma escolha informada". BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**, p. 29.

[438] Conforme entendimento de João Batista de Almeida, "do simples fato de preocupar-se a ONU com a defesa do consumidor resulta evidenciada a importância que dá ao assunto". ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**, p. 72.

se CI (Consumers Internacional), contando, em 1995, com cerca de 200 associações de consumidores em mais de 90 países, inclusive no Brasil[439].

Nos EUA, a agência governamental Federal Trade Comission (FTC) é responsável pela regulamentação da publicidade em âmbito federal[440].

No Brasil, a partir da Lei da Ação Civil Pública, entra em vigor um poderoso instrumento de defesa dos interesses e direitos difusos. Todavia, a sistematização somente surgiu com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.708, de 11 de setembro de 1990), notadamente na defesa dos direitos difusos[441].

O Código de Defesa do Consumidor representa um verdadeiro divisor de águas para o ordenamento jurídico pátrio e para a cultura jurídica[442]. O diploma legal consumerista é considerado avançado e modelo quando se trata de garantir, de forma satisfatória, a defesa do consumidor. Mais, a sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, além de estabelecer novas regras, provocou uma mudança de mentalidade[443]. Trata-

---

439 VOLPI, Alexandre. **A História do Consumo do Brasil** – Do mercantilismo à era do foco no cliente, p. 96-97.

440 "A FTC foi criada em 1914, principalmente para evitar práticas anticompetitivas – ou seja -, com o objetivo de proteger as empresas, e não os consumidores. Em 1938, o Congresso percebeu que a atuação da FTC deveria ser ampliada para oferecer mais assistência aos consumidores e às empresas, especialmente na área de propaganda falsa ou enganosa. A Wheeler-Lea Amendment (Emenda Wheeler-Lee), de 1938, atingiu esse objetivo ao mudar a principal seção original do FTC Act de 1914 de "métodos injustos de concorrência" para "métodos injustos de concorrência a atos ou práticas injustas ou enganosas no comércio". Essa mudança aparentemente insignificante aumentou muito os poderes reguladores da FTC e garantiu-lhe poder legal para proteger os consumidores contra práticas comerciais fraudulentas. A autoridade reguladora da FTC engloba três amplas áreas que afetam diretamente os consumidores de *marketing*: propaganda enganosa, práticas injustas e regulamentação de informações". SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção**: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing, p. 69.

441 "O Código de Defesa do Consumidor, além de assegurar direitos individuais e subjetivos, teve por objetivo precípuo buscar soluções para as lides coletivas". NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**, p. 48.

442 Nas palavras de Rizzatto Nunes: "a edição do Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo modelo jurídico dentro do Sistema Constitucional Brasileiro". NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 65. Principalmente em nosso sistema jurídico, já que, como bem observa Vera Maria Jacob de Fradera, "nos sistemas jurídicos latinos, de um modo geral, todo o ordenamento jurídico resulta da lei e a 'revolução jurídica' faz-se por meio dela". COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, n. 13 p. 230.

443 Nelson Nery aponta com propriedade esse novo paradigma: "O Código pretende criar a necessidade de haver *mudança de mentalidade* de todos os envolvidos nas relações de consumo, de sorte que não mais seja praticada a 'Lei do Gerson' no país, segundo a qual se

se de um microssistema[444] das relações de consumo, com normas de ordem pública e interesse social (art. 1º) e de natureza principiológica[445], que visa fundamentalmente reequilibrar as relações e situações jurídicas de consumo[446], sendo elaborado por determinação constitucional (art. 48 do ADCT).

---

deve tirar vantagem devida e indevida de tudo, em detrimento dos direitos de outrem. O Código pretende desestimular o fornecedor do espírito de praticar condutas desleais ou abusivas, e o consumidor de aproveitar-se do regime do Código para reclamar infundadamente pretensos direitos e ele conferidos". **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**, p. 47.

444 O Direito do Consumidor segue a tendência atual na adoção de microssistemas reguladores de determinadas situações jurídicas, imunes às desconexas influências de outros ramos do Direito que se situam à margem das relações por eles regradas. EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**, p. 95. Conforme entendimento de Rizzatto Nunes, o Código de Defesa do Consumidor tem "vida própria, tendo sido criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro", sendo que "prevalece sobre os demais, exceto, claro, o próprio sistema da Constituição". NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor,** p. 65.

445 Muito elucidadores são os comentários de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ao art. 1º do Código de Defesa do Consumidor: "O CDC é lei composta por normas oriundas de vários ramos do direito tradicional: civil, comercial, econômico, administrativo, penal, processual civil, processual penal etc. Tem natureza de *microssistema*, isto é, de lei que procura regular, tanto quanto possível, *completamente* a matéria de que se ocupa. Havendo lacuna no microssistema, deve ser preenchida com os mecanismos próprios, desde que a aplicação de norma subsidiária seja compatível com o microssistema. Assim, não se poderia aplicar, por exemplo, norma subsidiária de lei especial, que trate de responsabilidade subjetiva, quando o CDC tem como princípio fundamental a responsabilidade objetiva". E mais: "O microssistema do CDC é lei de natureza *principiológica*. Não é nem lei geral nem lei especial. Estabelece os fundamentos sobre os quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação de consumo deve submeter-se à principiologia do CDC. Conseqüentemente, as leis especiais setorizadas (*v.g.* seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentos etc.) devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos *princípios fundamentais* do CDC. [...] Como o CDC não é lei geral, havendo conflito aparente entre suas normas e a de alguma lei especial, não se aplica o princípio da especialidade (*lex specialis derogat generalis*): prevalece a regra principiológica do CDC sobre a lei especial que o desrespeitou. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2 ed. rev. e ampl., atualizado até 02.05.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 906. Nesse sentido Rizzatto Nunes, para quem a lei principiológica é aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo "um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional". Rizzatto Nunes defende a idéia de que a lei consumerista torna explícitos, os comando constitucionais, destacando-se os Princípios Fundamentais da República, e, à frente de todos, "o superprincípio da dignidade da pessoa Humana (CF, art. 1º, III), como especial luz a imantar todos os demais princípios e normas constitucionais e apresentando-se a estes como limite intransponível". NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 66.

446 Nesse sentido, o entendimento de Cláudia Lima Marques: "o Código de Defesa do Consumidor tem como fim justamente reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e dando maior transparência às relações contratuais no mercado brasileiro (art. 4º do CDC)". MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime

Muitos são os críticos do Código de Defesa do Consumidor, em todas as áreas, inclusive no âmbito do próprio Poder Judiciário. No entanto, como bem enfatiza Nelson Nery Junior:

> O Código não veio para punir o empresário, mas para dotar o consumidor de maior poder de negociação quando da patologia da relação de consumo, [...] a defesa do consumidor é instrumento da livre iniciativa e só existe em países de economia de mercado. As economias estatizadas não se coadunam com defesa do consumidor[447].

Pois bem, ao se aplicar o Código de Defesa do Consumidor deve-se ter em mente a realidade das relações que se travam na sociedade pós-Revolução Industrial[448].

Nesse quadro de mudanças é importante frisar, por outro lado, a importância do Código Civil de 2002[449], com suas normas poderosas na

---

das relações contratuais, p. 590. Não discrepa desse entendimento o de Isabella Henriques: "O objetivo primordial do Código de Defesa do Consumidor é regulamentar as relações de consumo por meio da criação de mecanismos que permitam restaurar o equilíbrio e a igualdade real de forças entre os sujeitos que delas participam, sempre com base na boa-fé, conforme diz o art. 4º, inc. III, do Código que regula esse microssistema". HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva dirigida à criança**, p. 55.

[447] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**, p. 46, 47.

[448] "Para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes – o fornecedor –, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um claro rompimento com o direito privado tradicional". NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 69.

[449] Rosa Nery faz interessante análise sobre a evolução do Código Civil de 1916 para o de 2002. Segundo a autora: "Os valores que são considerados essenciais para se atingir a atualização normativa, compatíveis com os anseios da sociedade contemporânea são: a *eticidade*, a *socialidade*, a *operabilidade* (art. 1º III e IV; 3º I a IV; 5º *caput* e incisos; 110 e parágrafos; 127 e parágrafos; 170 e incisos e parágrafos; 183; 184; 184; 193; 196; 205; 220; 225; 227; 230 da Constituição Federal). Em relação à eticidade, o Código Civil de 1916 foi elaborado com base em técnica hoje superada, porque não se mostrava eficiente para tornar a experiência jurídica permeada por todos os valores éticos necessários à realização do bem comum; o Código Civil de 2002 tem forte inspiração ética e abre espaço para valores como probidade, boa-fé, correção. Em relação à socialidade, o Código Civil de 1916 foi elaborado com base em acentuada preocupação de manter os interesses individuais, sem atenção completa para os aspectos sociais da experiência do homem em sociedade; o Código Civil de 2002 celebra a necessidade de a aplicação da norma de direito privado pelo juiz dever se dar num ambiente que favoreça os interesses sociais. No que diz respeito à operabilidade, o Código Civil passado continha soluções normativas e institutos jurídicos de interpretação duvidosa e de aplicação difícil, que não atingiam sua finalidade; o Código Civil de 2002 permite solução eficaz para problemas que surgem, encontrando soluções para eles e

defesa do hipossuficiente[450]. Vale dizer ainda que ambos os códigos convivem harmonicamente para a ampla defesa do consumidor, prevalecendo sempre, por meio do diálogo das fontes[451], no caso de conflito, o Código de Defesa do Consumidor, ou seja, as normas específicas da defesa do consumidor[452].

Nesse passo, é de se observar que o "interesse" aqui analisado não tem relação com o tradicional conceito de "interesse público", consoante o que aduz Suzana Maria Federighi:

> Enquanto o interesse público conforma aqueles deveres do Estado, obrigatório nas *políticas públicas*, o interesse difuso importa num posicionamento da sociedade civil em função de suas próprias ambigüidades, em questões que podem até mos alienar a função do Estado [grifos no original][453].

No tocante à publicidade[454], o Código de Defesa do Consumidor trata da questão em diversos artigos[455], mas não de forma isolada, pois veio também a sistematizar a matéria e a dar efetiva proteção ao consumidor[456].

---

viabilizando os objetivos fundamentais da República". NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**, p. 59-61.

[450] "O Código Civil de 2002 revela essa tendência ao atenuar o direito privado, que deixa de ser puramente individualista para considerar que em certas relações jurídicas as partes não estão em pé de igualdade, criando mecanismos de proteção aos direitos destas". NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 69.

[451] Judith Martins Costa apontou a relação entre os dois Códigos antes do advento do Código Civil de 2002, entretanto, a argumento continua válido: "O *sistema* do Código Civil e o *microssistema* do Código de Defesa do Consumidor não são, portanto, completamente autônomos: guardam, cada um, as suas especificidades, vinculando-se, porém, através da 'ponte' dos princípios constitucionais e dos princípios gerais do ordenamento". COSTA, Judith Martins. **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. n. 3/125. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 145.

[452] Assim, não há que se falar em redução do prazo prescricional pelo advendo do Código Civil de 2002, que continua a tratar das relações civis e o Código de Defesa do Consumidor das relações de consumo.

[453] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 57.

[454] "O CDC não regulou a propaganda (*publicity*), mas apenas a *publicidade* (*advertising, Werbung, publicité*). Aquela seria a veiculação de idéias de conteúdo político, religioso, ético ou moral; esta, a veiculação com sentido comercial, com o objetivo de convencer o destinatário a adquirir o produto ou a utilizar-se do serviço". NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**, p. 66.

[455] Podemos mencionar os artigos 6º, IV; 8; 9; 10; 31; 36; 37; 52 do Código de Defesa do Consumidor que tratam da publicidade.

[456] "A publicidade do Brasil não tinha previsão em lei, de sorte que não era regulamentada, até que surgiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulando-a e sistematizando-a do ponto de vista jurídico". NERY JÚNIOR, Nelson. **O regime da publicidade enganosa no**

Trata-se de matéria inserida no campo dos interesses ou direitos difusos, ante sua incontestável natureza transindividual, indivisível; seus titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor).

A publicidade está inserida em boa parte do Capítulo V (Título I, Seção III) do Código de Defesa do Consumidor, relativamente às práticas comerciais[457]. Referido Capítulo divide-se em seis Seções que tratam da oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas e banco de dados e cadastros de consumidores.

A publicidade é uma forma de veiculação da oferta e por isso se insere no âmbito das práticas comerciais, submetendo-se a idêntico regime jurídico.

Na lição de Cláudia Lima Marques:

> O Código de Defesa do Consumidor menciona a publicidade como atividade juridicamente relevante em três momentos: 1) quando suficientemente precisa, integra a oferta contratual (art. 30), o futuro contrato (arts. 18 e 20), vincula-o como proposta (arts. 30 e 35); 2) quando abusiva ou enganosa, é proibida e sancionada (art. 37); 3) nos demais casos, como prática comercial deve ser correta nas informações que presta (arts. 36, parágrafo único e 38), identificável enquanto publicidade (art. 36, *caput*) e, sobretudo, leal (art. 6º, IV)[458].

Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor n.15/210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 210. "O Código de Defesa do Consumidor supriu a lacuna existente em nossa legislação, através da instituição de normas de ordem pública que têm por objetivo a proteção dos consumidores. Não proíbe a publicidade, visto ser ela, ineliminável da sociedade de consumo, mas torna-a fonte de obrigações (art. 30), impõe deveres ao fornecedor que dela se vale (arts. 36 e 38) e proíbe a publicidade enganosa e abusiva." ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 18.

457 As práticas comerciais são "os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final". BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 242.

458 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 616-617.

Para Adalberto Pasqualotto, a publicidade é caracterizada como contrato social[459] e para Valéria Falcão Chaise como negócio jurídico unilateral[460].

Koendgen, por seu turno, explica que a publicidade tem uma dupla função: é a promessa negocial de qualidade do produto ou do serviço (*geschäftliches Qualitätsverprechen*), mas é também "incitação" ao contrato (*Verleitung zum Vertrage*)[461].

3.5.2.1 Distinção entre oferta (arts. 31, 32, 33 e 35), informação (arts. 30 e 31), publicidade (arts. 30, 35, 36 e 37) e apresentação (arts. 31 e 35)

A publicidade, a informação e a apresentação são espécies do gênero oferta e, vale dizer, vinculam o fornecedor.

O art. 30 ampliou a noção de oferta, modificou a idéia de *invitatio ad offerendum* e generalizou como proposta contratual quase todas as manifestações oriundas do fornecedor.

A proposta ao público em geral é denominada oferta. A oferta ou *proposta* é a declaração inicial de vontade direcionada à realização de um contrato; é o elemento inicial do contrato.

Do Código de Defesa do Consumidor extrai-se que oferta é toda e qualquer manifestação do fornecedor que objetiva promover o respectivo produto ou serviço e caracteriza um negócio jurídico, mesmo que seja "gratuita" [462].

Para Cláudia Lima Marques: "A nova noção de oferta instituída pelo CDC nada mais é, portanto, que um instrumento para assegurar uma

---

[459] PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Triunais, 1997, p. 182-183.

[460] CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**, p. 98.

[461] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 636.

[462] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 599.

maior lealdade, uma maior veracidade das informações fornecidas ao consumidor"[463].

Apresentação é o ato pelo qual o fornecedor presta aos consumidores as informações fundamentais sobre o produto ou serviço. Na relação de consumo, a informação relativa ao produto ou serviço é considerada item imprescindível.

A publicidade - espécie do gênero oferta - é uma manifestação do fornecedor veiculada por meio de comunicação de massa. O principal objetivo da publicidade é levar ao conhecimento do consumidor a existência do produto ou do serviço e convencê-lo a adquiri-lo.

Antonio Herman Benjamin ensina que oferta é sinônimo de *marketing*, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados no mercado. Qualquer uma dessas técnicas, desde que "suficientemente precisa", pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. O autor arremata dizendo que "a oferta, nesse sentido moderno, abrange não apenas as técnicas de indução pessoal, como ainda outras mais coletivas e difusas, entre as quais estão as promoções de vendas e a própria publicidade"[464]. Desse entendimento não discrepa Antônio Carlos Efing quando afirmar que o termo "oferta" utilizado no Código de Defesa do Consumidor é sinônimo de *marketing*, vale frisar, todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços[465].

Fernando Santos Gherardini acrescenta:

> A oferta não é, precisamente, o gênero do qual são espécies a apresentação e a publicidade [...], mas sim uma *qualidade jurídica*, a qual adere a qualquer prática de *marketing* que contenha informações suficientemente precisas, tornando-a, *ipso facto*, jurídica. [...] A apresentação e a publicidade somente podem gerar as conseqüências ali previstas [do art. 35.] quando qualificadas juridicamente como oferta, ou seja, quando carregarem informações

---

[463] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 605.

[464] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 255-256.

[465] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**, p. 184.

> suficientemente precisas, capazes de uma aferição objetiva por parte do consumidor[466].

O autor propõe as características da apresentação (qualificada como oferta) exigidas pelos arts. 31 e 6º, III, ambos do Código de Defesa do Consumidor: correção, clareza, precisão, vernaculidade[467],. Essas características referem-se aos elementos do produto. Mais adiante comenta que as informações enumeradas no art. 31 não se aplicam à mensagem publicitária[468].

Não importando se oferta ou publicidade, ambas as hipóteses abrangem toda a coletividade e constituem declaração unilateral de vontade que visa à realização de um negócio jurídico.

A informação, por sua vez, não pode existir de forma isolada. Caracteriza-se por ser o conteúdo da apresentação e da publicidade, bem como das outras espécies de *marketing*. A mera informação "não tem interesse em ampliar o mercado de consumo, ao contrário da mensagem publicitária que tem a dupla função de informar e incitar ao consumo". Por outro lado "a informação publicitária traz sempre em seu bojo o caráter persuasivo, o que não ocorre com a mera informação"[469].

Na lição de Antonio Herman Benjamin, informação é todo tipo de manifestação do fornecedor (exceto o anúncio) que sirva para induzir o consentimento, vale dizer, a decisão do consumidor[470].

Para Cláudia Lima Marques, "toda informação, mesmo a publicidade, suficientemente precisa constitui uma oferta (uma proposta contratual), vinculando o fornecedor"[471].

---

[466] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 136-137.

[467] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 172.

[468] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 220.

[469] FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 114.

[470] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 258.

[471] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 603.

3.5.2.2 Sujeitos da mensagem publicitária e objetos

São três os sujeitos da mensagem publicitária, todos relacionados ao fornecedor:

a) o anunciante: é o fornecedor do produto ou serviço (art. 3º), podendo ser pessoa física ou jurídica ou até ente despersonalizado;

b) o agente publicitário: é o profissional que cria e produz a mensagem publicitária;

c) o veículo: é o meio de comunicação de massa[472] por meio do qual as mensagens publicitárias são veiculadas, divulgadas e difundidas, fazendo-as chegar até o consumidor.

O destinatário da publicidade é o público que representa um número indedeterminável de pessoas.

O Código de Defesa do Consumidor deu tratamento diferenciado no que concerne ao conceito de consumidor quando referir-se a práticas comerciais e, em conseqüência, à publicidade.

Com efeito, dispõe o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor que "para os fins desde Capítulo [das práticas comerciais] e do seguinte [da proteção contratual], equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Portanto, ocorrendo a veiculação da publicidade já há a situação jurídica[473] de consumo regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor.

Como bem enfatiza Rizzatto Nunes:

> Uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se

---

[472] "A comunicação de massa é uma forma peculiar de comunicação mediante a qual o emissor dirige-se, de maneira simultânea, a um grande número de receptores, utilizando os chamados 'mass media' como suportes físicos de transmissão, cuja característica fundamental é a sua capacidade para transmitir uma mensagem, a partir de uma minoria organizada, a um vasto público, heterogêneo, anônimo e geograficamente disperso". GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: Comunicação Persuasiva, p. 43.

[473] Na situação jurídica não há o acordo bilateral dos contratantes, manifestado por declaração de vontade.

> contra tal prática. O consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa existir[474].

É por meio desse conceito de consumidor equiparado, que as pessoas expostas à publicidade são abarcadas pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor, tenham ou não adquirido produtos ou serviços.

Por conseguinte, no que se refere às práticas comerciais, publicidade, proteção contratual, serviços de radiodifusão e TV a cabo, todo aquele que estiver exposto a essas atividades é igualmente consumidor (e não somente o consumidor efetivo ou potencial, mas toda a coletividade), sendo atingidas pessoas indetermináveis, independentemente de haver ou não adquirido o produto, utilizado ou não o serviço. Nessa hipótese é irrelevante o elemento teleológico do conceito padrão de consumidor (destinatário final) contido no art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor[475].

Cláudia Lima Marques, sobre o tema, comenta:

> A jurisprudência brasileira foi exemplar ao estabelecer que a publicidade abusiva e enganosa atinge a todos, mesmo aqueles excluídos do consumo, àqueles aos quais a publicidade não se dirige, pois não possuem as condições para consumir, mas que através das televisões, placares e *outdoors* deste imenso país são atingidos, expostos a estas práticas comerciais abusivas[476]

O raciocínio da autora é de que na atividade publicitária o consumidor "não é apenas aquele consumidor potencial, mas todos os expostos, logo, toda a população, mesmo os excluídos do consumo, mas atingidos pelas práticas, especialmente as práticas abusivas"[477].

---

[474] NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 85.

[475] Por isso discordamos do entendimento de Fabio Morosini segundo o qual vê "a relação entre prestadores de serviços de radiodifusão e seus usuários como uma relação de cidadania, mas não como uma relação de consumo. Faltam-lhe os requisitos caracterizadores de uma relação de consumo, previstos nos arts. 2º e 3º do CDC." MOROSINI, Fabio. **Visões acerca do novo direito da comunicação de massa.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/182. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 205.

[476] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 675.

[477] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 683.

3.5.2.3 *Teaser, Puffing, Briefing e Release*

3.5.2.3.1 Teaser

O *teaser* tem origem no verbo "*to tease*", que significa "incitar". Manifesta-se no *trailler* ou *avant première*, mas sem qualquer identificação do produto ou do serviço que se pretende anunciar[478]. Trata-se de uma prática de marketing promocional.

O objetivo do *teaser* é despertar a expectativa ou a curiosidade do consumidor e, conseqüentemente, preparar ou motivar o público alvo e o mercado para a campanha publicitária que virá depois. Esse instrumento é utilizado na fase pré-lançamento de produtos ou serviços. São peças geralmente enigmáticas, sem a identificação imediata do anunciante. É um pré-anuncio ou um "anúncio do anúncio"[479].

Plínio Cabral define o *teaser* como "uma curiosa peça publicitária [...] produzida de forma a provocar um certo suspense, a criar uma atmosfera de interrogação". Busca-se, assim, "dar maior impacto ao anúncio, ou seja: assegurar um elevado índice de audiência para a campanha publicitária"[480].

O mencionado autor faz, porém, a seguinte advertência:

> O *teaser* não divulga idéias, ideologias, empresas, marcas, produtos ou serviços. Ele simplesmente chama a atenção do público para a publicidade ou a propaganda que está por vir. Portanto, reafirmamos que ele não é propaganda ou publicidade, nem fração de uma. Ao lado destes institutos, *o teaser* deve ser encarado como uma espécie de *marketing*, pois ele é a prática impessoal que visa atrair pessoas para uma futura publicidade ou propaganda, razão pela qual sua identificação fácil e imediata é dispensável[481].

Para Gherardini o *teaser*:

---

[478] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**, p. 180.

[479] Nesse sentido: "Considera-se *teaser* o prenúncio da mensagem publicitária, quer dizer, é o anúncio do anúncio, gerando no consumidor certa expectativa, a fim de que se torne mais interessante o anúncio que virá em tempo futuro". NERY JUNIOR, Nelson. **O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 211.

[480] RDC 50/163.

[481] RDC 50/164.

> [...] não contém elementos sobre o produto ou serviço, mas sim frases ou imagens que chamam a atenção do consumidor [...] o *teaser* nada informa ou persuade, já que não carrega em seu bojo uma promoção de produtos ou serviços, e sim a promoção de outro anúncio, e integra, juntamente com a publicidade posterior, um composto publicitário[482].

Mais, o *teaser* não está expressamente proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, podendo ser utilizado desde que não seja enganoso ou abusivo. O CBAP também permite o emprego dessa técnica[483].

3.5.2.3.2 Puffing

O *puffing* é o exagero publicitário[484]. Para ficar caracterizada a mensagem como *puffing* (oferta metajurídica) é imprescindível a utilização de expressões vagas e de caráter subjetivo, de impossível comprovação fática. Quando existir o *puffing*, nesses moldes, não haverá vinculação, pois não traz o requisito "suficientemente preciso" do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor.

Como bem enfatizado por Fernando Gherardini Santos: "os limites do *puffing*, porém, são a coibição da publicidade abusiva e enganosa"[485]. O mesmo autor leciona que o *puffing* não é proibido pelo sistema e consiste no exagero publicitário sobre as características de determinado produto ou serviço e que não pode ser qualificado juridicamente como oferta, justo pelo caráter subjetivo que possui[486].

Ivan L. Preston descreve quatro espécies de *puffing*[487]:

---

[482] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 230.

[483] Artigo 9º, §2º.

[484] Nesse sentido: "O *puffing* é o exagero, a publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz ser o *melhor produto do mercado*, por exemplo". NERY JÚNIOR, Nelson. **O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 211.

[485] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 153.

[486] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 210.

[487] *Apud* SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 211 e ss.

a) as opiniões subjetivas ou afirmações exageradas sobre características do produto ou serviço, que utilizam expressões como "o melhor", "perfeito";

b) mensagens que invocam deturpações de valores sócio-psicológicos, prometendo algo que o produto não pode cumprir. Associa, de forma figurada, o produto a benefícios irreais como liberdade, juventude, prática de esportes radicais;

c) mensagens que utilizam certos nomes para caracterizar o produto, os quais, se tomados em sua literalidade, revelar-se-iam falsos;

d) as maquetes (*mock-ups*), ou seja, a utilização de outros materiais para a ilustração de produtos por meio da mídia visual.

Com efeito, não importa saber se o *puffing* é ou não falso, mas sim se é enganoso. Assim, vale dizer, tudo aquilo que não for considerado pelo Direito como enganoso para fins promocionais, será tomado por *puffing* e, portanto, permitido[488].

O sistema francês é mais rígido, pois o Bureau de Vérification de la Publicité (BVP) recomenda que palavras vagas e facilmente contestáveis sejam evitadas nas mensagens publicitárias, como "o primeiro", "o melhor", "o único"[489].

3.5.2.3.3 Briefing

Briefing é o resumo, o relatório do produto ou da instituição, não importando se a publicidade se refere ao produto ou empresa. Deve conter os elementos informativos necessários à campanha publicitária e às expectativas e pretensões do fornecedor perante o mercado de consumidores.

Em regra é produzido pelo anunciante, já que é ele quem comunica à agência as características do produto e o que deseja do mercado.

---

[488] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 212.

[489] AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation**, p. 141.

4.2.2.3.4 Release

Trata-se de um texto escrito e enviado à imprensa para a divulgação de interesses determinados.

4 SOCIEDADE DE CONSUMO, CRIAÇÃO DE IDENTIDADES SOCIAIS ("ESTILOS DE VIDA") E DE NECESSIDADES, INDÚSTRIA CULTURAL E SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

Alexandre Volpi faz interessante abordagem sobre a nova realidade vivida na sociedade de consumo:

> Mais senhor de si, o homem foi colocado a serviço da economia e da produção. Passou a viver em função de um novo modelo de associação que se equilibra no consumo, e não mais em Deus. Os grupos sociais passam a ser delineados pelo poder de compra ou pelos hábitos de consumo. E aí está o grande apelo de uma atividade, ainda por nascer, cuja linguagem de comunicação lançaria mão de estratégias de convencimento para evidenciar necessidades que até então 'estavam ocultas': a publicidade.
> O significado da felicidade foi subvertido. Na sociedade de consumo, ser feliz deixou de representar um meio como se vai e passou a ser percebido como um fim a que se chega. A felicidade, o bem-estar, o conforto e o sucesso couberam dentro de objetos e projetos de consumo. É feliz quem conquista mercadorias ou realiza seus sonhos. Ou – o inverso tem de ser verdadeiro – sente um vazio existencial aquele que não tem esperança de alcançá-los.
> No discurso, essa busca apresenta-se como democrática, na medida em que é individual e possui vários níveis de satisfação. Seguindo a lógica da teoria consumista, a felicidade de um indivíduo está em encontrar sua maneira de ser em buscar ser quem ele realmente é, por meio da auto-expressão em mercadorias e bens de consumo. A sociedade de consumo não é um movimento que impõe padrões globais de comportamentos. Antes se adapta à cultura local e utiliza características étnicas ou regionais como símbolo de autenticidade e diferenciação social. Por outro lado, atitudes de determinados nichos ou minorias são oportunidades de mercado e poder ser exploradas comercialmente sob a forma de música, culinária, turismo estico etc. Seja pobre ou rico, mulher ou homem, hetero ou homossexual, casado ou solteiro, jovem ou idoso, negro ou branco, todos são consumidores em potencial e alvos de um convite comum, cujo apelo é este: compre sempre, mesmo que seja por impulso, não se frustre, seja um vencedor e viva com prazer.
> Mas o que se pode comprar? A mercadoria deixou de ser simplesmente um bem de consumo, mas um símbolo que remete a um determinado estilo de vida e que inclui ou distingue socialmente os indivíduos [...] Nesse jogo, a ostentação ganha maior importância do que o próprio consumo, a exibição de um bem ou serviço sobrepõe sua utilidade. Há uma força que leva o indivíduo a preservar sua imagem. E a força é essa: as pessoas são reconhecidas pelo que aparentam ser, e não por quem realmente são.
> [...]
> O padrão consumista das sociedades contemporâneas tende a reduzir o sentido da vida à aquisição de bens e serviços. As pessoas são ensinadas a acreditar que a vida se resume ao ato de consumir, e o sucesso de um indivíduo está no acúmulo de mercadorias ou nas experiências de consumo amealhados por ele ao longo dos anos.

> Implícita ou explicitamente, tal ideologia está estampada nas propagandas, nos filmes, nas novelas, nas ruas, nas festas, nos clubes, nos locais de trabalho, nos discursos políticos, nas igrejas etc. As crianças são alvos fáceis e prioritários dessa mensagem, e são torpedeadas diariamente por impulsos consumistas. O público infantil é esquadrinhado por sua forte influência na decisão de compra[490].

A propósito, bom lembrar aquele antigo reclame: "eu tenho, você não tem".

O marketing em geral e a publicidade em particular, assim como o criador, gozam de ubiqüidade, utilizando-se da repetição e da onipresença[491]. Como é cediço, diuturnamente as pessoas são bombardeadas pelo marketing e publicidade das corporações (nunca é demais lembrar as palavras de Aldous Huxley: sessenta e quatro mil repetições fazem a verdade)[492]. É praticamente impossível fugir da publicidade. Mesmo quando se deseja encontrar refúgio em lugares distantes, não é incomum a pessoa se deparar com *outdoors* encobrindo as paisagens proporcionadas pela natureza.

A publicidade está presente em todos os lugares, viola o direito de privacidade, invade celulares[493], se expressa até nas placas de trânsito (Anexo J).

---

[490] VOLPI, Alexandre. **A História do Consumo do Brasil** – Do mercantilismo à era do foco no cliente, p. 44, 91-93.

[491] "A publicidade é onipresente; está em todos os lugares: nos veículos de comunicação social – rádio, televisão, imprensa e cinema -, nas vias públicas (através de outdoors), nos esportes, no teatro etc. Modernamente, aonde for o homem, encontrará ele a publicidade, dela não podendo fugir ou esconder-se". FONTE, p. 28.

[492] "O metralhar publicitário é actualmente estimado, nos grandes países desenvolvidos, em mais de 1500 impactos por pessoa e por dia, dos quais nem uma centena é distinguida de forma consciente pelo público". Por outro lado, "um jovem nova-iorquino de dezoito anos deve ter visto cerca de 350 000 *spots* publicitários na televisão, desde o seu nascimento". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 36, 52.

[493] Estava claro que o sistema do Código de Defesa do Consumidor não permitia tal prática. Mas como nesse país reina o pensamento positivista, todas as regras devem vir expressas nos mínimos detalhes, de nada valendo o sistema jurídico. Assim, se não existir uma lei, regulamentada por um decreto, autorizada por uma portaria e explicitada por um anexo, sempre vão existir interpretações esdrúxulas para afastar a incidência de um direito do consumidor. Nesses termos, para acabar com a evidente prática ilegal e de enviar publicidade para os celulares, que nos importunavam até nos horários sagrados reservados ao descanso, houve necessidade da edição do anexo da Resolução 477 de 7 de agosto de 2007 que trata do regulamento do serviço móvel pessoal – SMP, no qual se estabeleceu o direito do usuário em não receber mensagens publicitárias da prestadora em sua estação móvel, salvo autorização prévia (art. 6º, inciso XXIV). Câmara proíbe propaganda em ligação paga pelo consumidor. Quanto à absurda publicidade nas ligações pagas, a Comissão de

Para a jornalista canadense Naomi Kleinm, as empresas exercem grande poder sobre os consumidores. A publicidade representa um importante componente da marca e também está presente em praticamente todos os lugares, no meio urbano, musical, artístico, cinematográfico, comunitário, editorial, esportivo e educacional. Na sua avaliação, "as marcas estão a conduzir o cotidiano das pessoas, fazendo-as seres vendidos num planeta dominado pelas corporações"[494]. Também transbordou as barreiras nacionais, sendo fenômeno globalizado, assim como a economia.

Não há dúvida que o ser humano precisa de supérfluos[495], precisa de sonhos e de desenvolver sua criatividade. Entretanto, a análise que ora se faz é a criação de necessidades desnecessárias pela sociedade do consumo, às vezes de um modo patológico e ilícito; a manipulação, os desperdícios que seguem comprometendo a vida na Terra ante a degradação ambiental.

Para Mário Ernesto René Schweriner, é fato que "sem o acelerado sistema de produção característico dessas últimas décadas, provavelmente não existiriam muitas das assim chamadas necessidades do consumidor moderno"[496].

Dessa forma, mister questionar se o que é veiculado é de fato uma necessidade dos consumidores ou algo forjado. Conforme acentuou Newton De Lucca, a necessidade em termos de mercado de consumo deve ser vista por outro ângulo. Na verdade, a necessidade está mais ligada aos interesses

---

Constituição e Justiça e de Cidadania o Projeto de Lei 6.423/2005, do Senado, que proíbe a publicidade de bens e serviços por telefone enquanto o consumidor estiver esperando atendimento na linha. A proibição só vale para ligações que o consumidor tiver que pagar, ou seja, não vale para serviços 0800. A proposta altera o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Quanto à telefonia fixa, nos mesmos moldes, pode ser efetuada, salvo autorização expressa do consumidor.

494 *Apud in* GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 84-85.

495 ""Oh, não discutam a "necessidade"! O mais pobre dos mendigos possui ainda algo de supérfluo na mais miserável coisa. Reduzam a natureza às necessidades da natureza e o homem ficará reduzido ao animal: a sua vida deixará de ter valor. Compreendes por acaso que necessitamos de um pequeno excesso para existir?" (Shakespeare – Rei Lear)" *Apud* BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 39.

496 SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 144.

dos fornecedores – traduzidos pelo maior lucro - do que propriamente com a realidade psicobiológica ou social dos indivíduos[497].

Marisa Teixeira de Almeida, a respeito, alerta:

> Através da exploração dos arquétipos emocionais dos indivíduos no texto publicitário, foi possível a criação de necessidades e o direcionamento das opções de compra, permitindo uma produção programável[498].

O publicitário, auxiliado por psicólogos, psiquiatras, antropólogos e sociólogos, aproveita essa condição da natureza humana para impingir-lhe cada vez mais "desejos de consumo". O anunciante afirma que não pode controlar o comportamento dos consumidores (alusão à "ditadura do consumidor") e que sua função é tão-só informar.

Pois bem, a criação de falsas necessidades de fato incita o cidadão a "consumir por consumir". Newton De Lucca afirma, de modo enfático, que mesmo para os "mais ardorosos defensores da 'mística do mercado' e mesmo pelos fanáticos adeptos do capitalismo irresponsável que, num misto de arrogância e de cinismo, chegam a falar em "ditadura do consumidor [...]"[499].

De fato, a liberdade do consumidor é relativa, isto é, só pode escolher o que é colocado no mercado pelo fornecedor; é "mero espectador no espetáculo da produção"[500].

Nesse sentido é a análise de Jean Baudrillar:

> A liberdade e a soberania do consumidor não passam de mistificação. A mística bem alimentada (e, antes de mais, pelos economistas) da satisfação e da escolha individuais, ponto culminante de uma civilização da 'liberdade', constitui a própria

---

497 De LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: aspectos práticos: perguntas e respostas, p. 54.

498 ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 35.

499 DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: aspectos práticos: perguntas e respostas, p. 54

500 NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 57. O autor ressalta que "é impróprio falar que o consumidor age com 'liberdade de escolha'. Isso porque, como ele não tem acesso aos meios de produção, não é ele quem determina o quê nem como algo será produzido e levado ao mercado. As chamadas 'escolhas' do consumidor, por isso, estão limitadas àquilo que é oferecido", NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor,**p. 28.

> ideologia do sistema industrial, justificando a arbitrariedade e todos os danos colectivos: lixo, poluição, desculturação[501].

Bom exemplo é o "caso do walkman". À época do lançamento do produto pela Sony, foi realizada pesquisa na qual se concluiu pela inviabilidade da sua comercialização. Os resultados obtidos apontavam que as pessoas não estariam dispostas a andar nas ruas com um acessório pendurado nas orelhas. Entretanto, com a campanha adequada, conseguiu-se mudar o comportamento dos consumidores e o resultado pode ser percebido até os dias atuais: um número incalculável de pessoas ouvindo música na rua com o fone de ouvido.

De outra banda, se a publicidade não tivesse o poder de influenciar o consumidor, o que justificaria o investimento bilionário? Certamente os empresários não iriam gastar tanto em empreitada sem retorno.

A questão sobre a exploração das necessidades, primárias ou secundárias[502], é fortemente debatida.

Cláudio Coelho defende que:

> Na condição de membro da sociedade capitalista de consumo, o consumidor é um ser em estado permanente de necessidade. Há uma contradição entre a capacidade de produção da sociedade capitalista, geradora de uma quantidade sempre maior de bens, e a permanência dos seres humanos em estado de necessidade [...] A primeira fase da vida de todo ser humano é caracterizada pela existência de um estado permanente de necessidade [...] Esta oscilação entre a sensação de onipotência [necessidades satisfeitas] e a sensação de impotência [necessidades não satisfeitas] é recriada pela sociedade capitalista de consumo, principalmente pela publicidade[503].

Jean Baudrillard, com o apuro que lhe é peculiar, analisa:

> A era do consumo, em virtude de constituir o remate histórico de todo o processo de produtividade acelerada sob o signo do capital, surge igualmente como a era da alienação radical. Generalizou-se a lógica da mercadoria, que regula hoje não só os processos de trabalho e os produtos materiais, mas a cultura inteira, a sexualidade, as relações humanas e os próprios fantasmas e pulsões individuais. Tudo foi reassumido por esta lógica, não apenas no sentido de que todas as funções, todas as necessidades se

---

[501] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 72.

[502] Necessidades primárias são fisiológicas e secundárias, psicológicas ou sociais.

[503] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar? p. 8-9.

> encontram objectivadas e manipuladas em termos de lucro, mas ainda no sentido mais profundo de que é *espetacularizado*, quer dizer, evocado, provocado, orquestrado em imagens, em signos, em modelos consumíveis [grifo no original][504].

De seu turno, Herbert Marcuse afirma que:

> A subjugação do consumidor à escalada das necessidades e das mercadorias e a criação contínua de novas necessidades exacerbam as contradições no interior do sistema e determinam inelutavelmente a intensificação dos controles repressivos. (...) Isso traduz-se na produção acelerada de um novo desperdício, na obsolescência planificada, nos *gadgets*, e na mercadoria de destruição. Os luxos tornam-se necessidades que o indivíduo – homem ou mulher – deve adquirir, sob pena de perder o seu 'estatuto' no mercado competitivo, no trabalho e no lazer. Isso, por sua vez, leva-o à perpetuação de uma existência completamente votada às *performances* alienadas, desumanizadas, à obrigação de obter um poder de compra adequado, encontrando e conservando um emprego que reproduz a subjugação e o sistema de subjugação[505].

Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin se refere a um modelo da manipulação de preferências nos seguintes termos:

> A estrutura monopolizada dos mercados contemporâneos favorece tal faceta publicitária, incentivando enormemente a publicidade de imagem (ou institucional), fazendo com que crie desejos em vez de responder às necessidades de consumo ou mesmo simplesmente de informação[506].

Jean Baudrillard ainda completa: "Não existe a 'massa de consumidores' e nenhuma necessidade emerge espontaneamente do consumidor de base [...] as necessidades e as satisfações escoam-se para baixo"[507]. A elite se utiliza dos produtos, pois tem mais acesso e serve de modelo, só depois o consumidor de base vai desejar o referido produto, o que ocorre pelo processo de imitação e sublimação.

Os bens são constantemente produzidos, lançados, sempre há novidade, uma maneira de conservar a distância social. Em outras palavras: os ricos podem adquirir primeiro os lançamentos, que são mais caros; após, com a baixa dos preços, tornam-se acessíveis, e não há mais diferenciação.

---

[504] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 205.

[505] *Apud* RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 24.

[506] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos et al. **O controle jurídico da publicidade**, p. 47.

[507] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 61.

E segue novamente a distância social: produzem-se novos produtos (caros e acessíveis a uns poucos).

Nessa esteira:

> É muito possível que as aspirações consumidoras (materiais e culturais), que revelam um nível de elasticidade superior ao das aspirações profissionais ou culturais, venham *compensar* as deficiências graves de determinadas classes, em matéria de mobilidade social. A compulsão de consumo compensaria a falta de realização na escala social vertical [...] As necessidades visam mais os valores que os objectos e a sua satisfação possui em primeiro lugar o sentido de uma *adesão a tais valores*. A escolha fundamental, inconsciente e automática do consumidor é aceitar o estilo de vida de determinada sociedade em particular (portanto, deixa de ser uma escolha! – acabando igualmente por ser desmentida a teoria da autonomia e da soberania do consumidor [grifo no original][508].

As empresas, pode-se inferir, tudo controlam, mas para mascarar tal domínio, trabalham para dar a impressão de que é o consumidor quem dita as regras do mercado, quando na verdade é o mercado que, ao criar as necessidades, induz o indivíduo a adquirir seus engenhos – bens e serviços – para auferir mais vantagens.

Nesse contexto, o shopping center representa a mentalidade da sociedade de consumo e da abundância. Esse tipo de empreendimento – que se instala em qualquer lugar do planeta - é considerado um ícone do sistema capitalista de produção. Dentro dos shoppings perde-se a identidade cultural, já que estes estabelecimentos, qualquer que seja o lugar onde esteja instalado, reproduzem a mesma arquitetura, as mesmas marcas, logotipos, canções, objetos etc.[509].

---

[508] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 63, 69-70.

[509] Segundo Ramonet: "O centro comercial é uma invenção americana. Estes modelos foram imitados no mundo inteiro. E, por vezes, no Canadá e no Japão, por exemplo, ultrapassados. Tornaram-se 'centros de animação e de distracção'. Tudo isto acompanhado de uma retórica sedutora de liberdade de escolha e de liberdade do consumidor (com o cartão de crédito como Sésamo de toda a experiência). Martelada por uma publicidade obsessiva e omnipresente (as despesas em publicidade nos Estados Unidos elevam-se, anualmente, a mais de 200 mil milhões de dólares!) que incide tanto sobre os símbolos como sobre os bens". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 32-33.

A lógica do sistema é maximizar o consumo, com várias estratégias: diminuição intencional da vida útil dos produtos[510]; a ditadura da moda, sempre apta a tornar os bens fora de uso, não pelas condições que apresenta, mas pela perda do valor social[511]; venda de várias unidades do produto, quando se deseja apenas uma ou algumas (por exemplo, o individuo deseja comprar peenas uma pilha mas é obrigado a levar duas ou até quatro).

Como bem assinalou Jean Baudrillar:

> O que hoje se produz não se fabrica em função do respectivo valor de uso ou da possível duração, mas antes *em função da sua morte*, [...] a operação de 'suicídio' calculado do parque dos objectos se baseia na 'sabotagem' tecnológica ou no desuso organizado sob o signo da moda.
> A sociedade de consumo precisa dos seus objectos para existir e sente sobretudo necessidade de os *destruir*. O 'uso' dos objectos conduz apenas ao seu *desgaste lento*. O valor criado reveste-se de maior intensidade no *desperdício violento*. Por tal motivo, a destruição permanece como a alternativa fundamental da produção: o consumo não passa de termo intermediário entre as duas [grifos no original][512].

Fábio Konder Comparato afirma que o consumidor compra um objeto ou paga pela prestação de um serviço não por sua qualidade, mas em função dos "sentimentos mágicos" que a publicidade do produto ou serviço evoca, atraindo-o irresistivelmente[513]

As marcas das empresas, não raro, se transformam na razão de ser de uma atividade cultural, algo além do simples apoio financeiro ou institucional, fato definido por Matthew McAllister, crítico da publicidade, como controle das empresas por trás de uma fachada filantrópica[514]. Essa

---

[510] "Ainda nos idos de 1950, Vance Packard, em sua clássica obra *Estratégia do desperdício*, já apontava para a estratégia de várias empresas que, propositadamente, faziam seus produtos durarem pouco (ou menos do que poderiam, mantendo um preço similar)" SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 21-22.

[511] É desenvolvida a idéia da sociedade do uso e do descartável. O consumidor é estimulado, melhor, condicionado a trocar os bens por novos produtos mesmo sem necessidade. SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 138.

[512] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 42-43.

[513] *Apud* TRENTIN, Melina Penteado. **A publicidade abusiva e o racismo**, p. 92.

[514] *Apud* GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer, p. 85-86.

técnica também visa a conquistar o consumidor pelo processo de identificação.

Para Cláudio Novais Pinto Coelho:

> A publicidade contribui decisivamente para a existência de identidades sociais vinculadas ao consumo de mercadorias. Trata-se de um mecanismo **artificial** de diferenciação social, marcado pela dimensão imaginária As peças publicitárias procuram criar uma relação de identificação entre os consumidores e o produto divulgado, mediante a criação de um universo imaginário, um 'estilo de vida' [...] A publicidade faz com que atributos humanos sejam vistos como propriedades inerentes às mercadorias e procura convencer o consumidor que componentes da sua personalidade fazem parte da natureza da mercadoria divulgada. Quando compramos um produto, compramos o universo imaginário criado pela publicidade para a venda deste produto; as mercadorias funcionam como espelhos que refletem nossa identidade [grifo no original][515].

Guy Debord afirma que na sociedade do espetáculo, aquela na qual há a proliferação de imagens e o poder de antecipar experiências não vividas, as relações sociais são medidas pelas imagens. O consumidor se relaciona com outros consumidores por meio da identificação com as imagens associadas aos produtos que consomem[516].

Mário Ernesto René Shweriner também anota que:

> Em nossa cultura do consumo, há uma dimensão que transcende a capacidade dos bens em satisfazer às necessidades para as quais foram criados: é o significado ampliado que norteia a maioria das ações de consumo, isto é, uma grande parcela dos consumidores adquire o bem pela aura que o recobre, muito mais do que por suas características intrínsecas – sua dimensão tangível. As pessoas costumam ser mensuradas pela sua matriz de consumo, que termina por lhes emprestar sua identidade social e pessoal[517].

No mesmo sentido Jean Baudrillard:

> A absorção quantitativa de alimento é limitada, o sistema digestivo é limitado, mas o sistema cultural da alimentação revela-se como indefinido. É precisamente aí que residem o valor estratégico e a astúcia da publicidade: atingir cada qual *em função dos outros*, nas suas veleidades de prestígio social reificado. Nunca se dirige apenas ao homem isolado; visa-o na relação diferencial e quando dá a

---

[515] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar? p. 17-18.

[516] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar?, p. 18.

[517] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 166.

> impressão de retardar as suas motivações 'profundas', fá-lo sempre de modo *espetacular*, isto é, convoca sempre os vizinhos, o grupo, a sociedade inteiramente hierarquizada para o processo de leitura e de encarecimento que ela instaura [grifos no original][518].

Em complemento, analisa:

> Se se admitir antes que a necessidade nunca é tanto a necessidade de tal objecto quanto a 'necessidade' de diferença (*o desejo do sentido* social) compreender-se-á então porque é que nunca existe satisfação *completa*, nem *definição* de necessidade [grifos no original][519].

Ignácio Ramonet atenta para o perigo que a publicidade pode representar quando comenta que "funciona como um instrumento de alienação. Ele é normativo, impõe modelos de comportamento, dita atitudes colectivas"[520].

Gino Giacomini Filho bem analisa a sociedade capitalista de consumo e o neoliberalismo, asseverando que:

> [...] dificulta a existência de uma consciência crítica, pois ela procura capturar a identidade dos seus membros, reduzindo-os à condição de consumidores. Nesta condição não é possível o estabelecimento de uma relação de distância frente à realidade criada pela sociedade capitalista de consumo. A cultura do narcisismo, a relação de identificação estabelecida pela publicidade entre o consumidor e as mercadorias, corresponde ao triunfo da ideologia neoliberal[521].

Consoante análise de Paraguassú Lopes dá conta que o mundo capitalista tornou-se selvagem, sem princípios, sem amor, sem zelo pela humanidade, sendo o foco principal o lucro, o dinheiro, a acumulação de bens materiais. Nas suas palavras:

> O Natal é medido pelo tilintar das caixas registradoras e não pelo número maior de famílias unidas, freqüência aos templos, aos necessitados, o carinho, enfim, o louvor ao recém-nascido. O seu aniversário comemorado, respeitado e com amor infinito. Dias das Mães, dos Pais, dia de Deus. Tudo virou comércio, comércio mesquinho, propaganda, publicidade, promoções, venda incessante, transformando-se a sociedade humana numa leva indecente de

---

[518] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 64.

[519] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 78.

[520] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 83.

[521] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**, p. 12-13.

> cobaias, instrumento de uso, quase um bem a mais a ser explorado, **a ser vendido.** Mais um sabonete! Os princípios que devem reger a sociedade, aquele senso médio que forma o equilíbrio social, são absorvidos pelo desatino e interesse de poucos [...] O volume de informações, a comunicação impiedosa no setor de venda, torna o ser humano uma massa informe, sem sentimento crítico, sem razão, sem qualquer força a proporcionar a análise dos fatos, das ocorrências, das coisas em volta. Todos, todos somos **fregueses**, olhados como tal, sem se esboçar qualquer reação [grifos no original][522].

De fato, como bem ressalta Marisa Teixeira de Almeida:

> A ideologia de nossa sociedade está fortemente comprometida com o individualismo e com a economia de mercado e reconhece, cada vez mais, os valores da auto-indulgência, incentivada pela permissividade organizada em torno dos prazeres de consumo, em detrimento do controle dos impulsos. A publicidade alimenta a cultura de massa do hedonismo, cercando o consumidor de imagens onde o conflito não existe, as pessoas são felizes e, quando têm um problema, conseguem transformar sua realidade, como num passe de mágica, através de um produto 'maravilhoso'[523].

Cláudio Coelho acrescenta:

> Na sociedade capitalista de consumo (neoliberal), as identidades sociais são criações publicitárias e nascem das relações – medidas pelas empresas – entre os consumidores e as mercadorias. Fazem parte (imaginariamente) do mesmo grupo social aqueles que se identificam com os mesmos produtos[524].

Os hábitos e atitudes dos brasileiros em relação ao vestuário mostram claramente a influência dos meios de comunicação. Cerca de 36% dos entrevistados pelo Target Group Index concordaram com a afirmação "trato de estar em dia com a moda e com os estilos". Esse percentual é bastante semelhante entre todas as classes sociais, homens e mulheres, variando de forma expressiva somente em termos de idade: os mais jovens apresentam maior preocupação em seguir os ditames da moda. Outra constatação foi a do valor dado à aparência m relação ao sexo oposto: cerca

---

[522] LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 15-16.

[523] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 14.

[524] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar?, p. 18.

de 75% dos entrevistados concordaram com esta afirmação, com pequenas variações em termos de idade e classe social[525].

Assim, a publicidade por eles veiculada transforma-se também em uma forma de controle social[526].

Marisa Teixeira de Almeida sintetiza bem essa forma de controle e dominação perpetrada pela publicidade:

> A sua grande relevância está na capacidade de propiciar a criação artificial de necessidades e sobrevalorização de produtos ou serviços nem sempre adequados [...] Isto confere à publicidade o poder de alterar comportamentos sociais à medida que influencia os destinatários a agir de uma determinada maneira, atuando como instrumento capaz de interferir nas escolhas individuais, permitindo o controle social[527].

Antonio Herman Benjamin afirma que:

> A publicidade não é uma mera 'gestora' do dado cultural, mas o altera constantemente, modificando, assim, as próprias bases das relações sociais; constrói, substitui e fortalece estereótipos e matizes culturais[528].

Na interpretação de Jean Baudrillard:

> A publicidade, a moda, as relações humanas e públicas se podem interpretar como uma espécie de *referendo perpétuo* – em que os cidadãos consumidores se veêm a cada momento solicitados para se pronunciarem a favor de determinado código de valores, sancionando-o implicitamente. O sistema *informal* de modilização do assentimento é mais seguro: praticamente não permite dizer não. Vê-se assim como a publicidade, entendida no sentido mais lato, consegue modelar e totalizar processos sociais: como é que pode substituir-se quotidianamente e, sem dúvida, com muito maior

---

525 INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=2&temp2=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=resultado&db=caldb>. Acesso em: 9 arb. 2008.

526 "A publicidade é com certeza uma forma de influência visando à obtenção do controle social. Ela altera a comunicação entre os sujeitos, pois sua finalidade é a busca do consenso". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O princípio da vinculação da mensagem publicitária**, p. 44. No mesmo sentido Nelly de Carvalho: "O discurso publicitário é um dos instrumentos de controle social e, para bem realizar essa função, simula o igualitarismo, remove da estrutura de superfície os indicadores de autoridade e poder, substituindo-os pela linguagem da sedução". CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 17.

527 ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**, p. 14.

528 BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos et al. **O controle jurídico da publicidade**, p. 47-48.

> eficácia, ao sistema eleitoral, na mobilização e no controlo psicológico[529].

Christiane Gade, a respeito, analisa:

> Para uma sociedade que a comunicação de massa transformou em aldeia global, pode-se levantar a hipótese de que as transformações da linguagem e da cultura se darão através daqueles que comandam os meios de comunicação e isto de uma forma cada vez mais acelerada em relação ao mundo ocidental, sendo em breve nossos valores os do consumo e a língua, o inglês[530].

Cláudio Novaes Pinto Coelho, citando Adorno e Horkheimer, assevera que:

> Na sociedade capitalista a racionalidade [que deveria servir para a libertação, para a emancipação humana] está a serviço da irracionalidade, da manutenção de uma forma de vida social que mantém o ser humano em estado de permanente necessidade e de dependência dos grandes conglomerados empresariais, ao mesmo tempo em que destrói a natureza (meio ambiente)[531].

Portanto:

> Enquanto permanecer vigorando o pensamento de Bernard Shaw, 'Dêem-me o supérfluo, que abro mão do essencial', ou então o de Gaston Bachelard, 'O homem é uma criação do desejo, não da necessidade', haverá espaço perene para o lançamento de milhares e milhares de novos produtos, visando aplacar a ânsia dos consumidores pelo novo. Ânsia que jamais será aplacada, uma vez que os desejos humanos são ilimitados, e nenhum produto conseguirá satisfazer desejos sem fim. Isso se constitui numa excelente oportunidade para as empresas, que assim possuem um mercado cativo, perene, fértil para novos produtos a serem lançados para aplacar a voracidade dos consumidores pelo novo[532].

Importante mencionar também a questão da similaridade dos produtos, da natureza das *commodities*. *Commodity* "refere-se a produtos ou serviços colocados à venda que não têm nenhuma diferenciação identificada pelo consumidor em relação às suas características, marcas etc."[533].

---

[529] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 179.

[530] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 153.

[531] COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade**: é possível escapar? p. 50.

[532] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 62-63.

[533] ZENONE, Luiz Cláudio e BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising**: conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas, p. 68.

A respeito, Antônio Herman de Vasconcellos aduzem:

> Muitos produtos e serviços, na ausência de aspectos relevantes a distingui-los (preço, qualidade, garantia, p. ex.), passam a competir, com o auxílio da publicidade, sob bases puras de 'diferenciação de imagem', com a transformação dos gostos por meio de uma 'diferenciação artificial' de produtos e serviços, representantdo a base do modelo da manipulação de preferências. [534]

Jean Baudrillard esclarece que:

> [...] nunca se consome o objecto em si (no seu valor de uso) – os objectos (em sentido lato) manipulam-se sempre como signos que distinguem o indivíduo, quer filiando-o no próprio grupo tomado como referência ideal quer demarcando-o do respectivo grupo por referência a um grupo de estatuto superior[535].

Outra estratégia utilizada para fomentar o consumo alude às notícias jornalísticas, que passam constantemente a sensação de insegurança e efemeridade da própria vida. São freqüentes as notícias de acidente de veículos, guerras, epidemias, catástrofes, crime e outras tragédias e formas de violência. A questão do consumo pelo consumo está implícita na idéia de que se deve aproveitar a vida ao máximo, pois ela é efêmera, revelando o apelo hedonista.

Além disso, a sociedade industrial é a maior responsável pela destruição dos bens naturais, disponíveis e acessíveis a todos. Bens outrora abundantes, como a água potável, o silêncio, o espaço, o tempo, o sossego, os alimentos naturais, o clima agradável, hoje o sistema de produção capitalista se encarrega de torná-los produtos raros e de luxo, portanto, que podem ser vendidos a preços altos. O resultado dessa equação está no aquecimento global, na poluição, no aprecimento de doenças.

As conquistas da vida moderna acabam se transformando em perdas. Os chamados novos direitos representam a perda desse direito, como ao ar puro[536].

---

[534] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos et al. **O controle jurídico da publicidade**, p. 47.

[535] BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 60.

[536] Baudrillar apresenta esse ponto de vista de forma brilhante: "A influência do meio urbano e industrial faz aparecer novas raridades: o espaço e o tempo, a verdade, a água, o silêncio [...] Determinados bens, outrora gratuitos e disponíveis em profusão, tornam-se bens de luxo acessíveis apenas aos privilegiados, ao passo que os bens manufaturados ou

Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos sociais, difusos, entre outros, não são propriamente uma grande conquista, mas uma forma de amenizar ou devolver o que o capitalismo usurpou da natureza e da sociedade.

Segundo Nely de Carvalho, "a sociedade da era industrial produz e desfruta dos objetos que fabrica, mas sobretudo sugere atmosferas, embeleza ambientes e artificializa a natureza – que vende de água mineral a sopinhas enlatadas"[537].

os serviços são oferecidos em massa [...] Natureza, espaço, ar puro, silêncio: eis a incidência da busca de bens raros e de preço elevado que se lê nos índices diferenciais de despesas entre duas categorias sociais extremas". "Não há direito ao espaço senão a partir do momento em que já não existe espaço para todos e em que o espaço e o silêncio constituem o privilégio de uns quantos, à custa dos outros [...] O aparecimento destes direitos sociais novos, que se agitam como 'slogans' e como anúncio democrático da sociedade de abundância, surge como sintoma real da passagem dos elementos mencionados à categoria de sinais distintivos e de privilégios de classe (ou de casta). O 'direito ao ar puro' significa a perda do ar puro como bem natural, a sua passagem ao estatuto de mercadoria e a sua redistribuição social desigualitária". BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 56-57.

[537] CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução, p. 12.

5 TIPOLOGIA DA PUBLICIDADE

5.1 PUBLICIDADE ENGANOSA[538]

Existe o entendimento de que "toda e qualquer mensagem publicitária contém mesmo uma carga ínsita mínima de 'falsidade', entendido tal vocábulo como uma afirmação, quiçá eloqüente, mas incapaz de comprovação fática"[539].

Sobre esse tema anota Fernando Gherardini Santos:

> O que o Direito do Consumidor (e o Direito Constitucional) pretende, em verdade, com a regulação jurídica da publicidade enganosa, é coibir o abuso concernente a tal falsidade – o que a transformaria em enganosidade[540].

O Código de Defesa do Consumidor, em seu §1º do art. 37, assim define a publicidade enganosa:

> 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 gerar dúvidas ou induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Em França, a lei de 02.07.1963 já proibia a publicidade enganosa. O art. 44 da lei de 27.12.1973 (Lei sobre a orientação do comércio) proíbe a

---

[538] "Os homens são tão ingênuos e sujeitos às necessidades do momento que aquele que engana encontrará sempre quem se deixe enganar". NICOLA, Ubaldo. **Antologia ilustrada de filosofia: das origens à idade moderna.** Tradução: Maria Margherita De Luca. São Paulo: Globo, 2005, p. 196, Maquiavel. A publicidade foi feita para se crer nela – não se pode usar de expedientes ardis porque o consumidor tende a nela acreditar e não sempre a agir com desconfiança.

[539] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 210. De seu turno, Judith Martins Costa, citando Baudrillard, entende que "a mentira clara, induvidosa, escancarada, só raramente contaminará a peça publicitária, pois esta 'consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos que não sejam nem verdadeiros nem falsos'". COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina**, p. 225.

[540] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 212.

publicidade enganosa, quando possa induzir os consumidores em erro. O mesmo se verifica no art. 47 do projeto de lei francês[541].

O "article 2 Diretiva" 84/450, de 10 de setembro de 1984, da Comunidade Econômica Européia conceitua publicidade enganosa nos seguintes termos:

> Art. 2º. Publicidade enganosa é aquela que, de algum modo, incluindo a sua apresentação, induza ou possa induzir em erro as pessoas a quem ela se dirige ou possam por ela ser atingidas e, em virtude de seu caráter enganador, possa afetar o seu comportamento econômico ou que, por tais razões, prejudique ou possa prejudicar um concorrente.

Importante mencionar que o erro, como vício da vontade, é a falsa noção da realidade. Assim, se por meio de uma publicidade o consumidor passa a ter uma falsa percepção da realidade do contrato ou das qualidades do produto, ao manifestar a sua aceitação, está incorrendo em erro. Se a este foi induzido, ocorre o dolo por parte do fornecedor. Ambos são vícios da vontade, que, consoante o ordenamento pátrio, ensejam a anulabilidade do ato[542].

Na lição de Antônio Carlos Efing, enganosa é a publicidade total ou parcialmente falsa, capaz de levar o consumidor a adquirir um produto ou serviço indesejado, por acreditar nas informações veiculadas[543]. O autor adverte que a apenas a possibilidade de ser o consumidor induzido a erro para a configuração da publicidade enganosa, não sendo necessário o erro de fato. Em qualquer hipótese, é irrelevante o dolo ou culpa do fornecedor. A vontade somente é levada em consideração quando da análise da responsabilidade criminal.

A publicidade enganosa, segundo Fernando Gherardini Santos, apresenta "um potencial de desviar a vontade de consumo. Não se exige,

---

[541] DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: aspectos práticos: perguntas e respostas, p. 59.

[542] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, p. 635.

[543] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo,** p. 191-192.

portanto, a efetiva indução em erro do consumidor, mas a mera potencialidade para tanto"[544].

O *caput* do art. 37 é claro ao dispor que é proibida toda a publicidade enganosa, vale dizer, aquela apta a induzir o consumidor em erro, seja qual for a probabilidade, não se exigindo "prova da enganosidade real; basta a *potencialidade* de engano para caracteriza-se a publicidade como enganosa" [grifo no original][545].

Assim, o erro ou engano é apenas o potencial. Não se exige que algum consumidor efetivamente tenha incorrido em erro ou engano. Em outras palavras, desnecessária é a consumação do engano pelo consumidor[546]. Além disso, a lei é clara quando prescreve que basta que a publicidade seja capaz de induzir o consumidor em erro.

Valéria Furlan, nesse mesmo sentido, afirma que "é destituída de qualquer fundamento a idéia de que a lei exige o perigo efetivo de induzir o consumidor em erro, haja vista que este vocábulo (efetivo) tem sentido oposto ao termo 'ser capaz'"[547].

Cláudia Lima Marques enfatiza que:

> A característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é ser suscetível de induzir ao *erro* o consumidor. A interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o 'erro' é a falsa noção da realidade, falsa noção esta *potencial* formada na mente do consumidor por ação da publicidade. Parâmetro para determinar se a publicidade é ou não enganosa deveria ser o *observador menos atento*, pois este representa uma parte não negligenciável dos consumidores e, principalmente, telespectadores.
> Aquele fornecedor, que fizer veicular uma publicidade enganosa, estará a descumprir a proibição legal do art. 37; logo, juridicamente, estará cometendo ato ilícito, pois o dano em caso de publicidade é difuso, mas facilmente presumível [grifos no original].

---

544 SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial, p. 210.

545 NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**, p. 67-68.

546 "Na caracterização de uma publicidade enganosa o dano do consumidor é um mero *plus* (com implecações próprias, notadamente na área penal). A razão desta afirmativa encontra-se na expressão utilizada pela lei ('capaz de induzir em erro o consumidor', art. 37, §1º), capacidade que 'quer dizer tendência a induzir em erro'". COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina**, p. 229.

547 FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias**, p. 117.

Segundo Stiglitz, a falsa informação através de anúncio publicitário transgride o princípio *neminem laedere*. Esse ilícito civil tem sito utilizado também como causa para rescisão de um eventual contrato baseado em publicidade enganosa e no art. 30 do CDC[548].

Nessa linha de raciocínio, importa notar que:

> O art. 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que fez veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o *resultado*: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade [...]. O CDC institui uma presunção de culpa do fornecedor, por ter feito veicular uma publicidade enganosa. Estava ele proibido de fazer uma publicidade enganosa, e o fez. Logo, só se exonerará se provar o *caso fortuito*, isto é, que uma situação externa à sua vontade, aos seus auxiliares (agência, publicitário contratado etc.), imprevisível e irresistível, tornou a publicidade enganosa [grifos no original][549].

Bem ressalta Suzana Federighi que:

> A publicidade enganosa está diretamente ligada àquilo que pretende inserir no mercado, ou seja, a natureza do serviço ou do produto. É a publicidade que induz ou simplesmente é capaz de induzir o consumidor a errar na eleição do produto[550].

Segundo Terence Shimp:

> No sentido geral, os consumidores são enganados por uma alegação de propaganda ou campanha publicitária quando (1) a impressão deixada pela alegação ou pela campanha é falsa – ou seja, há uma *discrepância entre o fato e a alegação* – e (2) os consumidores *acreditam* na alegação ou na campanha falsa [grifos no original][551].

Lecionando sobre o mesmo tema Rizzatto Nunes aduz:

> Para fins de aferição da enganosidade (e qualquer outro componente) será observado o anúncio como um todo, incluindo seu conteúdo e forma, testemunhas, declarações ou apresentações visuais, ainda

---

548 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 677.

549 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 676/678.

550 FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 69.

551 SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 69.

> que tenham origem em outras fontes (art. 47, do CBAP). Não importa se a enganosidade advém de parte do anúncio ou de sua projeção global sobre o público. Não interessa saber se o teor da ilusão está só no aspecto visual ou apenas no oral ou escrito. O que vale é o resultado do impacto sobre o consumidor (aliás, o resultado potencial, nem precisa ser real).
> Se por qualquer dos aspectos considerados isoladamente (visual, oral, verbal etc.) ou se pelo contexto global insinuar-se a enganosidade, o anúncio já estará caracterizado como enganoso[552].

A noção de publicidade enganosa, para Jean Clais-Auloy, é mais vasta do que publicidade mentirosa, pois a mentira supõe a má-fé. A lei proibe a publicidade enganosa, sem se perquirir sobre a má-fé do anunciante[553].

Não se perquire a intenção do fornecedor, se houve culpa ou dolo. Basta a existência do fato "publicidade enganosa".

De fato, Valéria Falcão afirma que é irrelevante para a caracterização da publicidade enganosa a "intenção culposa ou dolosa do fornecedor anunciante para a configuração do caráter enganoso da mensagem publicitária"[554].

A publicidade enganosa não fica caracterizada somente quando ocorre a falsidade parcial ou total da mensagem, caso contrário o legislador teria empregado as expressões publicidade "falsa" ou "inverídica".

O erro de consumo, por sua vez, é aquele que ocorre quando o consumidor, alvo de publicidade enganosa, pratica ato de consumo que não realizaria se conhecesse a realidade do produto ou serviço.

A indução ao erro pela publicidade ou informação significa violação de um mandamento impositivo do Código de Defesa do Consumidor[555].

---

552 **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 433, 470.

553 AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 142.

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

555 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 615.

Nelson Nery Junior esclarece que: "Em se tratando de anúncio ambíguo, basta que um dos sentidos seja enganoso para que toda a publicidade se caracterize como enganosa"[556].

A proibição da publicidade enganosa representa o desdobramento do princípio da veracidade e se revela elemento fundamental, uma vez que a publicidade é instrumento de cooperação e não de dominação.

O Código de Defesa do Consumidor pretende proteger a integridade do consentimento para que surja sem vícios e conforme a verdadeira vontade do consumidor.

O *Federal Trade Comission*, órgão de relevância nos EUA, especialmente incumbido do controle da publicidade patológica, apontou critérios, de todo aplicáveis no Brasil, para a identificação da publicidade enganosa[557].

Conforme entendimento de Fernando Gherardini Santos: "A verificação da publicidade enganosa não será feita pelo critério do

---

[556] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 68.

[557] "O *Federal Trade Commission Act* (FTCA) norte-americano de 1914, em sua seção 5, declara ilegais atos comerciais enganosos ou desleais (*unfair or deceptive acts*) [...] a seção 15 do FTCA define o anúncio falso como aquele que direciona mal o consumidor em uma forma material (*misleading in a material respect*).

A *Federal Trade Commission*, a respeito da aplicação e execução do FTCA, emitiu, na data de 14 de outubro de 1985, o "*Federal Trade Commision Deception Policy Statement*", em missiva enviada a John D. Dingell, presidente do Comitê de Energia e Comércio do Congresso Nacional daquele país. Nesse documento, aponta três critérios, utilizados pela FTC, para a efetiva apuração da publicidade enganosa, em tudo aplicável ao Direito pátrio, dada a influência decisiva que o FTCA exerceu na elaboração das normas sobre publicidade contidas no CDC:

a) a existência de uma afirmação, omissão ou prática com grande probabilidade de induzir o consumidor em erro;

b) consideração da enganosidade pela perspectiva do consumidor-padrão;

c) materialidade da prática.

O critério (a) diz respeito ao já afirmado aspecto da potencialidade de indução em erro ao consumidor e envolve a análise do anúncio publicitário por inteiro. "[...] o critério (c) diz respeito à materialidade da publicidade enganosa, ou seja, a enganosidade da publicidade deve ser suficiente a ponto de, com grande probabilidade, influir decisivamente no comportamento do consumidor-padrão, levando-o a cometer um engano em sua decisão de consumidor". SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 213-215.

consumidor-padrão, mas sim pela condição do hipossuficiente"[558]. Deve-se levar em conta a especial vulnerabilidade concernente à saúde, idade, conhecimento ou condição social.

De fato, o comportamento do consumidor médio não é uniforme, uma vez que a publicidade varia conforme seu público alvo.

A disciplina da publicidade enganosa aplica-se à venda pessoal e à oferta[559].

Referindo-se ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, Valéria Furlan manifesta-se em sentido contrário: "Somente as mensagens coletivas que visam promover ou estimular o aumento no consumo de bens ou serviços constituem objeto deste artigo"[560].

Em relação à publicidade enganosa, uma pesquisa realizada pelo Instituto Ethos mostrou que a publicidade enganosa foi o principal motivo para o consumidor não adquirir o produto. É como revelam os dados: em 2000, 49%; em 2001 54% e em 2002, 43%[561].

Gino Giacomini Filho constatou que:

> [...] em levantamento efetuado em seis países europeus, ou seja, França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica e Luxemburgo, um anúncio é enganoso baseado no princípio da veracidade, quando traz indicações inexatas ou quando as indicações não correspondam à realidade[562]

Outra pesquisa realizada com moradores da cidade de São Paulo apontou que 82% dos entrevistados já foram enganados por anúncio publicitário[563].

---

[558] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 232.

[559] Nesse sentido: SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 230-231).

[560] FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 114.

[561] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável**: é o que todo anunciante deve fazer. São Paulo: Senac, 2007, p. 48.

[562] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 108.

[563] GIACOMINO FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 109.

Em suma, considera-se publicidade enganosa aquela impossível de ser cumprida como, por exemplo, a oferta de serviço de internet em área não coberta pelo serviço, situação apta a gerar indenização.

5.1.1 A classificação de J. Martins Lampreia

Neste trabalho, adotou-se a classificação de J. Martins Lampreia[564] para a publicidade enganosa[565], por entendê-la coerente, didática[566]. Além disso, é a classificação que mais se coaduna com o escopo da presente pesquisa.

A publicidade enganosa, caracterizada por J. Martins Lampreia, pode ser: a) dissimulada; b) oculta, clandestina ou indireta; c) subliminar[567].

A publicidade dissimulada consiste em um anúncio disfarçado no conjunto editorial. Nessa hipótese, o anúncio adota a mesma tipologia dos demais elementos editoriais para se fazer passar por matéria jornalística,

---

564 *Apud* GIACOMINO FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 108.

565 Segundo Judith Martins Costa, "é amplíssimo o espectro da proibição ao engano publicitário" COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 229.

566 Outras classificações são válidas e possíveis, como a apresentada por Judith Martins Costa, a qual entende pela sinonímia da publicidade clandestina, oculta e dissimulada. Assim, referindo-se à publicidade clandestina afirma que "tem caráter oculto, dissimulado, fingindo não ser publicidade o que em realidade o é. Disfarça-se, por vezes, em reportagem jornalística. Em outras, em "*mensagens de apoio" ou em homenagens as quais têm por fito, basicamente, colocar em evidência o nome do anunciante, seu produto ou serviço*, dissolvendo o intuito real de exaltação de suas vantagens ou características – com finalidade de "vender certa imagem" ao público – no intuito aparente da graciosidade da peça"[grifos no original]. COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 223). Maria Elisabete Vilaça Lopes sintetiza a publicidade clandestina, oculta e dissimulada como toda aquela cujo caráter comercial "pode ser, com algum esforço, percebido pelo destinatário, *embora a mensagem omita, deliberadamente, seu intuito publicitário".* COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 224.

567 Bem afirma Antonio Herman: "Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor". *Apud* COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, nr 22 p. 231.

apropriando-se da credibilidade de imprensa. Há quem defenda a legalidade dessa técnica, nominando-a de publicidade, em contraposição à propaganda, que seria o anúncio pago por patrocinador identificado[568]. Contudo, essa prática é ilegal, devendo qualquer anúncio ser identificado como informe publicitário, isolado da matéria jornalística.

A publicidade oculta, clandestina[569] ou indireta consiste na apresentação de produtos, serviços, empresas ou marcas no contexto de programas televisivos, teatrais ou filmes. Essa técnica vulgarizou-se pelo termo merchandising[570] e corresponde ao *tie in*.

A publicidade subliminar é caracterizada como o anúncio que contém informações emitidas fora do limiar da percepção[571].

Fernando Gherardini Santos apresenta outra classificação[572]. Para ele há duas espécies de publicidade simulada proibidas pelo CDC: subliminar e clandestina.

---

[568] Conforme já mencionado na obra de Zenone e Buaride.

[569] Judith Martins Costa entende que roda publicidade clandestina é também, em certa medida, enganosa. Assim, ela se posiciona da seguinte forma: "*toda publicidade clandestina é, em certa medida, também enganosa, porque finge ser o que não é*: esconde o caráter publicitário que efetivamente tem sob a aparente graciosidade da imagem ou texto vinculado. Nesta perspectiva a enganosidade não será diretamente antinômica ao princípio da veracidade, mas contraporá ao princípio *da identificação da mensagem publicitária* pelo qual se exige, para a configuração da licitude da peça publicitária, que o consumidor a identifique imediata e facilmente como tal (art. 36)". Contudo, ressalta que "embora haja uma clara distinção técnica entre a clandestinidade e a enganosidade da publicidade, ambas visam, por meios diversos, a enganar o consumidor, a primeira através da própria dissimulação do caráter ou natureza da mensagem publicada, a segunda, contrariamente, assumida como ela publicitária que é, mas falseando ou omitindo, em caráter integral ou parcial, informação sobre o bem anunciado. Demais disto, como bem anota Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin o conceito de enganosidade passível de ser deduzido do Código é extremamente amplo, *não se reduzindo ao de publicidade falsa*, uma vez que até mesmo uma publicidade correta pode ser enganosa, "seja porque informação importante foi deixada de fora, *seja porque seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo"*[grifos no original]. COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 224.

[570] Entretanto, como adverte Costa, "o merchandising é toda a ação de valorização e enriquecimento do produto no ponto-de-venda, destacando-o da concorrência, e levando o consumidor à decisão final de compra". *Apud* ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising**: conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas. São Paulo: Pionera Thomson Learning, 2005, p. 122.

[571] Define-se **percepção** como sensação acrescida de significado, sendo ela seletiva, conforme o interesse focado, deixando todo o resto como subliminar.

[572] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 228-229.

Publicidade subliminar é uma técnica de apresentar mensagens a uma velocidade só perceptível em nível subconsciente. Seu caráter pernicioso é patente, tanto que é coibida na maioria das legislações mundiais. Os resultados desse tipo de publicidade já foram, inclusive, cientificamente comprovados.

Sobre a publicidade clandestina pode-se dizer que é notícia travestida de caráter aparentemente imparcial, tais como reportagens, relatos "científicos", informes econômicos, mas, na verdade, carrega alguma espécie de publicidade. Tal prática é absolutamente vedada pelo CDC porque o consumidor padrão não identificará tal mensagem, ao menos de imediato, como quer o art. 36 deste diploma legal.

Guy Durandin explica que a publicidade clandestina é aquela cuja fonte verdadeira foi ocultada e tem como objetivo exercer influência sobre o público, evitando sua desconfiança. O autor esclarece ainda que:

> [...] a modalidade mais conhecida de publicidade clandestina é a chamada publicidade redacional, que consiste em inserir num jornal um texto pago por um anunciante, mas apresentando-o da mesma maneira que os artigos produzidos pela redação.[573]

O citado autor classifica a dissimulação em três graus: a) publicidade semiclandestina - artigos aparentemente comuns veiculados na imprensa, mas na verdade vêm acompanhados de mensagens ambíguas, geralmente impresas em letras muito pequenas; b) publicidade totalmente clandestina - artigos pagos, que se apresentam como informativos, mas sua natureza publicitária não é informada; c) a publicidade subliminar. Nos dois primeiros casos a fonte é oculta e no terceiro "o próprio conteúdo da publicidade não é percebido pelo público de forma consciente, mas agiria no subconsciente"[574].

Na interpretação de Wilson Carlos Rodycs:

> O caráter comercial da publicidade clandestina, oculta ou dissimulada, em regra, também passa despercebido ao consumidor

---

[573] DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 143.

[574] DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 143-144.

> porque há omissão, deliberada, do seu intuito publicitário. É o caso de reportagens sobre viagens, cuidados com a saúde, em matérias jornalísticas, filmes, novelas, peças de teatro, que também contêm mensagens sobre hotéis, clínicas, casas de repouso, moda etc., sempre de forma sutil, sem alertar o assistente para o fato de tratar-se de matéria publicitária. A forma correntia de publicidade clandestina é o chamado *merchandising*[575].

A publicidade não pode enganar nem direta (*v.g.* por meio de expressas afirmações falsas), nem indiretamente, por meio de associações sutis, sugestões implícitas ou outros efeitos subliminares.

Um exemplo da publicidade enganosa pode ser extraído de uma publicidade de veículo, cujo tamanho reduzido foi aumentado com os recursos da computação gráfica, justo para parecer maior do que o seu tamanho real.

Bem por isso, tem razão Marcelo Costa Fadel quando afirma que tudo "que é clandestino, oculto ou dissimulado é ilegal por natureza"[576].

As publicidades dissimulada, clandestina e subliminar são ilícitas. É o que depreende do art. 36, *caput*, ao dispor que "a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal". O Código de Defesa do Consumidor proíbe quaisquer espécies de publicidade implícita, pois é capaz de induzir o consumidor a erro quanto à natureza da mensagem por ele recebida.

Com efeito, essas modalidades de publicidade - dissimulada, clandestina e subliminar - tolhem a liberdade de escolha e, nos termos dos arts. 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, ludibriam a boa-fé.

Não é por outra razão que o art. 20 do Código de ética dos profissionais da propaganda veda a publicidade dissimulada, oculta e subliminar[577].

---

[575] RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor** 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 59.

[576] FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conar. **Revista de Direito do Consumidor** n. 50/153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165.

[577] 20. "A propaganda é sempre ostensiva. A mistificação e o engodo que, escondendo a propaganda, decepcionam e confundem o público, são expressamente repudiados pelos profissionais de propaganda".

Pertinente é o posicionamento de Jean Calais-Auloy quando afirma que a publicidade enganosa pode adotar qualquer meio: escrito, falado, imagens e mesmo odores[578].

Jean Calais-Auloy informa que em França prescinde-se da prova da má-fé para caracterizar o delito de publicidade enganosa. No crime de publicidade enganosa é o anunciante o responsável principal porque deu a ordem para a difusão da mensagem; é ele que procedeu às verificações necessárias para que a mensagem não se tornasse enganosa. A circunstância de o documento publicitário ter sido concebido por terceiro não tem o condão de exonerar a responsabilidade daquele que o utiliza por sua própria conta. A agência e o meio de comunicação podem ser responsabilizados penalmente com co-autores[579].

Importante mencionar que o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) instaurou processo por publicidade enganosa[580] em hipótese que não se tratava de publicidade enganosa, pois as informações constantes em embalagens e rótulos de DVDs não caracterizam publicidade.

O mesmo órgão divulgou nota técnica sobre a publicidade de veículos, para que não sejam consideradas abusivas ou enganosas[581].

---

578 "Il est même possible qu´un message olfactif constitue una publicité trompeuse » AULOY, Jean-Calais ; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 144-145.

579 AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation**, p. 147-149.

580 Brasília, 10/05/2006 – O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça instaurou nesta quarta-feira (10) processo contra a Flashstar Home Video por oferta incorreta e publicidade enganosa na venda de DVDs. A denúncia foi encaminhada pelo Juizado Especial Cível de Araraquara (SP).

As embalagens e rótulos dos DVDs apresentavam opções a mais do que os produtos realmente apresentavam, como versão widescreen 16:9 e sistema de som 5.1 no idioma Português. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main>. Acesso em: 9 abr. 2008.

581 A publicidade feita em revistas, jornais, encartes, folders e similares deverão utilizar letras de tamanho equivalentes ao corpo 8 da fonte arial, para facilitar a visualização. Para publicidade em televisão, outdoor e similares as letras tenham, no mínimo, um terço do tamanho da maior letra utilizada na publicidade. Tanto na publicidade feita em revistas, jornais e folders, quanto em televisão e outdoors, o fornecedor deverá apresentar fotografia ou qualquer espécie de representação gráfica do produto que corresponda ao preço ou às características informadas. Também deverão ser explicitadas quaisquer outras despesas ou encargos adicionais, bem como condições específicas de pagamento para que o produto seja adquirido, como exigência de entrada no pagamento ou subdivisão do preço em um número determinado de parcelas. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main>. Acesso em: 9 abr. 2008.

A título de exemplo, já houve caso de multa contra a Citröen por veicular publicidade enganosa[582].

5.1.2 Enganosidade por omissão

Guy Durandin destaca que: "Determinadas pessoas não consideram a omissão como uma mentira propriamente dita, pelo fato de não se afirmar nada falso". Mas "se aquilo que for omitido for importante para a pessoa com quem se fala, e se esta não tem acesso a outras fontes de informação, a omissão é semelhante à mentira, pois produz os mesmos efeitos"[583].

Terence Shimp esclarece que:

> A *indução ao erro* é definida pela FTC como uma declaração expressa ou implícita, contrária ao fato, enquanto que uma *omissão que induza ao erro* ocorre quando as informações qualificadas necessárias para evitar a prática, alegação, representação,

---

582 Brasília - A montadora Citröen foi multada nesta segunda-feira (28) pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça por utilizar publicidade enganosa na campanha "Bon Voyage Citröen". Na promoção, veiculada em dezembro de 2000, a empresa oferecia duas passagens aéreas para Paris na compra do veículo Xsara. A multa imposta à montadora foi de R$ 287.700.

De acordo com o DPDC, a empresa descumpriu o Código de Defesa do Consumidor ao não informar nas peças da campanha que a passagem oferecida seria para os trechos São Paulo/Paris/São Paulo ou Rio de Janeiro/ Paris/ Rio de Janeiro. O material publicitário trazia apenas a afirmação: "Compre um Citröen 0 km e ganhe 2 passagens para Paris. Não é sorteio. Comprou, ganhou", sem ressalvas sobre as restrições de partida do trecho aéreo. O DPDC apurou que a informação sobre os trechos aéreos oferecidos só chegava ao consumidor após a aquisição do veículo, no documento intitulado Carta de Crédito, entregue mediante a apresentação do "Pedido Firme de Compra". No material publicitário, há apenas a menção: "consulte o regulamento junto a uma concessionária Citröen". "Deve-se considerar a publicidade enganosa por omissão, já que a informação acerca dos trechos incluídos na referida promoção deveria ser facilmente alcançada pelo consumidor", afirma o diretor do DPDC, Ricardo Morishita, na nota de conclusão do processo. A empresa tem agora 10 dias para apresentar recurso ao secretário de Direito Econômico. Se a decisão for mantida, os valores deverão ser depositados no Fundo de Direitos Difusos. BRASIL. Ministério da Justiça. Direito do Consumidor. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/dpdc>. Acesso em: xx

583 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 84.

> expectativa ou crença razoável de ser induzido ao erro não são reveladas [grifos no original][584].

O art. 37, §3º do Código de Defesa do Consumidor trata da publicidade enganosa por omissão. Na expressão do referido diploma legal, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

A publicidade somente deve transmitir informações verdadeiras, ou seja, somente deve veicular os atributos reais dos produtos e serviços. Mas a lei não se contenta com isso. Não pode haver omissão de atributos considerados essenciais desses produtos e serviços[585].

Dado essencial é aquele efetivamente capaz de interferir na conduta do consumidor no que concerne à aquisição do produto ou serviço[586].

Existe ainda a possibilidade de a publicidade ser caracterizada como enganosa mesmo na hipótese de todas as informações serem verdadeiras, como na publicidade da UNIP, que divulgou ser a faculdade que mais aprovou no exame da OAB, mas não informou que os números eram absolutos. Considerando que é a faculdade que mais tem alunos, a informação era verdadeira. Mas, proporcionalmente, o índice não era dos melhores, podendo induzir o consumidor a erro.

Fernando Gherardini Santos segue afirmando que:

> A publicidade enganosa por omissão não será, jamais, aquela que não contiver alguma informação referente à enumeração do art. 31, Código de Defesa do Consumidor [...] somente a omissão capaz de

---

584 SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 70.

585 Nesse sentido Nelson Nery Junior: "A publicidade *falsa* pode ser verdadeira, mas, ainda assim, ser considerada como enganosa, se omitir *dado essencial* para aquele anúncio publicitário" (68).

586 Para Valéria Furlan ""dado essencial", tanto na publicidade enganosa por omissão, como na por comissão, será aquele, cuja ausência ou presença em desconformidade com a realidade, respectivamente, for capaz de induzir em erro o consumidor". FURLAN, Valéria C. P. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias**. Revista de Direito do Consumidor** n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 118.

> alterar o comportamento do consumidor-padrão poderá ser tachada de antijurídica e ser passível das sanções próprias[587].

O Ministério da Justiça já se manifestou quanto à publicidade enganosa por omissão[588]. O CONAR também apreciou caso de publicidade enganosa por omissão[589].

---

[587] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 219.

[588] **DPDC questiona propaganda de aparelho de ginástica passiva**

Brasília, 26/09/2003 (MJ) – O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) instaurou nesta sexta-feira processo administrativo contra a empresa Brazil Connection Comércio Importação e Representação Ltda, que comercializa estimuladores elétricos musculares, também conhecidos como aparelhos de ginástica passiva.

O processo deve analisar se a empresa teria deixado de informar claramente o consumidor sobre os reais efeitos alcançados com o uso do produto e os possíveis riscos que o aparelho pode trazer. O processo foi instaurado com base em denúncia feita por uma consumidora junto ao Procon de Goiás.

"Há indícios suficientes nos autos de que a empresa representada aparentemente deixa de informar adequada e claramente a seus consumidores sobre os riscos que seus produtos apresentam, que igualmente não se encontram informados de maneira ostensiva e adequada pelos documentos juntados aos autos pela representada em fase de averiguação preliminar, nem mesmo pelos manuais que acompanham os produtos respectivos", diz o despacho publicado no Diário Oficial.

Na denúncia, a consumidora alerta ainda para a uma possível venda dos aparelhos sem autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e para a proibição de venda destes produtos nos Estados Unidos depois de ter sido constatado o uso de propaganda enganosa.

De acordo com despacho do diretor do DPDC, Ricardo Morishita, dados técnicos enviados pela Brazil Connection também não conseguiram sustentar as mensagens publicitárias usadas na venda do produto, em que a empresa garante que o produto é capaz de "modelar a cintura", "diminuir o abdome" e "tonificar e modelar o corpo sem sacrifícios e sem esforços".

Segundo o DPDC, a publicidade usada pela empresa sugere que "nada mais seria necessário ao consumidor para alcançar os resultados demonstrados nas fotografias que ilustram as mensagens, além do uso dos referidos aparelhos". BRASIL. Ministério da Justiça. Direito do Consumidor. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/dpdc>. Acesso em: 9 abr. 2008.

[589] **"Tim, a única em todo o Brasil".**

Representação nº 234/02, em recurso ordinário.

Autora: Oi

Anunciante*:* Tim

Relatores*:* Ênio Basílio Rodrigues e Ricardo Rezende

Decisão*:* Alteração

Fundamento: Artigos 1º, 3º, 4, 23, 27, par. 1º, 2º e 3º e 50, letra b do Código.

A Câmara Especial de Recursos, em decisão unânime, confirmou recomendação anterior, pela alteração de campanha em vários meios de comunicação da operadora de telefonia celular Tim. A denúncia foi feita pela Oi, concorrente da Tim, que se sentiu atingida por

5.2 PUBLICIDADE ABUSIVA[590]

O Código de Defesa do Consumidor não conceitua a publicidade abusiva, apenas apresenta, no §2º do art. 37, um rol de verbos que podem caracterizá-la[591].

O *caput* do art. 37 é claro ao dispor que a publicidade abusiva é proibida.

Da norma depreende-se que a publicidade deve ser ética, sendo defeso veicular mensagens que tragam carga de preconceito, que violem os valores nela descritos. Tem caráter residual em relação à publicidade enganosa, abrangendo qualquer violação aos interesses da sociedade.

Fernando Gherardini[592] Santos enumera e explica as características básicas da publicidade abusiva. Para o autor: a) o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva a publicidade que agride valores essenciais da sociedade, como meio ambiente, igualdade de raças, deficiência da criança. É a que desrespeita valores básicos da sociedade, ofende valores socialmente relevantes; b) abusiva é toda publicidade que

---

concorrência desleal. Segundo a empresa Oi, a campanha em tela faz crer ser a Tim a única empresa de telecomunicações móveis ou que presta serviços do gênero utilizando uma única tecnologia em todo o Brasil, o que não traduz a realidade do mercado, na medida em que a própria Oi e outras 21 operadoras do Serviço Móvel Celular operam no país. Em sua defesa, a Tim afirma considerar verdadeira a informação de sua campanha, uma vez que é a única com autorização para operar em todo o Brasil com tecnologia própria. Em primeira instância, o relator sustentou seu voto pela alteração no fato de não haver, na campanha, a menção de que a Tim era a única empresa a operar em todo o território nacional – mas numa dada tecnologia, o que de forma alguma pode ser considerado um fato notório junto ao grande público.

590 "O regramento dado pelo CDC à segunda espécie de publicidade ilícita ali prevista, a abusiva, constituiu uma grande novidade no campo jurídico mundial [...] ao tempo da promulgação do CDC não havia nada no Direito alienígena que pudesse servir de parâmetro a tal espécie de prática comercial patológica". SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 220-221.

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

Parágrafo segundo - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

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

gerar (ou, ao menos, ter a potencialidade para tanto) um dano de natureza material ou não; c) os danos a serem evitados sempre terão a característica de difusos ou coletivos.

Por meio da expressão "dentre outras" fica claro que o rol é exemplificativo (*numerus clausus*). Nem poderia ser de outra forma, pois os valores sociais variam conforme a época e local. Vê-se, pois, que uma lei moderna e dinâmica como a Lei n. 8.078/90, não poderia e não deixou de considerar esse caráter de mudança e evolução da sociedade. Atento, o legislador também vislumbrou que acontecimentos da vida são muito mais ricos do que a sua imaginação e que podem ser utilizadas práticas abusivas não pensadas no momento que a lei foi elaborada.

O conceito de abusividade não se relaciona diretamente com o produto ou serviço anunciado, mas tão-somente com a mensagem veiculada.

Ressalta Antonio Carlos Efing que "o potencial abusivo da publicidade não afeta necessariamente os consumidores efetivos ou reais, mas sim os potencialmente consumidores que têm suas fragilidades exploradas"[593].

Consumidor, na atividade publicitária, não é apenas o potencial, mas todos aqueles expostos, mesmo os excluídos do consumo, que, entretanto, foram atingidos pelas práticas, principalmente as práticas abusivas. Nessa hipótese de consumidor equiparado, não é necessário o requisito de "destinatário final" do produto ou serviço. Isso porque, justamente por ser equiparado, por sua especial vulnerabilidade, dispensa-se o ato de consumo ou de potencialidade.

Suzana Maria Federighi entende que a publicidade abusiva "está relacionada à própria forma de abordagem do consumidor, não sendo obrigatório qualquer vínculo da nocividade da publicidade para com a lisura do produto"[594].

Assim, a publicidade pode se caracterizar como abusiva independentemente do produto ou serviço que venha a divulgar, pois o que

---

[593] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos dos direitos das Relações de Consumo**. 2ª edição revista e atualizada, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 195.

importa é o tipo de expediente utilizado para aproximar o consumidor do fornecedor. Não é necessária a ocorrência de efetivo dano ao consumidor, mais relevante é averiguar a potencialidade e a possibilidade de ele ocorrer.

Dessa forma, dependendo do conteúdo da mensagem veiculada, a publicidade subliminar pode ser considerada abusiva.

Existe entendimento de que a publicidade abusiva consiste em modalidade de abuso de direito[595].

Sua estrutura jurídica difere da publicidade enganosa, pois se esta "depende de uma definição clara da conduta omissiva ou comissiva danosa, a publicidade abusiva tem conteúdo mais extenso"[596].

A abusividade é conceito aberto ou indeterminado, que deve levar em consideração os valores da sociedade, sendo, portanto, amplo e flexível, ainda que a mensagem da publicidade seja verdadeira, a abusividade não é permitida[597].

O objetivo da norma é garantir a liberdade de escolha do consumidor para que a faça de modo consciente, "livre da influência de fatores estranhos que não constituem motivos justificáveis para a decisão de consumo"[598].

Bem enfatiza Suzana Maria Federighi que a publicidade abusiva:

> [...] é perniciosa pelo *aproach*; aproveita da fraqueza do destinatário ou da polemicidade do tema que encabeça a campanha, para chamar a atenção para si. Confunde ética com mesmice, substitui o talento publicitário pela injúria generalizada[599].

---

[594] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 69.

[595] SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n. 43/178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 189.

[596] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 85.

[597] NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 69.

[598] SPODE, Guinther**.** O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n. 43/178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 191.

[599] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. ¾.

E Cláudia Lima Marques sintetiza: "A *publicidade abusiva* é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo" [grifo no original][600].

A disciplina da publicidade abusiva aplica-se à venda pessoal, bem como a disciplina referente à oferta[601].

Em sentido contrário Valéria Furlan, para quem "Somente as mensagens coletivas que visam promover ou estimular o aumento no consumo de bens ou serviços constituem objeto deste artigo", referindo-se ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor[602].

O art. 46 do Projeto de lei francês proibe toda publicidade que contemple, sob qualquer forma, alegações, indicações ou apresentações suscetíveis de ensejar a prática de comportamentos nocivos à saúde ou à segurança das pessoas[603].

Em rigor, publicidade abusiva não é algo difícil de se reconhecer. Peculiar foi o caso analisado pelo DPDC, envolvendo a montadora Fiat[604].

---

[600] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 680.

[601] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing** – uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 230-231.

[602] FURLAN, Valéria C. P. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. **Revista de Direito do Consumidor** n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 114.

[603] LUCCA, Newton De. Direito do consumidor: aspectos práticos: perguntas e respostas. 2º edição. Bauru: Edipro, 2000, p. 59.

[604] Brasília, 04/10/2004 – A montadora Fiat vai responder a processo administrativo por suposta abusividade contida em uma de suas propagandas do modelo novo do Palio. O processo foi instaurado nesta segunda-feira (4) pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), a partir de denúncia apresentada por uma consumidora em novembro do ano passado.

A publicidade, exibida entre os dias 12 e 14 de novembro de 2003, mostra um ex-presidiário que, ao sair da cadeia, encontra o novo Palio. Logo em seguida, a imagem fica escura e é possível escutar o barulho de vidro sendo quebrado, seguido da frase "Ninguém resiste ao novo Palio".

De acordo com o DPDC, o Código de Defesa do Consumidor assegura proteção contra publicidade abusiva, que contenha conteúdo discriminatório, incite a violência, explore o medo ou superstição ou induza o consumidor a comportar-se de forma prejudicial. O conteúdo discriminatório, segundo o DPDC, ficaria caracterizado pela impressão passada ao telespectador de que um ex-presidiário jamais se reabilitará, estando disposto a cometer uma nova infração à lei apenas para ter o veículo.

Por seu turno, o CONAR já julgou diversas vezes casos em que a publicidade veiculada foi considerada abusiva[605].

Ao mesmo tempo, incitaria a violência. "A publicidade deixa claro através dos sons emitidos a violência empregada contra bem alheio com o intuito de torná-lo próprio, estabelecendo um precedente perigoso, pois aparentemente permite e aprova essa conduta, visto que `Ninguém resiste ao novo Pálio´", diz a nota técnica da Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos do órgão. BRASIL. Ministério da Justiça. Direito do Consumidor. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/dpdc>. Acesso em: 9 abr. 2008.

[605] 1) Representação nº 271/03

Autor: Conar, por iniciativa própria

Anunciante e agência: Ace e Proinfo

Relator: José Manoel Cascão Costa

Decisão: Sustação

Fundamento: Artigos 1º, 3º, 6º, 24 e 50, letra c do Código

O diretor executivo do Conar propôs representação contra a Ace Lâminas de Segurança e sua agência Proinfo por entender que anúncio em revista, que mostra um homem mascarado disparando tiros de revólver contra o vidro de um carro com pessoas dentro, explora o medo como argumento de venda, o que é reprovado pelo Código ético-publicitário. Para o anunciante, a peça transmite a idéia da segurança oferecida pelo seu produto – vidros automotivos de alta resistência.

Em decisão unânime, atendendo à sugestão do relator, a 2ª Câmara deliberou pela sustação do anúncio da Ace e da Proinfo.

2) Representação nº 101/03.

Autor: Conar, a partir de queixa de consumidor

Anunciante e agência: Associação dos Lojistas do Goiânia Shopping e Insite
Relator: Arthur Amorim

Decisão: Arquivamento

Fundamento: Artigo 27, nº 1, letra a do Rice

A liquidação vai começar e uma senhora idosa e uma jovem disputam aos empurrões e outros truques o privilégio de ser a primeira cliente a chegar à loja. Quando a jovem está a apenas alguns passos de distância do seu objetivo, a senhora maneja com habilidade uma bengala, fazendo a jovem tropeçar e cair ao chão. A senhora, orgulhosa do feito, ganha a corrida. Esta cena, em filme para a TV do Goiânia Shopping, foi alvo de protesto de uma consumidora da cidade, que a considerou exemplo de comportamento inadequado e deseducativo, inclusive em relação ao idoso.

Em sua defesa, a agência nega a interpretação da consumidora.

Para o relator, trata-se apenas de um comercial "que se esforça para ser bem-humorado, retratando uma velhota que se comporta como toda consumidora gostaria de poder fazer para chegar na frente". Ele propôs arquivamento, voto aceito por unanimidade.

6 PUBLICIDADE SUBLIMINAR[606]

6.1 CONCEITO E ETIMOLOGIA DO TERMO "SUBLIMINAR"

O vocábulo subliminar origina-se do latim (*sub limen*, "sob limite") e significa abaixo do limiar da consciência.

O Dicionário Houaiss define subliminar como estímulo indireto que atua no subconsciente.

Consta do Caldas Aulete a seguinte definição: "Diz-se de estímulo que não atinge o liminar da consciência, e atua no nível do subconsciente (propaganda subliminar)"[607].

O Dicionário de Filosofia, de Nicola Abbagnano, apresenta o termo subliminar como sendo o mesmo que inconsciente. Esclarece que a palavra foi divulgada por F Myers (*Human Personality and its Survival of Bodily Death*, 1903), que com ele designou o vasto domínio que está sob o limiar da consciência, onde aos poucos se vai acumulando o material que será utilizado na criação genial.

Do ponto de vista da psicologia, entende-se por subliminar qualquer estímulo abaixo do limiar da consciência que produz efeitos psíquicos. Christiane Gade aduz que "por percepção subliminar se entende a influência exercida sobre a atitude ou o comportamento por uma mensagem ou informação que não é percebida conscientemente"[608].

---

606 Como bem afirma Judith Martins Costa, "técnicas diversas se multiplicam. Em certos casos as peças publicitárias tentam dissimular a sua natureza, sempre em busca da melhor relação custo-benefício na persuasão dos potenciais consumidores" (COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 223).

607 AULETE, Caldas. **Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004)

608 GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU, 1998, p. 42.

6.2 EVOLUÇÃO E UTILIZAÇÃO DE MENSAGEM SUBLIMINAR

Flávio Mário Calazans, citando Wilson Brian Key, revela que Demócrito (400 a.C.) foi quem primeiro vislumbrou a percepção subliminar quando mencionou que "nem tudo o que é perceptível pode ser claramente percebido". Platão teria aprofundado o tema na obra "Timeu", depois detalhado por Aristóteles na sua teoria dos umbrais da consciência na obra "Perva naturalia". Após citar diversos autores que direta ou indiretamente trataram do tema, como Montaigne, Leibniz, Freud, invoca a "Teoria da Exclusão" de Poetzle. A idéia é que um estímulo captado pelo consciente não poderia se manifestar nos sonhos subseqüentes, mas o "conteúdo dos sonhos consiste em informações percebidas subliminarmente"[609].

Channouf apurou registros de pesquisas com subliminares desde Pierre e Jastrow no ano de 1884, baseadas em estudos de Locke, Leibniz, Helveticus, Helmholtz e James. Esclarece que Étiene Bonnot de Condillac, em 1746, foi o primeiro a descrever como as impressões do mundo exterior recebidas sem consciência afetam estados de ânimo. Miller, em 1939 relacionou a psicologia motivacional a estímulos subliminares e Dixon, em 1971, sistematizou os experimentos anteriores sobre subliminares e concluiu que os estímulos subliminares ativam receptores periféricos sem um efeito consciente[610]. Nos anos 1950 e 1960 foram utilizadas diversas vezes as imagens subliminares na publicidade[611]. Há ainda os estudos de Lloyd Silverman, a partir de 1964, sobre a psicodinâmica subliminar[612].

Guy Durandin informa que a publicidade subliminar:

> [...] foi freqüentemente empregada nos Estados Unidos há mais de dez anos para vender produtos de higiene pessoal, cigarros, bebidas, coisas que têm relação com o corpo e, portanto, com a sexualidade. Na França, nos últimos anos multiplicaram-se não apenas os cubos de gelo, mas garrafas meio envoltas em papel de seda, em cujas

---

609 CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7 ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 32.

610 *Apud* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7 ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 33-34.

611 CHANNOUF, Ahmed. **Les images subliminales.** Paris: Puf, 2000, p. 80.

612 CHANNOUF, Ahmed. **Les images subliminales**, p. 34.

> dobras se podia ver muitas formas. É observável, portanto a utilização de estímulos ambíguos[613].

Conforme o relato de Flávio Mário Calazans, a técnica de inserção de publicidade subliminar teria sido utilizada pela primeira vez em 10 de junho de 1956, durante a exibição do filme *Picnic*, nos Estados Unidos. Conta que se projetou sobre o filme, por meio de um aparelho conhecido por taquicoscópio, a frase "Beba Coca-Cola", isto de modo tão veloz que o consciente não poderia captar a mensagem, vale dizer, em intervalos de cinco segundos, por 1/3.000 de segundo. O resultado veio com um aumento na venda do produto, percentualmente calculado em 57,7%. A experiência foi repetida posteriormente com pipoca e novamente se verificou um aumento da na comercialização do produto[614].

De acordo com Ignácio Ramonet, James Vicary - a quem é atribuída a experiência de inserção de imagens-flash com duração de alguns centésimos de segundo, combinada com espectadores comendo pipoca e bebendo Coca-Cola (um aumento de 57,7% e de 18,1%, respectivamente) – afirmou , mais tarde, que o seu estudo era falso e que havia mentido[615].

Contudo, a existência e eficácia do experimento não estão descartadas, mesmo diante da suposta retratação de Vicary. Além de haver data e local do evento, as circunstâncias da retratação não estão devidamente esclarecidas[616].

Outro relato de Flávio Mário Calazans informa que nos idos de 1974, Sam McLoud utilizou, pela primeira vez na publicidade, o subliminar

---

613 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 151.

614 CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7 ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 26/28. Christiane Gade descreve o evento da seguinte forma: "O experimento mais conhecido em termos de propaganda subliminar é o realizado pela 'Subliminal Projection Company', em New Jersey, a qual superpôs a um filme, em intervalos de cinco segundos, as palavras '*Eat popcorn*' (coma pipoca) e '*Drink coke*' (Beba Coca-Cola) projetados em 1/3.000 de segundos. Os resultados teriam sido um aumento da venda de pipoca em 18% e de Coca em 57% no bar do cinema durante os intervalos". GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU, 1998, p. 42.

615 RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas. Massas, televisão, cinema.** Tradução: Luís Filipe Sarmento e Isabel Salvado. 2ª Edição. Porto: Campo das Letras, 2000, p. 49.

616 Nesse sentido, CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia,** p. 281.

na televisão. Nessa experiência foi exibida a expressão "compre-o" sobreposta à imagem do jogo "Kusker Du", por quatro vezes e em frações de segundo. A Comissão Federal de Comunicação dos Estados Unidos determinou a proibição da veiculação, por ser contrária ao interesse público[617].

Gino Giacomini Filho informa que no dia 6 de junho de 1958 realizou-se "a primeira experiência de propaganda subliminar através da TV Tupi (São Paulo e Rio) com os anunciantes Nova Iorque e Porto Velho (imobiliárias)"[618].

6.3 O FUNCIONAMENTO DAS MENSAGENS SUBLIMINARES

O mecanismo de funcionamento das mensagens subliminares ainda não está devidamente esclarecido em todos os detalhes[619].

Reynaldo Andrade da Silveira, a respeito, afirma que:

> [...] veicula-se a publicidade subliminar por meio de mensagem 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. A mensagem não convida, diretamente, o consumidor a adquirir um produto ou serviço. Mas, a repetição das inserções fica registrada no inconsciente do consumidor, e, na ocasião em que necessita do produto/serviço, esse 'registro' gravado de forma espontânea no

---

617 CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia,** p. 30.

618 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 36.

619 Ignacio Ramonet aduz que "no final dos anos 50, os *spots* projectados nas salas de cinema duravam, em média, de *um a três minutos*; actualmente, os *spots* na televisão duram, em média, de *oito da trinta segundos*. Poder-se-ia mesmo imaginar um *spot* publicitário reduzido a *uma só imagem* cujo efeito sobre o espectador seria, no entanto, considerável. Um tal procedimento, designado por *imagem subliminar*, torna a publicidade invisível e imperceptível. Com efeito, inserindo uma imagem parasita entre as vinte e quatro que desfilam por segundo no cinema (vinte e cinco na televisão), a persistência retiniana não se produz. O olho vê e o cérebro é informado, mas *abaixo* do limiar de consciência. Por efeito subliminar (do latim *sub limen,* 'sob limite'). Desde há mais de um século que os especialistas tentam determinar em que medida uma imagem (mas também um som ou uma palavra), apresentada de forma tão fugaz que a pessoa crê não a ter apreendido, pode, apesar disso, afectar o seu julgamento, ou a sua percepção consciente. Já em 1898, em Harvard, um investigador, Boris Sidis, demonstrava que cobaias que só distinguiam "um ponto tênue" em cartas colocadas ao longe eram capazes de nomear a letra que ali estava inscrita com uma taxa de resposta correcta superior àquela que resulta do acaso". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 48.

> inconsciente do consumidor aflora, como se fora 'uma opção espontânea'[620].

Segundo Guy Durandin:

> O processo de intenção nesse terreno é, aliás, fácil de realizar, pois qualquer imagem complexa constitui um teste de projeção, durante o qual cada indivíduo pode concretizar suas fantasias. Há muito tempo se fazem imagens em que o jogo é descobrir uma forma em outra, por exemplo a mulher do lavrador no lenço que ele tem no pescoço. Mas, assim como o processo é fácil fazer, é também fácil negar sua intenção [621].

Entretanto, sua eficácia ainda é colocada em dúvida[622]. Chrisitane Gade, ao se referir ao experimento de Vicary, aduz que "não existem dados metodológicos a respeito deste experimento que garantam que este resultado de vendas se deva unicamente à projeção das palavras e não a outras variáveis não controladas"[623].

Por outro lado considera que:

> Em termos de estimulação subliminar, determinados estímulos em publicidade podem cair acima ou abaixo do limiar da consciência de determinados indivíduos e, ainda, ser distorcidos em função de uma seletividade perceptiva, neste nível, ou por uma predisposição pessoal[624].

---

620 SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Práticas mercantis no direito do consumidor**. 1. ed. (1999), 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004, p. 127.

621 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 151.

622 "As experiências provaram que esse tipo de propaganda silenciosa não suscita, em rigor, senão necessidades primárias (vontade de beber, de comer, de fumar, de se refrescar [...] e de forma nenhuma consegue impor uma marca precisa de um produto". "Não há nenhuma prova de que uma pessoa possa agir sob a influência de uma percepção subliminar", afirma o professor Philip Merikle, da Universidade de Waterloo, no Canadá. Outros mantêm que essa influência existe; [...], mas a duração de vida desta influência subliminar é extremamente reduzida: 'Após 200 milionésimos de segundo, o efeito desapareceu', assinala o professor Juan Segui, director do Laboratório de Psicologia Experimental de Boulogne-Billancourt". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema, p. 49.

623 GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 42, 43. A autora acrescenta que: "Nada garante o sucesso da propaganda subliminar, e a insuficiência de dados experimentais, além do aspecto ético, faz com que este método tenha sido abandonado em favor da propaganda controlada aberta. Contudo, conforme se abordará mais adiante, este método não foi abandonado.

624 GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 42.

Christiane Gade, advertindo inexistirem dados do experimento, relata que:

> [...] provém da empresa americana Procon, que também se dedica ao estudo da percepção subliminar e que alega ter conseguindo, num experimento controlado, que pessoas, às quais eram apresentadas subliminarmente palavras neutras pareadas com um pequeno choque elétrico, avaliassem posteriormente estas palavras negativamente[625].

Não obstante, até o atual estágio do conhecimento pode-se associar o funcionamento da publicidade subliminar com o inconsciente. Bem por isso é importante discorrer brevemente sobre o cérebro humano.

6.3.1 O cérebro

O cérebro humano opera de dois modos: ou de forma automática, ou por meio de "programação", sendo que o primeiro permite a reprogramação. Trata-se de um funcionamento não não-linear e que não se explica pela lógica matemática ou mecânica. O armazenamento das informações obedece a estruturas associativas em cadeia. Assim, a partir de uma série de associações, o cérebro, de forma consciente ou inconsciente, pode formar novas associações. As atividades são conscientes e inconscientes e têm três níveis distintos (reptiliano, que controla as funções orgânicas e algumas reações instintivas; mamífero que controla as emoções e a sexualidade; noemamífero, que controla a linguagem e os processos intelectuais), tem quatro ciclos de ondas elétricas (beta – estado de alerta ou excitação, alfa – estado de calma e tranqüilidade, teta e delta – referem-se aos dos sonos leve e profundo). São quatro as formas de captação de informações (visual, auditiva, cinestésica (olfato, paladar e tato), digital ou polivalente e trabalha com mapas e filtros mentais).

---

[625] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 42.

Ao contrário do defendido por Bérgson, para o qual o pensamento vem da alma, na verdade o pensamento tem origem no cérebro. Existe uma materialidade do pensamento e da memória[626].

Segundo Philippe Meyer:

> No estado atual das neurociências, o pensamento, a memória consiste numa modificação físico-química da matéria cerebral, [...] uma atividade físico-química intensa acompanha as funções cognitivas cerebrais, derrubando a hipótese de que a memória seja de natureza espiritual [tese defendida por Bérgson, segundo o qual o cérebro é mero órgão de ação] e de que a memória cerebral se reduza a uma memória proprioceptiva[627].

O sistema límbico relaciona-se com a emoção e a memória. O septo refere-se ao prazer, inclusive o sexual, o hipocampo à memória e a amígdala às emoções. fonte

Em suma, pelo aspecto neurológico nota-se que existe a possibilidade de a "informação" subliminar ficar registrada no cérebro.

6.3.2 O inconsciente

De início quadra mencionar que muitos cientistas e filósofos negam a existência de uma psique inconsciente, enquanto outros tantos acreditam que ele existe.

Guy Durandin, sobre o tema, informa:

> Freud estudou os fenômenos inconscientes com objetivo científico e terapêutico [...] Mas as descobertas psicanalíticas foram utilizadas com objetivo radicalmente diferente na publicidade: sob o nome de estudos de motivação, Ernest Dichter, autor de *La Stratégie du Désir* (1961), e seus alunos procuraram descobrir as motivações inconscientes dos compradores potenciais, não para lhes revelar, mas para explorá-las. A mentira, nesse caso, não recai nos produtos, mas no psiquismo dos compradores; faz-se que acreditem estar agindo por um motivo, quando sua decisão é em parte determinada

---

626 As partes conhecidas do quebra-cabeça químico da memória são extraordinariamente complexas e as zonas desconhecidas continuam sendo imensas. Mas a materialidade dos fenômenos mnêmicos não pode mais ser discutida (MEYER, Philippe. **O olho e o cérebro**: biofilosofia da percepção visual. São Paulo: Unesp, 2002, p. 22).

627 MEYER, Philippe. **O olho e o cérebro**: biofilosofia da percepção visual. São Paulo: Unesp, 2002, p. 26, 29.

> por outro, do qual seria desagradável, em graus variáveis, tomar consciência[628].

O cérebro humano possui atividades conscientes e inconscientes. O consciente se relaciona com o estado de atenção, o sentimento e a percepção, tanto interna como externamente. O inconsciente trabalha com todo o resto, até daquilo que o indivíduo não está atento.

Carl Gustav Jung, como estudioso da mente humana, ensina:

> Há certos acontecimentos de que não temos consciência. Permanecem, por assim dizer, abaixo do limiar da consciência. Aconteceram, mas foram absorvidos subliminarmente, sem nosso conhecimento consciente. Só podemos percebê-los nalgum momento de intuição ou por um processo de intensa reflexão que nos leve à subseqüente realização de que *devem* ter acontecido. E apesar de termos ignorado originalmente a sua importância emocional e vital, mais tarde brotam do inconsciente como uma espécie de segundo pensamento. Este segundo pensamento pode aparecer, por exemplo, na forma de sonho [grifo no original][629].

E continua afirmando que:

> Uma parte do inconsciente consiste de uma profusão de pensamentos, imagens e impressões provisoriamente ocultos e que, apesar de terem sido perdidos, continuam a influenciar nossas mentes conscientes.

Trata-se de "um conceito científico básico e indispensável a qualquer investigação psicológica séria"[630].

Por mais que se pense ter consciência plena da apreensão da realidade, sempre existe o lado inconsciente desta percepção[631].

É de Christiane Gade o seguinte ensinamento:

> Em psicologia se sabe que a escolha é feita em parte em função de motivos inconscientes. Na situação de compra, o consumidor tende a agir de forma emocional e compulsiva, reagindo no plano do inconsciente a imagens e produtos que seu subconsciente associa ao produto[632].

---

628 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 201.

629 Christiane Gade. **O homem e seus símbolos**, p. 23.

630 Christiane Gade. **O homem e seus símbolos**, p. 102.

631 JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos,** p. 23.

632 GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 109.

Mais adiante Carl Gustav Jung preleciona:

> Os pensamentos e idéias esquecidas não deixam de existir. Apesar de não se poderem reproduzir à vontade, estão presentes num estado subliminar – para além do liminar da memória – de onde podem tornar a surgir espontaneamente a qualquer momento, algumas vezes anos depois de um esquecimento aparentemente total. [...] todos nós vemos, ouvimos cheiramos e provamos muitas coisas sem notá-las na ocasião, ou porque a nossa atenção se desviou ou porque, para os nossos sentidos, o estímulo foi demasiadamente fraco para deixar uma impressão consciente. O inconsciente, no entanto, tomou nota de tudo, e estas percepções sensoriais subliminares ocupam importante lugar no nosso cotidiano. Se o percebermos, influenciam a maneira por que vamos reagir a pessoas e fato[633].

O inconsciente contém todas as impressões subliminares sem energia psíquica para alcançar a superfície da consciência[634].

Carl Gustav Jung relata a experiência vivida por um professor que, durante uma conversa com um aluno, sem qualquer motivação, vieram-lhe à mente lembranças da infância. Percebeu, então, que o cheiro de ganso existente no local desencadeou uma série de recordações, pois vivera em uma fazenda onde se criavam gansos. Houve o registro subliminar do cheiro e a percepção inconsciente foi responsável pela lembrança das experiências da infância. Na interpretação do psicanalista, as recordações em estado subliminar não podem ser reproduzidas voluntariamente. Outro exemplo dado por Jung é do anúncio da Volkswagen, no qual foram dispostos carrinhos em miniatura, formando o emblema Volkswagen, com a intenção de "detonar" no espírito do consumidor recordações inconscientes de sua infância. "Se forem lembranças agradáveis, o prazer estará associado (inconscientemente) ao produto e à marca"[635].

Para Carl Gustav Jung, há três níveis psíquicos: a) da consciência; b) do inconsciente pessoal; c) do inconsciente coletivo. O inconsciente pessoal é composto dos conteúdos que perderam identidade e caíram no

---

633 JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 34.

634 Apud CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 41.

635 JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 35-36.

esquecimento, ou aqueles dos quais a consciência se retirou (repressão) e todos aqueles que nunca chegaram a ser conscientes, os subliminares[636].

Em decisões judiciais já se observou, amiúde, o argumento de que a pessoa adquiriu o produto porque quis. De fato, existem inúmeras sentenças prolatadas nesse sentido, especialmente em demandas que envolvem a indústria do tabaco, frisa-se, "fumou porque quis".

O argumento, entretanto, é superficial e deixa de analisar a fundo a mente:

> Muitas pessoas superestimam erradamente o papel da força de vontade e julgam que nada poderá acontecer à sua mente que não seja por decisão e intenção próprias. Mas precisamos aprender a distinguir cuidadosamente entre o conteúdo intencional e o conteúdo involuntário da mente. O primeiro se origina da personalidade do ego; o segundo, no entanto, nasce de uma fonte que não é idêntica ao ego, mas à sua 'outra face'. [...]
> O inconsciente tem a capacidade de examinar e concluir, da mesma maneira que o consciente e é dirigido principalmente por tendências instintivas, representadas por formas de pensamento correspondentes – isto é, os arquétipos[637].

O célebre psicanalista Sigmund Freud, a respeito do tema analisa:

> Quase todo nosso comportamento é guiado, dirigido, pelo conteúdo do nosso inconsciente, o que explica por que muitas vezes realmente não sabemos por que fizemos o que fizemos. É o que se denomina *motivação inconsciente* (apesar de que o que é inconsciente de fato é a causa, não o motivo). [...] no inconsciente guardamos todas as nossas memórias e recordações [grifos no original][638].

Sobre a influência dos registros do inconsciente nas decisões de consumo, Christiane Gade afirma que:

> A escola de psicologia analítica indica que os motivos de compra e consumo têm suas raízes no inconsciente, tendo relação com os instintos da libido, que se estruturam na primeira infância, por exemplo, nas fases oral, anal e fálica[639].

---

[636] *Apud* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 41.

[637] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**, p. 37, 78.

[638] *Apud* SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 49-50.

[639] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 21.

Jean Baudrillard também relaciona o inconsciente com a sociedade de consumo:

> Os analistas começam a debruçar-se doutamente, com delicioso calafrio, sobre os fantasmas publicitários, sobre as manifestações de oralidade devoradora, de analidade ou de fálico aqui e além presentes – tudo ramificado no inconsciente do consumidor que apenas estava à espera de ser manipulado (pressupõe-se desde já tal inconsciente, uma vez que Freud assim disse – essência escondida cujo alimento preferido é o símbolo ou o fantasma). Existe o inconsciente e, depois, os fantasmas que o importunam. Esta miraculosa conjunção promove a venda[640].

A linguagem do inconsciente, ensina Mário Ernesto René Schweriner, é pré-verbal, icônica, figurativa e concreta. Na interpretação deste autor:

> Freqüentemente, causas [estímulo] externas e internas interagem, e as externas despertam causas inconscientes até então adormecidas, gerando um forte motivo acirrador do comportamento [...] Nosso repertório de causas internas inconscientes é um verdadeiro campo minado, cada mina pronta para explodir ao menor contato de estímulos externos. Dessa maneira, uma causa externa que isoladamente já poderia produzir um motivo poderoso, quando ativa a mina enterrada, deflagra motivos explosivos que despertam causas inconscientes até então adormecidas. Pode parecer maquiavélico, mas as estratégias de comunicação da empresa devem, na medida do possível, impedir que o consumidor acione a consciência [...][641].

Portanto, a mensagem subliminar pode ficar armazenada no cérebro, penetrar diretamente no inconsciente e lá fixar-se, sem o filtro do consciente. Do mesmo modo, pode ser recuperada a qualquer momento. Os estudiososos ainda não explicaram, pois, até quando (horas, dias, meses ou anos) essas mensagens permanecem no cerébro, nem quais os fatores recuperantes.

6.3.3 Gestalt

De acordo com as anotações de João Gomes Filho:

---

640 BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 156.

641 SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 31-32.

> A Gestalt é uma escola de psicologia experimental. Considera-se que Chrisitian von Ehrenfels, filósofo austríaco de fins do século XIX, foi o precursor da psicologia da Gestalt. O movimento gestaltista atuou principalmente no campo da teoria da forma, com contribuição relevante aos estudos da percepção, linguagem, inteligência, aprendizagem, memória, motivação, conduta exploratória e dinâmica de grupos sociais. A teoria da Gestalt, extraída de uma rigorosa experimentação, vai sugerir uma resposta ao porquê de umas formas agradarem mais e outras não. Esta maneira de abordar o assunto vem opor-se ao subjetivismo, pois a psicologia da forma se apóia na fisiologia do sistema nervoso, quando procura explicar a relação sujeito-objeto no campo da percepção[642].

Christiane Gade esclarece que a denominação Gestalt, em alemão, significa "figura" e que para os adeptos desta escola de psicologia "[...] existe uma tendência humana para organizar e interpretar as partes da informação para formar um todo com significado, uma figura significativa"[643].

De acordo com a teoria da Gestalt, o que acontece no cérebro não se identifica com o que ocorre na retina[644]. Nem tudo o que parece ocorre no mundo dos fatos, manifestando-se o fenômeno da ilusão de ótica, a saber: a Ilusão de Muller-Lyer, o cubo de Becker, o tridente de Schuster e a figura de Rubin (Anexo K), entre outros peculiares exemplos (Anexo L).

Segundo Guy Durandin, constata-se que:

> Certas imagens prestam-se a interpretações diferentes segundo algumas de suas partes sejam consideradas como 'figura' ou como 'fundo'. A forma dessas diversas partes, a sobreposição de umas às outras, as diferenças de iluminação e de coloração permitem introduzir uma imagem global, imediatamente identificada, imagens parciais, ou então letras, que só serão percebidas no nível do subconsciente[645].(Anexo M)

---

642 GOMES FILHO, João. **Gestalt do objeto: sistema de leitura visual da forma**. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Escrituras, 2008, p. 18.

643 GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 40.

644 Conforme explica Philippe Meyer, a noção de que é o cérebro que na verdade "vê" as imagens e não o olho, vem desde Aristóteles: "Para Aristóteles, o olho recebe um estímulo visual, mas é o cérebro que produz a sensação. Os neurofisiologistas determinaram as leis da transdução das imagens na retina: a complexidade existe já nessa primeira etapa periférica, que não pode ser comparada a uma emulsão fotográfica submetida ao choque dos fótons. Mas já Aristóteles compreendera as posições respectivas dos processos de captura luminosa e de integração da imagem". MEYER, Philippe. **O olho e o cérebro**: biofilosofia da percepção visual, 2002, p. 38.

645 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 150.

As Leis da Gestalt, segundo João Gomes Filho[646], são: unidade, segregação, unificação, fechamento, continuidade, proximidade e semelhança e pregnância da forma. A explicação que dá para elas é a seguinte:

a) unidade: é o conjunto de mais de um elemento, que configura o "todo" propriamente dito, ou seja, o próprio objeto;

b) segregação: é a capacidade perceptiva de separar, identificar, evidenciar, notar ou destacar unidades, em um todo compositivo ou em partes deste todo, dentro de relações formais, dimensionais de posicionamento (Anexo N);

c) unificação: consiste na igualdade ou semelhança dos estímulos produzidos pelo campo visual (Anexo O);

d) fechamento: é a ordem espacial que tende à formação de unidades em todos fechados, ou seja, é a sensação de fechamento visual por meio de agrupamento de elementos de maneira a constituir uma figura total mais fechada ou completa (Anexo P);

e) continuidade: é a impressão visual de como as partes se sucedem por meio da organização perceptiva da forma de modo coerente, sem quebras ou sem interrupções (descontinuidade) na sua trajetória ou na sua fluidez. É também a tendência dos elementos de acompanharem uns aos outros, de maneira tal que permitam a continuidade de um movimento para uma direção já estabelecida, por meio de unidades formais como pontos, linhas, planos, volumes, cores, texturas, brilhos, degrades.

f) proximidade: elementos próximos uns dos outros tendem a ser vistos juntos e, por conseguinte, a constituírem um todo ou unidades dentro de um todo (Anexo Q);

g) semelhança: é a tendência de constituição de unidade pela igualdade de forma e de cor (Anexo R);

h) pregnância de forma: as forças de organização da forma tendem a se dirigir tanto quanto o permitam as condições dadas, no sentido da harmonia e do equilíbrio visual. Qualquer padrão de estímulo tende a ser

---

[646] GOMES FILHO, João. **Gestalt do objeto: sistema de leitura visual da forma**. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Escrituras, 2008, p. 29/38.

visto de tal modo que a estrutura resultante é tão simples quanto o permitam as condições dadas[647].

Assim, pela teoria da Gestalt explica-se porque, apresentada uma certa figura (Anexo S) vê-se um triângulo ou um cubo que não existem.

Também foi utilizada a técnica da Gestalt no desenho animado Rei Leão (Anexo T) e na publicidade da Gucci (Anexo U), para fins de efeitos subliminares.

A psicologia da Gestalt apresenta "o conceito de figura e fundo como o mais primitivo processo da percepção, quando um órgão sensório focaliza e destaca um padrão de estímulos como figura, deixando o resto como fundo"[648] (Anexo V) – Desenho de Escher).

As "figuras reversíveis" da Gestalt possuem a característica de mais de uma interpretação perceptiva. "A reversibilidade é uma percepção do aparente do oculto [conceito que adiante será apresentado]. Isso porque ela é uma forma que se constrói e se dissipa"[649].

Peirce admite dois tipos de pensamento - por contigüidade e por similaridade - que geram dois eixos. O eixo sintagmático – contigüidade, conceitos, símbolos, verbal, lógico, hierárquico (lado esquerdo do cérebro). O eixo paradigmático – similaridade, modelo ícone, não-verbal, analógico, anárquico (lado direito do cérebro). É a região icônica do pensamento inconsciente, o subliminar icônico. A decodificação de uma imagem global é instantânea: em frações de segundo o olho faz uma varredura da imagem, e uma imagem vale por mil palavras[650]. Por outro lado, "A capacidade de convencimento de uma imagem é muito maior que a de um texto"[651] e proporcionam uma "melhor memorização do que as palavras"[652].

De fato, segundo Terence Shimp:

---

[647] As definições são de João Gomes Filho (**Gestalt do objeto: sistema de leitura visual da forma**. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Escrituras, 2008, p. 29, 38)

[648] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 39.

[649] BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas,** p. 108.

[650] *Apud* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 56.

[651] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**1991, p. 51.

[652] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 77.

> As imagens mentais desempenham um papel importante em vários aspectos do processamento de informações do consumidor: compreensão, recordação, recuperação, formação atitude e escolha [...].
> Fotos e estímulos visuais são mais bem lembrados (comparados com verbalizações abstratas ou concretas) porque são especialmente capazes de evocar imagens. Uma explicação mais formal é fornecida pela **teoria de codificação dupla**, que afirma que as fotos são representadas na memória em forma verbal e visual, enquanto que as palavras têm menos probabilidades de ter representação visual [grifos no original][653].

A principiologia da Gestat (figura-fundo) também é utilizada na decoração dos ambientes de consumo.

Christiane Gade, ao tratar do aprendizado por associação, explica que:

> As técnicas freqüentemente utilizadas, são aquelas nas quais aparecem paisagens, esportes ou música, por exemplo natalina, e o produto e marca, visando associar a resposta emocional positiva aprendida secundária aos estímulos apresentados que compõem o fundo, com o produto e marca que compõem a figura[654].

A psicologia da Gestalt é utilizada nas percepções subliminares. Portanto, as mensagens subliminares podem ficar armazenadas no cérebro, apreendidas de forma inconsciente, por meio de imagens, já que "O anúncio tem forma e conteúdo cujo conjunto forma uma Gestalt, uma figura"[655].

6.3.4 Os sentidos

Qualquer órgão dos sentidos humanos pode ser afetado pelo estímulo subliminar, sendo os mais comuns os visuais e auditivos.

Para a publicidade, o "melhor mesmo é proporcionar um aluvião de estímulos que atuem, de preferência, em todos os órgãos dos sentidos"[656].

Assim, segundo Mário Ernesto René Schweriner, para obter dos consumidores "[...] a tal da fidelidade à marca, as empresas buscam

---

[653] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção**: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing, p. 135.

[654] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 66.

[655] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 150.

[656] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**, p. 29.

desesperadamente estabelecer vínculos indeléveis entre suas marcas e fortes e positivas imagens sensoriais e emocionais"[657].

6.3.4.1 Os estímulos visuais

É Philippe Meyer quem explica os estímulos visuais:

> Mais de cem milhões de células retinianas no fundo de cada globo ocular recebem os fótons – grãos de energia luminosa que se deslocam a trezentos mil quilômetros por segundo –, depois que sua trajetória foi modificada de acordo com a distância e a intensidade de sua fonte pelo cristalino (uma lente) e a pupila (um diafragma). Dentre as células retinianas, os bastonetes, que são cem milhões na periferia de cada olho, vêem a luz branca de baixa intensidade; no centro, os cones, que são sete milhões, reconhecem as cores graças a seu conteúdo em pigmentos vermelhos, verdes e azuis. Em outras palavras, a retina contém elementos sensíveis à luz natural e outros sensíveis aos diferentes comprimentos de onda coloridos, como se tivessem sido previamente separados por um prisma de Newton[658].

De acordo com Wilson Bryan Key, a visão periférica, o canto do olho, composto das células bastonetes, é responsável pelo registro visual das percepções subliminares, enquanto a parte central do olho, conhecida como fóvea, que é composta pelas células cones, seria responsável pela visão consciente. Os bastonetes são células sensíveis a movimento e estímulos fracos e vêem em preto e branco, os cones vêem as cores[659].

Assim, no desenho de Escher (Anexo V) pode-se perceber que:

> [...] enquanto a fóvea focaliza a figura dos seres negros, o fundo branco é uma mensagem subliminar recebida pela visão periférica. Se, porém, a fóvea focaliza a figura dos seres brancos, o fundo negro é uma mensagem subliminar periférica[660].

Em suma: a) a leitura textual é fóvica: cones – consciente – figura; b) a leitura gráfica é periférica: bastonetes – subliminar – fundo [661].

---

[657] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**, p. 80.

[658] MEYER, Philippe. **O olho e o cérebro**: biofilosofia da percepção visual. São Paulo: Unesp, 2002, p. 38.

[659] *Apud* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 45 e 47.

[660] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 46.

[661] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 52.

Guiseppe Arcimboldo, pintor que nasceu em 1527, desenvolveu apurada técnica de colocar imagens dentro de imagens. Vista de uma determinada distância, o rosto por ele pintado parece comum. Mas, com uma aproximação, verifica-se a existência de um "discurso visual subliminar de alta complexidade", tendo-se "uma grande quantidade de informações assimiladas subliminarmente, de relance"[662] (Anexo X).

As cores são utilizadas conforme o estímulo que produza no cérebro. É como explica João De Simoni Soderini Ferracciù: "A cor se constitui numa linguagem rica em códigos, estabelecendo uma ponte entre o racional e o emocional do ser humano, podendo transmitir sensações de calor, frio, sabor, peso, odor, acidez, doçura, sabor amargo, salgado etc."[663].

Christiane Gade afirma que "as cores e os estímulos físicos visuais, na verdade, são mais do que isto, representam estímulos psicológicos" e elas "invadiram o nosso dia-a-dia e foram transformadas em símbolos e signos visuais"[664].

Dessa afirmação não duvida Morris Desmond:

> A cor mais utilizada é a vermelha, pois é uma das cores mais raras na Natureza, contrastando vivamente com os verdes e amarelos da vegetação. O uso do vermelho na decoração destaca automaticamente a obra em relação ao fundo. Sendo a cor do sangue e do fogo, possui ainda um poderoso significado simbólico[665].

Modesto Farina, na clássica obra "Psicodinâmica das cores em comunicação" estudou a fundo a influência das cores no ser humano e de forma detalhada, explica como a publicidade se utiliza delas para influenciar o consumidor[666], sendo que possuem "efeitos subliminares psicossomáticos"[667].

---

[662] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 74.

[663] FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional: a evolução da promoção de vendas.** 6ª Edição. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 48.

[664] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 34-36.

[665] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 194.

[666] FARINA, Modesto. **Psicodinâmica das Cores em Comunicação**. 4ª Edição 7ª reimpressão. São Paulo: Edgard Blücher, 2005.

[667] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 174.

A respeito da percepção residual, Christiane Gade relata um experimento que revela o poder das cores:

> Para três donas-de-casa foi distribuído o mesmo sabão em pó, variando apenas a embalagem, que para um grupo era azul, para outro, amarela, e finalmente, para o terceiro, azul com pintas amarelas. A avaliação do produto resultou no seguinte: o grupo que usou o sabão da embalagem amarela o considerou forte demais; o da caixa azul alegou que não limpava bem e o da caixa azul com pintas amarelas achou-o um ótimo produto, lavando a roupa de forma satisfatória[668].

Atualmente, na publicidade, os planos se sucedem com uma cadência muito rápida; em média cerca de dois planos por segundo. Essas mudanças rápidas funcionam como estimulantes visuais, pois fixam o olhar, pelo seu ritmo ofegante e pelo piscar da luz. Curioso notar que apesar de Ignácio Ramonet negar a eficácia da publicidade subliminar, afirma que devido à velocidade dos *spots,* atribui um efeito de hipnose no espectador[669]. Por outro lado, menciona que o *spot* publicitário no qual se utiliza o pastiche atinge de forma mais eficaz o espectador quando, por efeito subliminar, os tiver esquecido[670].

As mensagens subliminares visuais podem ser escritas ou por meio de imagens.

---

[668] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**, p. 51.

[669] São suas as seguintes palavras: "A velocidade da passagem de planos é tal que afastar os olhos do televisor, nem que seja por um segundo apenas, faria com que falhasse, pelo menos, um plano. Esta velocidade constitui, portanto, um meio de tornar *cativo* o olhar e de provocar um *efeito de hipnose*". RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas. Massas, televisão, cinema.** Tradução: Luís Filipe Sarmento e Isabel Salvado. 2ª Edição. Porto: Campo das Letras, 2000, p. 57-58.

[670] "O pastiche, que solicita a recordação e permite *prolongar* o *spot* para além da sua muito curta duração, também está presente. Em simbiose, por analogia de género com as outras emissões de televisão, os *spots* procuram dissimular seu caráter publicitário. Sabem, paradoxalmente, que nos atingem melhor, por efeito subliminar, quando os tivermos esquecido. O pastiche favorece o esquecimento trazendo à memória a ficção matriz" RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas. Massas, televisão, cinema**, p. 65. Em outro momento afirma que se - Se as mensagens puramente comerciais se opõem e se anulam umas às outras, os seus suportes ficcionais, em compensação, reforçam sucessivamente, por efeito, por assim dizer, subliminar, os clichés ideológicos já largamente dominantes. Eles instituem uma verdadeira *máquina de desejo*. RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas. Massas, televisão, cinema**, p. 82.

6.3.4.2 Os estímulos olfativos

Após o sentido da visão, o olfato é o sentido que mais provoca emoção[671]. Por esse motivo, é muito pesquisado e utilizado como forma de influenciar o comportamento do consumidor[672].

De fato, como menciona Terence Shimp:

> Os ambientes das lojas estão repletos de cheiros, incluindo o uso de discos aromáticos que emitem odores agradáveis e que estimulam as compras. Embalagens e anúncios de revistas algumas vezes possuem odores que são aspirados quando abertos ou raspados; e os materiais de promoções e dos pontos de venda incorporam os cheiros dos produtos que promovem. Os cheiros podem evocar imagens fortes de produtos, uso de produtos e situações de consumo. Além disso, os estímulos olfativos são capazes de atrair a atenção, motivar o processamento de informações, influenciar a memória, afetar a avaliação da loja e do produto e ativar o comportamento[673].

Wilson Bryan Key defende que os "sinais olfativos podem ser mais poderosos nos níveis subliminares que os visuais, uma vez que todo o complexo límbico, o cérebro dos mamíferos, desenvolve-se a partir do bulbo olfativo".

---

671 "*o olfato é, dos órgãos dos sentidos, um dos mais (senão o mais) veiculados à emoção. Isso porque os estímulos olfativos captados pelas células do nariz, após passarem primariamente pelos bulbos olfativos, são enviados ao sistema límbico, a área mais central e primitiva do cérebro, maior responsável pelas emoções, sentimentos e instintos primitivos que não podem ser evitados".* SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29.

672 "*Voltar a sentir cheiros antigos, mais do que provocar uma recordação, desencadeia algo muito mais forte: uma revivescência, uma emoção que aflora de sopetão. Por isso é tão oportuno e relevante empregar estímulos olfativos prazerosos no marketing, pois poderão ficar a marca mais indelevelmente que os demais estímulos".* SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais, p. 29. Nesse sentido Regina Blessa: "Depois da visão que nos apresenta ao vivo os produtos, o olfato é o sentido que mais nos provoca emoções. Um perfume ou cheiro dá personalidade ao ambiente e provoca lembranças, desejos e sentimentos como fome, saudade, desagrado e até felicidade. Muitos varejistas nos EUA estão fazendo experiências com odores dentro de suas lojas. Sua intenção é provar que certos odores induzem os clientes a permanecerem mais nas lojas e a comprar mais. Hoje, existem empresas que desenvolvem qualquer tipo de cheiro ou perfume para serem usados em promoções, em anúncios de revistas e em lojas para despertar os desejos num produto específico. [...] Para alguns produtos, essa estratégia costuma aumentar as vendas normais em mais de 20%". BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda.** 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35.

673 SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 136.

Já Zaltman menciona que os cheiros também podem operar fora de nossa área de consciência, situação denominada de 'cheiro cego'. O cheiro cego, que opera fora dos limiares de consciência, na verdade equivale à visão e ao ouvido periféricos. Consiste em um fundo subliminar aromático despercebido da atenção consciente[674].

Por seu turno, Alan Hirsch afirma "[...] acreditar firmemente que os odores podem exercer uma poderosa influência subliminar nas ações dos consumidores"[675].

6.3.4.3 Os estímulos auditivos

É Humberto Eco quem relata sobre a utilização dos sons para influenciar comportamentos humanos:

> Boécio lembra também que os pitagóricos sabiam que os diversos modos musicais influem sobre a psicologia dos indivíduos e distinguiam ritmos duros e ritmos temperados, ritmos adequados para educar os jovens e ritmos moles e lascivos. Pitágoras devolveu a calma e o domínio de si a um adolescente bêbado fazendo-o ouvir uma melodia de modo hipofrígio em ritmo espondaico (pois o modo frígio o estava superexcitando). Os pitagóricos, pacificando no sono as preocupações cotidianas, para adormecer usavam determinadas cantilenas e ao despertar liberam-se do torpor do sono com outras modulações[676].

Para Salinas, existem duas formas de audição, a saber:

> [...] a audição focalizada e a audição periférica, classificação que por si só já revela a dimensão da capacidade seletiva do processo auditivo. O som dos comerciais está constantemente pulsando a atenção auditiva, brincando com as relações de figura e fundo (Gestalt). O som da publicidade joga com o nebuloso espaço entre razão e a emoção, entre aquilo que é ouvido atentamente (focalizado) e aquilo que é ouvido distraidamente (periférico)[677].

Conforme pesquisas efetuadas por Poetzle:

---

[674] *Apud* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7 ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 155.

[675] *Apud* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 155.

[676] ECO, Humberto. **História da Beleza**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 63.

> Todos os sons que não são percebidos conscientemente atuariam de forma subliminar: recebemos múltiplas mensagens, e nossa atenção seletiva filtra e focaliza um único canal sonoro, deixando todo o resto subliminar. Tais informações entram 'de contrabando' e se depositam na memória subliminar ou subconsciente. Os pensamentos e idéias não iluminados, esquecidos, não deixam de existir; encontram-se em estado latente, adormecidos em um estado subliminar, além do limite da atenção consciente ou da memória, o que não impede que a qualquer momento possam surgir[678].

A veiculação de publicidade enquanto o consumidor aguarda atendimento é comum em empresas que contam com centrais telefônicas ou *call centers*. Essa prática é ilegal, já que o consumidor estaria pagando para ouvir publicidade. Mesmo para ligações gratuitas essa modalidade de publicidade não encontra amparo jurídico, pois pode ser considerada subliminar na medida que o consumidor que aguarda a ligação certamente estará prestando atenção em outras coisas ou aproveitando o tempo para resolver outros assunto. Dessa forma a audição da publicidade transmuda-se em periférica, com diminuição da capacidade seletiva do processo auditivo[679].

No que tange especificamente à música[680], ela é capaz de alterar as emoções[681] e, caracterizando-se como "[...] uma forma de expressão e comunicação não-verbal, ao ser canalizada para o cérebro estimula a imaginação, a fantasia e evoca recordações, enfim, dispara gatilhos emocionais"[682].

---

[677] *Apud* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 92.

[678] *Apud* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 92.

[679] A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania o Projeto de Lei n. 6.423/2005, do Senado, que proíbe as empresas de veicular publicidade de produtos pelo telefone quando a ligação tiver sido feita pelo consumidor e não for gratuita (serviço 0800). O objetivo é evitar que o cliente, enquanto aguarda atendimento ao telefone, seja obrigado a ouvir propaganda de bens e serviços.

[680] Existem dois modos de se ouvir música: a) audição intelectual, na qual toda a atenção está voltada para o discurso musical; b) audição sensorial, na qual a atenção não está toda voltada para o discurso musical; a música ocupa um espaço secundário em nossa percepção consciente, podendo ser considerada inconsciente, ou seja, subliminar CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 101-102.

[681] Manfred Clynes, citado por Sanvito, afirma que as emoções podem ser desencadeadas pela música, independentemente de associações específicas com pessoas ou eventos CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 100.

[682] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7 ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 99/100. Nesse sentido Phillipe Meyer: "A audição de música pelos lobos temporais, suscitando uma ativação neuronal associativa, encarrega-se de afetos

Assim, a música é hábil a influenciar a comportamento do consumidor, como afirma João De Simoni Sedorini Ferracciù: "A escolha apropriada de um fundo musical pode contribuir substancialmente para aumentar as vendas, apressando decisões de compra"[683].

José Miguel Winsnik esmiúça o tema na obra "O som e o sentido"[684] e com propriedade revela o quão poderoso é este fenômeno..

Flávio Mário Calazans anota que, baseada nessas características do indivíduo, a publicidade usa e abusa dos sons para atingir o inconsciente do consumidor[685].

Dessa forma, as mensagens subliminares podem ficar armazenadas no cérebro, penetrando inconscientemente todos os sentidos, por meio de diversas formas ou imagens.

6.4 AS QUATRO DIMENSÕES DE ALTER REBE

Nesse passo, é necessário dar uma interpretação que se considere válida e de possível aplicação no âmbito da problemática aqui debatida. Trata-se da existência de quatro dimensões, descrita por Nilton Bonder: "O Aparente do Aparente"; "O Oculto do Aparente"; "O Aparente do Oculto" e "O Oculto do Oculto", proposta por Alter Rebe (Rabino Schneur Zalman de Ladi (1745), um dos grandes mestres chassídicos, autor do livro *Tanya*).

---

multiformes e pessoais MEYER, Philippe. **O olho e o cérebro**: biofilosofia da percepção visual. São Paulo: Unesp, 2002, p. 16.

683 FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional: a evolução da promoção de vendas.** 6ª Edição. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 49. Calazans nos informa que "no entendimento chinês, a música tem efeitos que passam despercebidos pelas pessoas, daí sua importância no ambiente" CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, 2006, p. 88.

684 WINSNIK, José Miguel. **O som e o sentido.** 2ª edição, 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

685 "A *memória auditiva* envolve a habilidade de armazenar e de evocar o material auditivo. A *memória sonora* também está ligada aos lugares, aos objetos e aos períodos da vida. A cada nova ocorrência do mesmo som-fonte, a memória recuperará todo um conjunto de experiências acumuladas para dar um novo sentido ao que está sendo ouvido. A publicidade se utiliza dessa memória aproveitando para transmitir segurança aos indivíduos" (CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 102.

Doravante, passa-se a descrever de forma sucinta esses quatro mundos, conforme exposto por Nilton Bonder[686].

O aparente do que é aparente diz respeito à dimensão do óbvio e do concreto[687].

O oculto do aparente é ainda uma dimensão do aparente, ou da própria consciência. Sua natureza oculta reflete meramente o fato de que o aparente encontra-se encoberto por algo que também é de natureza aparente. Em momento algum esta dimensão propõe algo que não possa ser categorizado como óbvio, apenas que este óbvio encontra-se numa condição de oculto[688].

O aparente do oculto trata de uma ordem de pensamento muito distinta das duas anteriores que representam um mundo apreensível, capturável, que se conhece por meio da consciência. É um mundo de formas definidas e discriminadas, onde luz e claridade se distinguem mutuamente. O mundo do oculto é menos diferenciado; nele as margens e os limites se misturam, apesar de ainda preservarem forma. Formas mais fluidas que ora aparecem com contornos de outras formas e que ora afloram como partes destas mesmas formas. Trata-se do mundo denominado de inconsciente, onde blocos de forma ocultam segmentos de formas mais específicas que se fazem conhecidas e imediatamente desconhecidas. É o lugar onde o esquecimento e a lembrança parecem ser uma única experiência. Onde o saber e o não saber não fazem fronteira: se misturam e dão acesso ao que parece impossível ser contido por qualquer receptáculo das faculdades humanas. É o conhecimento que se apreende de imagens preservadas nas retinas e nas células, mesmo quando o próprio objeto de cognição que as impactou já não está mais presente [689].

O que "atrapalha" a visão no oculto é a dificuldade de separar a forma do seu meio. Tanto é assim que fica impossível compreender a forma

---

[686] BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995, p.xx.

[687] BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas**, p. 17.

[688] BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas,** p. 55.

[689] BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas,** p. 95-96.

sem compreender o meio, de compreender textos sem contextos. Neste mundo estranho encontram-se segredos que se conectam e dão sentido a questões do mundo aparente. Este, porém, só identifica estes sentidos como da ordem do sublime, não conseguindo conferir-lhe evidência, mas ambigüidade. A característica deste mundo oculto revela-se como estonteante e surpreendente. O impossível se faz domesticável neste território e muito do que dele se vê e se confirma na dimensão aparente é manifestação do que é oculto [690].

O oculto do oculto é destituído de qualquer presença de elementos aparentes. Tudo é oculto e para além do saber, mas ainda é um espaço que pode ser revelado, é acessível ao ser humano[691].

Tem-se, portanto, que a Gestalt e a mensagens subliminares na publicidade estão na dimensão aparente do oculto.

6.5 MEIOS DE VEICULAÇÃO

A mensagem subliminar pode ser veiculada por meio de qualquer veículo, como filmes, outdoors, revistas, jornais, lojas, rádio, videogames, jingles, vitrines, cinema, televisão, celular, internet etc[692].

A mensagem subliminar já foi encontrada em publicidade de bolo (Anexo Z), lubrificante íntimo (Anexo AA), de cigarro (Anexo AB), refrigerante (Anexo AC), de perfume (Anexo AD), em desenho animado (Bernardo e Bianca (Anexo AE)), Bob Esponja (Anexo AF), lata de refrigerante (Anexo AG), menthol (Anexo AH), de bebida (Anexo AI), em filmes (Homem-Aranha (Anexo AJ), Matrix (Anexo AK), Clube da Luta (Anexo AL)), história em quadrinho (Anexo AM), pacote de lanche (Anexo AN), cartaz de filme (Anexo AO), rótulo de bebida (Anexo AP), MTV (Anexo AQ) e vídeo-game (Anexo AR).

---

690 BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas,** p. 97.

691 BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas,** p. 142

692 Nesse sentido: "Aparentemente a propaganda subliminar aplica-se mais às mídias visuais (*outdoors*, placas, cartazes, impressos, videotexto, cinema, televisão, quadrinhos, fotografias, hologramas etc.)". CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia,** p. 87.

Na propaganda política: a) norte-americana de Bush e Al Gore (Anexo AS); b) brasileira, referente ao terceiro mandato de Lula.

6.6 CONSEQÜÊNCIAS, EFEITOS E EFICÁCIA DA TÉCNICA SUBLIMINAR

Existem experiências e fatos que dão indicação sobre os efeitos da utilização de estímulos subliminares.

Terence Shimp relata a pesquisa de James Vicary, realizada em 1957 e não menciona a existência de retratação, mas apenas afirma que a pesquisa não teve valor científico porque não teriam sido utilizados procedimentos experimentais adequados. De todo modo, como relata o autor, o estudo chegou a causar preocupação pública sobre a utilização dessa técnica, o que gerou audiências no Congresso Norte-Americano. A controvérsia novamente surgiu por conta da edição de três livros de Wilson Bryan Key: *Subliminal Seduction, Sexploitation* e *The Clam Plate Orgy*. Key sustenta que as técnicas de publicidade com mensagens subliminares são muito usadas e têm o condão de influenciar o comportamento de escolha dos consumidores. Contudo, muitos profissionais chegaram a negar a influência de percepção subliminar no comportamento do consumidor[693].

Terence Shimp questiona se a inserção de símbolos nos anúncios seria eficaz e aduz que "há diversos problemas práticos que *provavelmente impedem a inserção de ser eficaz em um contexto realista de marketing* [grifos no original]". Arremata dizendo que mesmo que "os consumidores percebam e codifiquem inserções sexuais sob condições naturais de propaganda, ainda existem sérias dúvidas se essa informação teria impacto suficiente para afetar o comportamento de escolha de produto ou marca". Ao concluir afirma: "[...] praticamente não existem provas científicas para dar suporte à eficácia da prática"[694].

---

693 SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 284/285.

694 SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 286.

Christiane Gade assevera que nada garante o sucesso da publicidade subliminar. Antes, porém, faz o seguinte comentário:

> A partir da divulgação dos livros de KEY, a respeito do que ele denomina sedução subliminar na propaganda, que seria representada por palavras como sexo, ou até de pessoas praticando sexo, assim como símbolos sexuais e outros que estariam inseridos nas fotos publicitárias de forma pouco, porém perceptíveis, houve novamente a preocupação do público quanto à possibilidade de uma persuasão invisível. Entretanto, pesquisas atuais mostraram não haver influência no campo do consumo destes elementos intencionalmente colocados, se é que existem, ou acidentalmente vistos no plano da percepção seletiva[695].

Ahmed Channouf descreve as pesquisas realizadas no sentido de constatar os efeitos na publicidade. O autor revela que a percepção subliminar de rostos famosos ou familiares pode afetar o julgamento das mensagens publicitárias[696]. Contudo, relata uma série de experiências com a inserção subliminar de frases imperativas de consumo (*v.g.* "beba Coca-Cola, "compre pipoca"), realizadas por Saegert e Zuckerman, em condições adequadas para controlar as variáveis técnicas e demonstrar que os efeitos se dariam somente por conta das mensagens. Os pesquisadores citados chegaram à conclusão de que é difícil, por meio das mensagens subliminares, controlar as pessoas de modo a fazerem escolhas que não estão habituadas, como beber Coca-Cola ou comer pipoca se isso não faz parte de seus hábitos alimentares. Registra ainda que são raras as pesquisas científicas que mostraram de forma clara os efeitos da publicidade

---

[695] Gade afirma que "de relevância ainda neste campo são os seguintes resultados: O efeito de uma palavra apresentada subliminarmente sugerindo determinada sensação como "sede": após o experimento, houve um consumo maior de refrigerantes pelo grupo experimental do que pelo grupo de controle. A escolha de um de dois artigos idênticos apresentados numa bandeja revela que o escolhido trazia uma mensagem subliminar dizendo "pegue". A preferência de um grupo de donas-de-casa que nomearam determinados produtos de uma lista de misturas matutinas como seus preferidos, aponta que estes produtos haviam sido antes reforçados subliminarmente. No entanto, nenhum desses experimentos mostrou resultados estatisticamente significantes. Num outro estudo, ainda, aparece um efeito curioso, pois, ao se apresentar o estímulo "escolha M", os sujeitos do grupo experimental o faziam em número muito menos que os do grupo de controle, ao poder escolher entre embalagens que traziam as letras M, B, F. GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU, 1998, p. 42-44.

[696] CHANNOUF, Ahmed. **Les images subliminales.** Paris: Puf, 2000, p. 77.

subliminar sobre o comportamento dos consumidores, não havendo consenso sobre a respectiva eficácia[697].

O autor também constatou que as pesquisas partiam de premissa equivocada, pois alicerçada na hipótese que a publicidade subliminar pudesse ter efeitos específicos e que seria possível produzir comportamento com a indução de instruções de maneira subliminar, sendo negativos os resultados. Mas se é difícil conduzir as pessoas a adotarem comportamentos novos de consumo, que não fazem parte de seus hábitos, seria possível que as mensagens subliminares pudessem despertar motivações e hábitos já existentes nos indivíduos? Para dar resposta à indagação foram testados efeitos não específicos da publicidade subliminar com o intuito de produzir comportamentos efetivos[698].

Ahmed Channouf aventou a hipótese de que uma imagem subliminar pode ativar uma motivação que será identificada e levará ao comportamento desejado se os produtos fizerem parte do hábito alimentar da pessoa e se eles estiverem disponíveis imediatamente após a ativação. Os resultados das pesquisas demonstraram que não existem efeitos específicos das imagens subliminares, mas efeitos não específicos. A exposição subliminar a imagens de bebidas aumenta a possibilidade de consumir uma bebida sem orientar o comportamento de consumação em direção a determinado produto[699].

O autor cita ainda a experiência realizada por Bornstein, que demonstra ser possível ativar uma motivação de fumar junto a um fumante com imagens subliminares e produzir um comportamento de fumar, mas não é possível, com o mesmo procedimento, conduzir um não-fumante a fumar, considerando que ele não tem essa "necessidade". Assim, os resultados demonstram que as técnicas subliminares podem despertar necessidades, motivações, mas não permitem criar novas. Conclui que existe maior probabilidade de a publicidade subliminar ativar vendas certas do que

---

[697] CHANNOUF, Ahmed. **Les images subliminales.** Paris: Puf, 2000, p. 80-82.

[698] CHANNOUF, Ahmed. **Les images subliminales.** Paris: Puf, 2000, p. 82.

[699] CHANNOUF, Ahmed. **Les images subliminales.** Paris: Puf, 2000, p. 84, 86.

produzir comportamentos novos e ressalta que não existem pesquisas para se saber o que acontece quando os produtos são totalmente novos[700].

Por conseguinte, segundo Christiane Gade, verifica-se que inexistindo prova definitiva quanto à eficácia da publicidade subliminar, também não há prova inequívoca de que seja ineficaz. Assim, os "resultados indicam que a sugestão subliminar não obedece a regras tão simples"[701].

A citada autora refere que pesquisas indicam não haver influência da publicidade subliminar no campo do consumo[702]e acrescenta:

> No entanto, cabe um alerta, pois, se lembrarmos que a percepção subliminar é aquela que vem a ser a percepção inconsciente, sob efeito de estimulação excessivamente rápida para atingir o limiar perceptivo, devemos nos lembrar que, se por um lado a mensagem publicitária que passa por uma tela em velocidade taquistoscópica de frações de segundos não é utilizada, por outro lado somos expostos a mensagens pelas quais passamos muito rapidamente, como quando percorremos de carro uma cidade repleta de *outdoors* e que talvez possam ser registrados em algum nível[703].

De outra banda, em pesquisas efetuadas na literatura qualificada, muitos autores apontam a eficácia dessa técnica e todos se posicionam por sua ilicitude. Nesse sentido: Paraguassú Lopes[704], Suzana Federighi[705], Isabella Vieira Machado Henriques[706], Nelson Nery Júnior[707], Wilson Carlos

---

[700] CHANNOUF, Ahmed. **Les images subliminales.** Paris: Puf, 2000, p. 87-89.

[701] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU, 1998, p. 43.

[702] Por outro lado, Gade não indica essas pesquisas, como foram elaboradas, quais os critérios utilizados e a metodologia empregada.

[703] GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU, 1998, p. 43.

[704] "A campanha, a mensagem deve ser objetiva, vedando-se as informações subjetivas, subliminares, de fundo psicológico direcionado, explorando-se o lado emotivo do receptor da mensagem" LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 104. Em outro trecho, o autor destaca: "A publicidade que se utiliza de mensagem subliminar, parecem ser inofensivas, mas causam mal à cidadania e são capazes de fazerem vender produtos que o consumidor jamais compraria". O autor ressalta o aspecto ideológico de algumas mensagens, que são incutidas a todo instante. LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 109.

[705] A autora entende que a publicidade subliminar é ilegal, já que atenta "contra o consumidor, que é tomado de assalto por algo que não consegue processar mentalmente como informação, ficção ou realidade". FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 115.

[706] Isabella Henriques afirma que "'publicidade subliminar', é aquela veiculada por meio de mensagens visuais ou sonoras de pouca intensidade, não chega a estimular a consciência, mas é registrada no subconsciente. Por isso, sem que o consumidor saiba muito bem a

Rodycz[708], Marcelo Costa Fadel[709], Daniela Bacellar Fernandes[710], Carlos Alberto Bittar[711], Marisa Teixeira de Almeida[712], Judith Martins Costa[713], Reynaldo Andrade da Silveira[714], Cláudia Lima Marques[715], Jean Calais-

---

razão, adquire o serviço ou produto anunciado, como se fosse sua opção espontânea, mas o faz, na realidade, em razão da mensagem gravada em seu subconsciente. Esse tipo de publicidade, por violar um dos princípios fundamentais ao que deveria atentar, qual seja, o da identificação da mensagem publicitária, é terminantemente proibido pelo Código de Defesa do Consumidor". HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva dirigida à criança.** São Paulo: Juruá, 2006, p. 39.

[707] Para quem "O CDC proíbe a publicidade clandestina bem como a subliminar" (NERY JÚNIOR, Nelson. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n.15/210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 211.

[708] Para quem "A Publicidade subliminar é aquela que, através de mensagens visuais ou sonoras de pouca intensidade, não chega a estimular a consciência, mas, mercê de sua repetição, logra registrar no subconsciente das pessoas a marca de certo produto. No momento da compra, essa marca, arquivada no subconsciente, aflora ao nível da consciência, como se fosse uma opção espontânea do consumidor". Acrescenta que "a publicidade subliminar não tem como ser convalidada porque é considerada uma atividade de induzimento psicológico, por isso dolosa, e, por conseguinte, ilícita (RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor** 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 59, 65.

[709] "No que se refere à publicidade subliminar, trata-se de mensagem sonora ou visual de pouquíssima intensidade, imperceptivelmente absorvida pelo consumidor na hipótese de violação do princípio da identificação publicitária". FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conar. **Revista de Direito do Consumidor** n. 50/153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165.

[710] FERNANDES, Daniela Bacellar. Responsabilidade Civil & Direito do Consumidor – Em Face das Mensagens Subliminares. Curitiba: Juruá, 2005.

[711] Referindo-se aos consumidores, Bittar afirma que estes se "encontram, ainda, muitas vezes, "sem possibilidade de conhecer as condições do negócio e sob os efeitos diretos e subliminares de sugestivas e excitantes publicidades que, por todos os meios e estímulos para todos os sentidos, lhes remetem constantes mensagens comerciais, a gerar-lhes impulsos de compra, seja no lar, no transporte, no ambiente de trabalho ou de lazer, enfim, em todos os momentos de sua vida normal". BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. Atualização de Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 26).

[712] "O Código de Defesa do Consumidor proíbe a publicidade clandestina e a subliminar por violar o princípio da identificação da mensagem publicitária". ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

[713] "A informação correta e veraz é aquela que, identificada como tal e não se alocando de forma clandestina nem subliminar, traduz com fidelidade as características, qualidades e vantagens do bem anunciado". COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 225.

[714] "A publicidade subliminar é contrária à regra do CDC, porque inobserva o princípio da identificação da mensagem publicitária. Essa ilicitude decorre do fato de a publicidade subliminar decorrer, necessariamente, da má-fé do anunciante, que projeta a mensagem e a

Auloy[716], Cláudio Bonatto[717], Fernando Gherardini Santos[718], Guinther Spode[719], Melina Penteado Trentin[720].

Daniela B. Fernandes relata caso paradigmático ocorrido no Japão quando da transmissão em rede, em 16 de dezembro de 1997, por uma cadeia de 37 emissoras, do episódio "Computer Warrior Porigon" do desenho animado Pokémon[721]. Após cerca de vinte minutos do término do desenho, centenas de crianças foram internadas e apresentavam os mesmos

---

veicula de tentando induzir o consumidor a comportar-se desta ou daquela maneira", p. 128.

715 A autora referindo-se ao princípio da identificação da mensagem publicitária afirma que este princípio serve "para proibir a chamada publicidade subliminar, a qual atingiria somente o inconsciente do indivíduo e que, por seu grande perigoso potencial de sugestão, está proibida no mundo desde os anos setenta" MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 659.

716 "La publicité télévisée doit être aisément identifiable comme telle [...]; elle ne doit pas être clandestine, ne dois pas utiliser des techniques subliminales ». AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 166.

717 "Neste afã de impor produtos ou serviços, os agentes econômicos usam de técnicas muito bem estudadas de *marketing*, as quais induzem o espectador a realizar condutas previamente determinadas, sem que a pessoa perceba. Estas maneiras subliminares de incutir idéias na psiquê humana, geralmente não são identificadas com facilidade, pelo que a reiteração das mesmas passa, com o tempo, a integrar o subconsciente do indivíduo, determinando que ele proceda da forma originalmente planejada (**Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor,** p. 43).

718 "Publicidade subliminar consiste em uma técnica cujos resultados inclusive já foram cientificamente comprovados, de apresentar mensagens a uma velocidade só perceptível em nível subconsciente" (**Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 228).

719 "A intenção promocional e persuasiva das mensagens deve resultar evidente [...]. Veda-se, assim, no Brasil, a publicidade oculta ou dissimulada, de que é espécie a subliminar, de efeitos danosos à consciência comum." (José Alexandre Tavares Guerreiro, *Comentários ao Código do Consumidor*, Forense, 1992. p. 123.) SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n. 43/178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183)

720 O princípio da identificação da mensagem publicitária "veda a existência de mensagens subliminares, proibidas em todo o mundo desde os anos 70 por seu grande e perigoso potencial de sugestão – que no sistema do CDC seria considerada ilícito civil" (TRENTIN, Melina Penteado. **A publicidade abusiva e o racismo.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 90.

721 Foram projetadas 10,8 imagens por segundo, sendo que a Independent Television Comission limitou os "flickers" ou "pisca-pisca" ao ritmo máximo de 3 por segundo. O pisca-pisca de luzes subliminares/taquicoscópicas atingiu níveis de reação fisiológica subliminar, ativando a glândula pineal e liberando a melatonina que realiza a síntese do neurotransmissor serotonina, quebrando cadeias de alcalóides do sangue, como explica a biofísica. CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7 ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 199).

sintomas: dificuldades respiratórias, vômitos, irritação dos olhos, convulsões, leves hemorragias, dores de cabeça e vertigens, sendo que todas as crianças assistiam, durante o jantar, o desenho animado Pokémon. Outras milhares faltaram às aulas, com a justificativa de doença cujos sintomas eram semelhantes aos apresentados pelas crianças internadas após terem assistido o desenho. Ventilou-se a hipótese de que o desenho conteria técnicas subliminares e, assim, após verificação, um grupo de pediatras e psiquiatras americanos confirmou a relação de causa e efeito entre as luzes piscando e o fato ocorrido com as crianças que assistiram ao desenho. De outra banda, psiquiatras japoneses diagnosticaram os sintomas como sendo conseqüência fisiológica da exposição ao sinal de televisão[722].

A explicação ao fenômeno se deve:

> [...] à técnica empregada na edição das imagens do desenho animado. É que, no final do século XX, a tecnologia dos computadores somou-se à das redes telemáticas transmitidas via satélite, incorporando 'signagens' oriundas dos videogames em edições de imagens ritmadas taquitoscopicamente. Assim, as velocidades vertiginosas na edição das imagens estimulam subliminarmente reações físicas e neurofisiológicas nos telespectadores, envolvidos em uma rede multimídia de mensagens eletrônicas, impressas e orais. [...]
> A técnica foi utilizada para prender a atenção das crianças que assistiam ao desenho animado, sendo provados, involuntariamente, efeitos colaterais à saúde.[723]

A autora menciona ainda que foi "registrada uma nova doença, a chamada subliminar multimídia. Uma doença típica das tecnologias do século XX, criada e desenvolvida em ambiente midiático e transmitida via satélite"[724].

Sobre o mesmo fato Flávio Calazans afirmou que "nunca antes houve um registro tão bem documentado de tal tipologia de efeito colateral,

---

[722] FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil & Direito do Consumidor** – Em Face das Mensagens Subliminares. Curitiba: Juruá, 2005, p. 42-45.

[723] FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil & Direito do Consumidor** – Em Face das Mensagens Subliminares. Curitiba: Juruá, 2005, p. 42/45.

[724] FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil & Direito do Consumidor** – Em Face das Mensagens Subliminares. Curitiba: Juruá, 2005, p. 42/45.

epifenômeno, relacionado à mídia eletrônica, um exemplo excelente de estudo da biomidiologia"[725].

No que concerne aos reflexos nas vendas, Fátima Leão, que é consultora em marketing olfativo, assevera que:

> Com o marketing olfativo é possível aumentar as vendas ou o interesse no consumidor sobre determinado produto exposto, mas classifica essas maneiras de trabalhar como não éticas. Ainda que o cliente/consumidor perceba conscientemente o aroma, são grandes as chances de que ele não perceba as reais 'intenções' daquele cheirinho no ar[726].

Por outro lado, André Maciel, que é diretor da Aroma Marketing, afirma que:

> Cheiros florais motivam 84% dos consumidores em uma sala a manifestar desejo de compra do produto e 10% deles pagariam mais do que o preço indicado; os aromas alimentícios fazem o consumidor iniciar involuntariamente o processo digestivo, aumentando a intenção de compra em 70%[727].

Mário Ernesto René Schweriner informa que "experiências efetuadas com aroma ambiental em lojas apontam para um crescimento nas vendas, até mesmo no volume de apostas feitas em cassino"[728].

Sobre uma das formas de publicidade subliminar (a que se utiliza de estímulo durante curto tempo ou intensidade baixa), Guy Durandin registra:

---

[725] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7 ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 188. Quanto à biomidiologia, Calazans esclarece que "pode ser definida como um ramo de pesquisa derivado da midiologia, o qual estuda as relações biossemióticas entre signos veiculados pela midiosfea, mídia eletrônica (videosfera-televisão, internet etc.), que afetam direta ou indiretamente formas de vida biológica tanto em sua fisiologia quanto em seu comportamento [...] A biomidiologia contribuirá para a compreensão dos fenômenos da comunicação de massas em sua esfera de eficácia biológica", sendo que cabe a ela "estudar os processos virtuais-semióticos-midiáticos da sociedade tecnológica, os efeitos fisiológicos de uma idéia-mensagem-notícia veiculada pela mídia". CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 185, 187.

[726] *Apud.* CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 158.

[727] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 159.

[728] SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29-30.

> Em 1958, o Institut of Practitioners in Advertising (Instituto dos Técnicos em Publicidade, de Londres) criou um comitê encarregado de estudar as técnicas de publicidade subliminar. O comitê chegou a duas conclusões: na primeira, declarou que o emprego desses métodos, eficazes ou não, era inadmissível em publicidade, pois o público deve ter a liberdade de aceitar ou recusar o conteúdo das mensagens que lhe são dirigidas. E, na segunda, avaliava que a eficácia de tais métodos ainda não tinha provas científicas[729].

Mais adiante comenta que os experimentos "não foram acompanhados de provas rigorosas", mas, de qualquer forma:

> [...] essas tentativas despertaram ao mesmo tempo o entusiasmo de alguns publicitários e anunciantes e a preocupação dos órgãos de defesa do consumidor, em razão da manipulação, por assim dizer absoluta, a que poderiam levar. Como o consumidor poderia exercer seu espírito crítico em relação a mensagens que nem ao menos sabia ter recebido?[730]

Portanto, verifica-se que a utilização dessa técnica requer maiores aprofundamentos e parece não ser tão inócua como alguns querem fazer crer.

De qualquer modo, pode-se dizer que não é necessária a prova científica absoluta de efeitos adversos para se chegar à conclusão de que o ordenamento jurídico pátrio proíbe qualquer forma de publicidade que utiliza técnica subliminar, entendida em seu conceito amplo, conforme adiante será abordado.

6.7 FORMAS DE ESTÍMULO SUBLIMINAR

Existem inúmeras formas de estímulo subliminar, entretanto, serão citadas as mais utilizadas.

Assim, são formas de estímulo subliminar: a) um estímulo visual a um índice muito rápido; b) utilização de um discurso acelerado em mensagens de auditório; c) inserção de símbolos, imagens ou palavras escondidas; d) estímulos olfativos em revistas ou lojas; e) utilização de efeitos

---

729 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 150.

730 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 149-150.

sonoros em volume baixo e em diversas faixas de som e velocidade, inaudíveis pelo ouvido humano consciente[731]; f) utilização da visão periférica.

6.8 CARACTERIZAÇÃO DA TÉCNICA SUBLIMINAR

Para Terence Shimp, o termo subliminar refere-se "à apresentação de estímulos a um índice ou nível abaixo dos limiares de consciência". Mais, os estímulos que não são percebidos pelos sentidos conscientes podem, entretanto, ser percebidos de forma "inconsciente". Baseado nesse conceito, o autor considera que a inserção, por exemplo, da palavra SEXO no anúncio, não é subliminar quando vista a olho nu[732].

Guy Durandin entende que na publicidade subliminar é ocultada a existência da mensagem,. Nas suas plavras: "[...] envia-se a mensagem em condições tais que não seja percebida pelo consciente, mas supõe-se que o subconsciente a apreenda, suscitando assim a compra"[733].

Para o citado autor existem dois meios que são utilizados para tal efeito. "O primeiro consiste em emitir um estímulo durante um tempo muito curto ou com uma intensidade muito baixa" (publicidade de cigarro (Anexo AT); publicidade da HP no filme Matrix (Anexo AU), vinheta da MTV (Anexo AV), no desenho animado Bob Esponja (Anexo AX)). O segundo meio utilizado de publicidade subliminar "mais difícil de delimitar e, portanto, mais difícil de regulamentar, é a que consiste em dissimular formas em imagens. Esse procedimento baseia-se na lei da percepção apresentadas pela Gestalttheorie (Teoria da Forma)"[734]. É o caso da publicidade de gim (Anexo AZ), na qual, segundo o relato:

---

731 "Porém causando reações subliminares facilmente comprováveis". CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 89-90.

732 SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 284-285.

733 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 149.

734 DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 149-150.

> A garrafa e sua tampa foram compostos de tal maneira que, relaxando um pouco, podia-se ver as letras S, E, X, assim como as pernas de um homem, de pênis ereto, e outros estímulos sexuais. É claro que nem o anunciante nem o publicitário dizem para o leitor relaxar-se, mas supõem que, com a ajuda de desejos sexuais latentes, ele perceberá por si mesmo essas formas embutidas de maneira subconsciente, e que o produto ao qual o anúncio está associado assumirá o papel de um objeto sexual atraente. A vantagem do procedimento seria evitar a censura. Se dissessem cruamente 'esta bebida vai proporcionar a você uma relação sexual com um homem, ou com uma mulher', pouca gente acreditaria. Mas, na medida em que o estímulo permanece abaixo do nível da percepção da consciência, a pessoa não encontra resistência no plano da moral nem no racional[735]

Na avaliação de Flávio Mário Calazans, subliminar pode ser entendido como maior quantidade de informação em menor tempo de exposição, sendo que o excedente de informações é passivamente assimilado pelo inconsciente pessoal ou subconsciente. A saturação subliminar é resultante da falta de tempo para pensar nas imagens[736].

Mais adiante o autor sustenta que "toda informação não focalizada com interesse seria um fundo indiferenciado, um ruído subliminar acumulado na sombra do inconsciente pessoal, alimentando as intuições". Argüindo que "tal afirmação vem ao encontro da Lei de Exclusão de Poetzle, segundo a qual o conteúdo dos sonhos seria composto de informações subliminares", conclui:

> Com base nesses conceitos, podemos estender a definição de subliminar como **todas as informações encontradas no fundo; tudo o que não ultrapasse o limiar da consciência em estado de vigília, a audição periférica é o equivalente da visão periférica, ambas igualmente explicadas pela lei de Figura-Fundo da Gestalt** [grifos no original][737].

Desse conceito *lato* pode-se inferir que o *outdoor* que passa pela visão periférica representa estímulo subliminar.

Segundo Nely de Carvalho:

---

[735] DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 150-151.

[736] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**, p. 49.

[737] CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7 ed. São Paulo: Summus, 2006, p. 104/105.

> A tarefa da mensagem publicitária é informar as características dos produtos, e essa função objetiva é, aparentemente, primordial. Deve-se considerar, contudo, que a linguagem passa da informação à persuasão clara, e depois à persuasão subliminar[738].

Cláudio Bonatto apresenta visão inovadora sobre o tema. Para ele "venda casada" é prática subliminar que obriga o consumidor a adquirir produto ou serviço que possui seu preço embutido em outro, mas a publicidade oferece como gratuito, sem que se lhe dê oportunidade de escolha[739].

Esclarecedor é o ensinamento de Terence Shimp:

> Muito de nosso comportamento ocorre de uma forma automática, não controlada e um pouco descuidada [...] devido às limitações em nossa capacidade de processamento de informações e às pressões do tempo, normalmente fazemos julgamentos e escolhas sem pensar muito no assunto. Cialdini refere-se a isso como *comportamento movido por um clique*. Ele usa esse termo em referência aos modelos de comportamento (chamados *modelos de ação fixa*) que aparecem em todo reino animal. Muitas espécies de animais (inclusive o *Homo sapiens*) irão, sob circunstâncias especiais, aderir a modelos de comportamento já estabelecidos em resposta a alguma característica que acione esse comportamento. Os humanos algumas vezes operam movidos por um clique. Alguma coisa dispara a resposta (*clique*) e então um modelo automático e já estabelecido de comportamento se segue (*movimento*). Não temos total consciência desses acontecimentos (se tivéssemos, não aconteceriam), mas [...] os persuasores sabem como disparar o clique ou ativar nosso comportamento. Isso gera uma resposta que resulta na compra de um produto, em uma doação ou em alguma outra coisa que favoreça os interesses do persuasor (mas não necessariamente os do persuadido)[740].

João de Simoni Soderini Ferracciù, por conseguinte, aduz:

> A compra por impulso ocorre quando o consumidor é atingido por algum estímulo suficientemente forte que o leve à compra, no momento em que passa em frente à exposição do produto. Este lhe salta aos olhos estimulando-o magicamente a estender a mão e pegá-lo. Olhou, pegou, comprou. Os números indicam ser altíssimo o percentual de compras de muitos produtos efetuados por impulso. O ato impulsivo decorre da manifestação de um desejo inconsciente

---

738 CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A linguagem da sedução**. 3ª ed. 7ª impressão. São Paulo: Ática, 2006, p. 107.

739 Cláudio Bonatto. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor,** p. 97.

740 SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 147-148.

> que aflora naquele instante e que é satisfeito pelo produto. A reação é emocional. A razão, o consumidor descobre depois[741].

Nessa mesma trilha Regina Blessa esclarece que:

> A compra impulsiva é um processo decisório não planejado e extremamente rápido [...] Haveria nesse caso uma intenção, um planejamento latente no inconsciente, que, por meio dos vários estímulos da loja, se expressariam pelo impulso. As pesquisas mostram que 85% das compras em lojas de auto-serviço (supermercados) são realizadas por impulso, isto é, são feitas num súbito desejo, sem prévio planejamento. [...]
> O primeiro passo para uma administração bem-sucedida das compras impulsivas [considerada uma ciência – a ciência das compras impulsivas, isto é, compra não planejada, feita totalmente por impulso] é fazer com que todos os que entram no supermercado sejam ligeiramente sedados. O ser humano pisca, em média, 32 vezes por minuto. A mais recente pesquisa americana demonstrou que, em uma loja adequadamente iluminada e arrumada, o número pode ser reduzido a sonolentas 14 piscadas por minuto, só voltando à normalidade ao chegar a hora de pagar.
> O segundo passo é garantir que os sentidos dos compradores fiquem entorpecidos sem estar deprimidos. Isso significa iluminação brilhante mas consistente, blocos simples ou cores primárias, um barulho de fundo suave em vez de silêncio (ainda que seja apenas o ruído baixo dos refrigeradores) e um aroma uniforme (sim, um aroma artificial)[742].

Mais uma vez, Cláudio Bonatto apresenta distinto e significativo entendimento:

> [...] veja-se o exemplo das lavagens ditas gratuitas nos postos de serviços e de abastecimento. Ela é oferecida como uma forma de captação de clientela, pois o potencial consumidor ficará psicologicamente atraído a até mesmo com sentimento de dívida, por ter recebido um serviço aparentemente gratuito. É, verdadeiramente, uma maneira de publicidade subliminar, equiparada ao *merchandising*, a qual é paga pelo preço final e global dos outros produtos ou serviços adquiridos no estabelecimento[743].

Com efeito, o merchandising vale-se do artifício das mensagens subliminares[744].

---

741 FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional: a evolução da promoção de vendas.** 6ª Edição. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 51/52.

742 BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda.** 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25, 27-28.

743 Cláudio Bonatto. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor,** p. 90-91.

744 "Porém, existe muita crítica em relação a esse uso, pois esse tipo de merchandising tem por objetivo persuadir o consumidor à compra de determinado produto, serviço ou marca, valendo-se do artifício de mensagens subliminares". ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana

A técnica subliminar pode assumir, por conseguinte, muitas facetas e pode estar associada à compra por impulso, já que ocorre de forma inconsciente.

No julgado AC591051560, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul consigna entendimento sobre a eficiência da técnica subliminar. É o que se deprende:

> A rapidez do teipe por outro lado, no meu sentir, não afasta o induzimento do telespectador, até porque a propaganda, na televisão, age pela própria repetição, e não há necessidade de ataque frontal, de denúncia frontal do defeito do produto cotejado, porque o ataque sutil ou subliminar se mostra mais eficiente, mais eficaz [AC 591051560, da 5ª Câm. Civ. Do TJRS, v.u., j. 22-8.1991, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior (RJTJRS 153/388)[745].

A técnica subliminar pode assumir inúmeras formas, algumas delas até inexistente no estado da ciência, mas que podem vir a surgir com seu avanço. De todo modo, pode ser caracterizada da seguinte forma: porque a mensagem foi mascarada ou camuflada pelo emissor; porque é captada por uma atitude de grande excitação emotiva por parte do receptor; porque se produz uma saturação de informações, ou porque as comunicações são indiretas e aceitas de uma maneira inadvertida.

Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising: conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas.** São Paulo: Pionera Thomson Learning, 2005, p. 121-122.

[745] **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 477.

7 O CONTROLE DA PUBLICIDADE[746]

7.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como bem argumenta Rizzatto Nunes:

> Se a própria exploração e a produção primária são limitadas, por mais força de razão pode e deve haver controle da atividade publicitária, que [...] é instrumental, ligada àquela origem, porquanto serve como 'meio de fala' dos produtos e serviços: a publicidade anuncia, descreve, oferece, divulga propaga etc.
> Assim, como a atividade de exploração primária do mercado, visando a produção, tem limites estabelecidos, a publicidade que dela fala (da produção) deve ser restringida[747].

Segundo Antonio Herman Vasconcellos e Benjamin, o controle da publicidade visa a: a) favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos

---

[746] Antonio Herman Benjamin expõe de forma exemplar os objetivos do controle da publicidade: Controla-se a publicidade com o intuito de: a) favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos (*modelo concorrencial*); b) garantir um fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços (*modelo informativo*); c) evitar abusos no exercício do seu poder de persuasão (*modelo da manipulação de preferências*); e, d) limitar seu potencial de modificação de padrões culturais (*modelo cultural*).

a) modelo concorrencial: os desvios da publicidade afetam não apenas o bem estar do consumidor, mas agridem, diretamente, o próprio mercado, atingindo a concorrência (proteção do consumidor e da concorrência).

A coibição dos abusos publicitários não é uma atividade exclusiva de proteção do consumidor – reconhecidamente a parte vulnerável na relação de consumo. Apresenta-se, também, como procedimento que vem em favor dos próprios fornecedores.

As normas de tutela da concorrência são, reflexa ou indiretamente, regras de proteção ao consumidor. No entanto, certas desconformidades da publicidade não afetam, diretamente, a concorrência (v.g. a publicidade abusiva) e são coibidas pelo Direito.

b) modelo informativo: qualquer controle da publicidade visa – exclusiva ou preponderantemente – assegurar a informação do consumidor.

"O grande princípio da autonomia da vontade não pode prevalecer se o consumidor não dispõe de informações necessárias para fazer sua escolha" (Françoise Lebeau)

A informação não é um fim em si mesma (Thierry Bourgoignie, *ob. cit.*, p. 136): é mero instrumento de proteção do consumidor. Pode ela ser prestada e, ainda assim, o consumidor não a captar ou captá-la de modo impróprio. Neste caso, o modelo informativo, encarado sem esta perspectiva instrumental, se mostra inadequado, incompleto ou ineficaz.

(BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 42/44).

[747] **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 130/131.

agentes econômicos; b) garantir o fluxo adequado de informações; c) evitar abusos no exercício de seu poder de persuasão; e d) limitar seu potencial de modificação de padrões culturais[748].

Segundo o raciocínio esboçado por Carlos Alberto Bittar:

> A publicidade visada pelo regime repressivo do Código não é a inserida em mensagem honesta e inteligente, mas a que se expressa com falseamento da verdade, ou com a ilaqueação da boa-fé do destinatário, ou com desrespeito a valores essenciais do relacionamento social[749].

O controle da publicidade pelo Direito tem fundamentos econômicos, jurídicos e éticos. A publicidade é parte de um amplo universo de fenômenos de mercado que são regrados porque afetam sujeitos vulneráveis e, por sua própria natureza, apresentam-se como manifestações que tendem à insubordinação contra os parâmetros da confiança, da transparência e da boa-fé objetiva, exigências da vida civilizada[750].

Como fenômeno social contemporâneo, de fato, "a publicidade não pode ser rechaçada ou proibida, mas deve ser controlada, regrada, para que estimule o consumo de bens e serviços sem abusos, de forma sadia"[751].

Quanto à publicidade televisiva, ela exige um regime jurídico próprio, pois sua influência sobre o comportamento do consumidor é superior em relação a qualquer outra forma de publicidade[752], devendo haver restrições de horários para determinados produtos (*v.g.* bebida alcoólica), entre outras medidas.

---

[748] *Apud* FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 110.

[749] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 18.

[750] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 260.

[751] CHAISE, Valéria Falcão. A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

[752] AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 165.

O controle e a regulamentação do conteúdo das mensagens divulgadas nos meios de comunicação iniciaram-se nos EUA com o Código de Produção Cinematográfica de 1930.

Em França, o controle da publicidade televisiva é feito pelo Conseil supérieur de l´audiovisuel (CSA). Trata-se de controle feito *a posteriori*, com poder para fazer cessar a difusão e indicar a instauração de procedimento criminal da qual não cabe recurso. Existe também o controle prévio, feito por meio da autodisciplina. Os anúncios devem ser submetidos, antes da difusão pela televisão, ao Bureau de vérification de la publicité (BVP). Suas decisões não são coativas, mas geralmente são cumpridas[753].

7.2 NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

O controle da publicidade é necessário para restabelecer o equilíbrio e impor medidas de defesa do consumidor que possam restaurar sua posição ou sancionar comportamentos lesivos no caso de violação[754]. Tanto é assim que sua própria entidade privada, o CONAR, constata abusos e os sanciona[755].

Importante observar que novas condições de vida se estabeleceram na sociedade contemporânea. De fato, a independência econômica da mulher e dos demais membros da família, o respectivo ingresso na vida sócio-econômica, o distanciamento da presença paterna no lar, com diminuição da influência e a autoridade do marido/companheiro, permitiu a

---

[753] AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 166/167).

[754] BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor : Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. Atualização de Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 50.

[755] Valéria Furlan lembra que os "próprios profissionais da área publicitária reconhecem os perigos que algumas facetas da publicidade podem representar perante os justos direitos dos consumidores, mas, ao invés de suprimem-na, buscaram discipliná-la no âmbito privado, como o fizeram no Brasil, a título de exemplo, com o criação do CONAR e do Código Brasileiro do Regulamentação Publicitária" (FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 102)

liberdade individual de exercício das opções a todos os membros da família, inclusive crianças. Essa situação não passou despercebida dos empresários e foi o suficiente para expor os novos consumidores às práticas comerciais, notadamente a publicidade. Os publicitários, por sua vez, souberam aproveitar essa mudança nos padrões socioculturais da vida em família, endereçando seus apelos indistintamente a todos os membros do grupo familiar.

Concordando com Marisa Teixeira de Almeida, é mister esclarecer que:

> O problema da disciplina jurídica da publicidade não é o da sua eliminação, mas o do seu controle com o fim de evitar que as mensagens publicitárias sejam instrumentos de distorção da escolha dos consumidores e resultem lesivas aos valores fundamentais dos quais depende a melhoria da qualidade de vida[756].

Aqueles que defendem a ausência de controle, estão por admitir que a publicidade está acima do bem e do mal, de que não é feita por seres humanos passíveis de erros, de abusos[757] e que o exercício do dever de informar e de divulgar produtos e serviços não está acima de direitos individuais e coletivos fundamentais. Em rigor, não se pode olvidar que a publicidade deve sujeitar-se a normas de ordem ética e jurídica, notadamente porque "o principal veículo da publicidade, a televisão, impõe gostos, cria hábitos e necessidades, modifica costumes, atingindo indistintamente as diversas classes sociais e econômicas. É um poder muito amplo"[758].

---

[756] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 17.

[757] Como bem observa Paraguassú Lopes, "o publicitário, em tese, já nasce "sabendo tudo". Sua criação é a melhor do mundo, não deve dar satisfação a ninguém, não há Lei, não há norma, não há sociedade a quem deva submeter-se como parte de um todo organizado" (LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 31). Entretanto, "não podemos olvidar que a atividade publicitária, como qualquer outra atividade social, está sujeita a distorções em sua finalidade, bem como ao uso indevido de sua força persuasiva (FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 101).

[758] TRENTIN, Melina Penteado. *In* **A publicidade abusiva e o racismo.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 89.

Por outro lado, o controle deve existir ante a constatação de que, quanto ao marketing e a propaganda, a "reflexão sobre a ética e responsabilidade social encontra-se num patamar aquém do desejado quando comparado ao do incremento dado a outras ferramentas de gestão corporativa"[759].

O grau de abusividade que se pratica no mercado de consumo pode ser observado no julgamento proferido na Representação nº 022/79 perante o CONAR, por conta da seguinte publicidade abusiva: "MEU PAI NÃO GOSTA DE MIM. É POR ISSO QUE EU GOSTO TANTO DE VIAJAR". O anúncio veiculava a imagem de um jovem aplicando injeção na veia do braço por conta do distanciamento afetivo do pai e no final dizia: "A primeira vez que eu me piquei, no outro dia, fiquei com remorsos, lembrei do senhor. Mas agora parece tão bom. A gente esquece de tudo. Aí parece que eu fico em paz. Que nem quando o senhor me dava bastante carinho"[760].

No voto, o relator consigna:

> [...] é preciso que todos (anunciantes, veículos e agências) fiquem bem conscientes das responsabilidades sociais da propaganda e da grande arma que todos temos nas mãos. Não podemos permitir que ela seja utilizada para a destruição do ser humano, num mundo já tão conturbado por falsos valores[761].

O CONAR, como se pode inferir, admite e reconhece o poder da publicidade no meio social, assim como a necessidade de controle.

Um aspecto a se considerar alude a que o consumidor também tem direito à liberdade de consciência e que esta pode ser violada pela comunicação de massa, notadamente por meio da publicidade[762].

Reforçando a necessidade de controle da comunicação de massa, com propriedade, Antonio Herman V. Benjamim afirma que:

---

[759] *Apud* GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 53.

[760] LOPES, A Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 189.

[761] Representação extraída da obra de LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda**, p. 190.

[762] Nesse sentido Valéria Furlan: "a violação da liberdade de consciência do consumidor é apenas uma das desastrosas conseqüências provenientes de irrestrita liberdade de comunicação" (FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 105)

> Na medida em que é fenômeno de massa, dirigido à coletividade de consumidores, como conjunto indeterminado e desorganizado de pessoas, a publicidade, ao causar danos, dificilmente o faz de maneira individual ou isolada. Sua danosidade é, como regra, difusa e coletiva, embora com repercussão na esfera privada de cada consumidor. Seus riscos são sociais e seus danos, em série[763].

Guinter Sponde aponta "a necessidade de criar mecanismos de proteção dos interesses coletivos e não mais da atuação individual dos consumidores"[764].

Quando se fala em controle, o caso da televisão - presente em quase todos os lares - é emblemático. Pois bem. Os avisos indicativos sobre a inadequação para determinada idade têm eficácia duvidosa, principalmente porque: o aparelho pode ser "ligado" a qualquer hora; é de fácil acesso a crianças e adolescentes, além de boa parte deles assistir à programação no instalado no próprio quarto.

Concordando com Paraguassú Lopes, tem-se que:

> As marquises entopem-se de peças publicitárias, é muito dinheiro em jogo, é muito desejo a ser despertado ou manutenido. Não importa se a parafernália acaba com o visual da cidade, não importa se o colorido feio, inconseqüente, torna a avenida um amontoado de placas, e demais coisas do gênero.
> Inúmeras peças ultrapassam os limites da decência, são apelativas, exibindo o nu ou quase nu, numa exposição do corpo com o intuito de chamar a atenção para marcas ou produtos que em nada se relacionam com a imagem exposta. Há a sensação, às vezes, do ridículo. Não se venha a interpretar o não-querer de belas mulheres, emprestando seus contornos para as criações intelectuais de peças publicitárias. Ao contrário, 'a beleza é fundamental'.
> O que se pode auferir de interesse ao consumidor de mensagem, entre um trator e uma bela mulher nua sentada em seu pára-choque?[765].

---

763 BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29. No mesmo sentido Marisa Teixeira de Almeida para quem "Ela [a publicidade] deve ser controlada por se tratar de um instrumento que possui um forte apelo emocional e ter características de persuasão, de atração, de estímulo, que pode colocar em risco os consumidores, estimulando comportamentos anti-sociais ou induzir em erro sobre falas mensaens atribuídas pelos fornecedores aos produtos ou serviços [...] A atividade publicitária, ainda, pode causar danos patrimoniais e morais de grandes proporções. Seu malefício é como regra, difuso e coletivo, embora com repercussão na esfera privada de cada consumidor. Seus riscos são sociais e seus danos em série" (**A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 18)

764 SPONDE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 43/178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180.

Assim, considerando que a publicidade é veiculada pelos meios de comunicação de massa, é de se considerar a potencialidade de ocorrência de danos e suas conseqüências. Bem por isso, não se pode prescindir de uma regulamentação jurídica estatal de força, pois as regras morais, por si sós, não darão conta de coibir os ilícitos[766]. A situação tomou tamanha proporção que fez firmar um novo ramo do Direito - o direito da comunicação de massa[767].

À evidência, não se pode, pelas mãos do ordenamento jurídico, proibir a veiculação de toda e qualquer publicidade, mas - isto sim - afastar aquela considerada patológica, que traga risco ou dano ao consumidor.

Não se pode dizer que toda publicidade é nociva. Há peças publicitárias que cumprem seu papel, de forma criativa, sem, contudo, esbarrar nos valores mais prezados pela sociedade e pelas normas em vigor.

Assim, a publicidade não deve ser banida pela simples existência de patologias. Trata-se de atividade importante para o progresso de um país. Movimenta a economia. Existem modos de se fazer publicidade sem ser enganosa ou abusiva. A imaginação das pessoas permite a realização de publicidade de bom gosto, apta ao convencimento saudável na aquisição de produtos ou serviços. Mas é necessário que se conscientize e eduque de modo que a atividade publicitária seja realizada sem se atingir valores e direitos dos consumidores[768].

---

765 LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 204.

766 Sobre o tema, dessa forma se posiciona Gherardini: "O contexto fático-axiológico da atividade publicitária, perante seu imenso poder de causar danos a uma imensa coletividade de pessoas, já que se trata, indubitavelmente, da comunicação de massa por excelência, requer uma regulamentação, quanto aos excessos, muito mais eficaz do que a imposição de meras sanções morais aos entes ali envolvidos. Daí da razão do estabelecimento de normas (jurídicas), no CDC, com o fito de coibir os excessos cometidos pela publicidade." (SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 208/209).

767 "o direito da comunicação de massa – a *mass media law* norte-americana -, caracteriza-se por ser aquele ramo do direito que busca compor os conflitos relacionados ao cerceamento e ao abuso da liberdade de expressão nos meios de comunicação de massa" (MOROSINI, Fabio. **Visões acerca do novo direito da comunicação de massa.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/182. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 182).

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

A necessidade de controle revela-se ainda maior em países como o Brasil, que tem uma histórica trajetória de desrespeito aos direitos mais comezinhos, onde se faz o que quer, sem se pensar no próximo. Exemplos não faltam, mas para ilustrar rememora-se: 1) publicidade da Xuxa, que incentivava os filhos a destruírem seus calçados para comprar o da apresentadora; 2) GUGU (apresentador Augusto Liberato) e suas presepadas, como entrevista com falsos bandidos do PCC, crianças fazendo "a dançinha da garrafa", ode a uma falsa reencarnação do Dr. Fritz, que inclusive fazia cirurgia alternativa e outras aberrações mais.

Não obstante, pela própria natureza da técnica publicitária, bem enfatiza Antonio Herman Benjamin:

> O consumidor é sempre e inexoravelmente um mero espectador passivo do anúncio. Não tem qualquer poder sobre ele; sua interferência no fenômeno publicitário é nula, a não ser como destinatário da mensagem, perante a qual é sujeito impotente. A publicidade é algo que o consumidor vê, ouve, sente; nada mais!. Na medida em que a publicidade influencia – quando não determina – o comportamento contratual do consumidor, nada mais razoável que passe o Direito a lhe dar conseqüências proporcionais à sua importância fática (econômica e cultural, mais que tudo)[769].

De fato, o consumidor sempre está exposto aos efeitos da publicidade, seja qual for o meio de veiculação. Por isso mesmo a programação das redes de entretenimento, por exemplo, não pode ficar a critério exclusivo de seus dirigentes e respectivos patrocinadores. Eles almejam somente o lucro.

Pertinente neste ponto é o comentário de Fabio Morosini:

> [...] não se faz imprescindível uma pesquisa detalhada acerca da programação televisiva, para percebermos que a ética descrita no referido diploma [Código de Ética da Radiodifusão Brasileira] não é levada em consideração[770].

João de Simoni Sedorini Ferracciù dele não discrepa:

> Os responsáveis pelas vendas nas empresas estão mais preocupados com o fim do mês que com o fim do mundo, e por aí podemos mediar

---

[769] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 261.

[770] MOROSINI, Fabio. **Visões acerca do novo direito da comunicação de massa.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/182. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

> a elasticidade ética com que são obrigados a desenvolver suas promoções[771].

Antonio Herman Benjamin é enfático ao afirmar que:

> Não há, pois, qualquer dúvida: o *marketing*, em especial, e as práticas comerciais, em geral, exigem uma regulamentação legal. Tudo como reconhecimento de que o grande fenômeno comercial está sujeito às limitações econômicas, éticas e também jurídicas. As limitações legais impostas ao *marketing*, embora passíveis de uma análise quanto à sua eficiência econômica, nem sempre se prestam a tal enfoque, uma vez que o Direito, ao lado da preocupação com a eficiência, tem outras apreensões, como, por exemplo, com a mitigação das desigualdades e o reequilíbrio do poder de barganha no mercado[772].

A propósito, não é demais lembrar que a publicidade cria legítimas expectativas no consumidor, as quais precisam ser protegidas.

Nos EUA a situação não é diferente:

> A história do século passado mostrou que a regulamentação é necessária para proteger os consumidores e os concorrentes de práticas fraudulentas, enganosas e injustas que alguns empresários optam por utilizar. Seja qual for o raciocínio, o fato é que as regulamentações governamentais podem ter um impacto significativo nas organizações empresariais [...] Talvez a regulamentação seja mais necessária quando *as decisões do consumidor baseiam-se em informações falsas ou limitadas*. Sob tais circunstâncias, os consumidores têm a possibilidade de tomar decisões que de outra forma não tomariam e, como resultado, incorrer em danos econômicos, físicos ou psicológicos. Os concorrentes também são prejudicados porque perdem negócios [...] A regulamentação oferece três benefícios principais: a *escolha do consumidor* entre as alternativas é melhorada quando ele está bem informado; *a qualidade do produto tende a melhorar* em resposta às mudanças nas necessidades e preferências do consumidor; a *redução de preços* resultante do menor 'poder de mercado informacional' do vendedor [grifos no original][773].

---

[771] FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional: a evolução da promoção de vendas.** 6ª Edição. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 104.

[772] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 248/249).

[773] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 67/68.

7.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

O direito à liberdade de expressão em sentido amplo (ou liberdade de comunicação) subdivide-se em: a) liberdade de expressão em sentido estrito; b) liberdade de informação, que inclui o direito de informar, de informar-se e de ser informado; e c) liberdade de imprensa, direitos dos jornalistas e liberdade de radiodifusão em sentido amplo[774].

O conjunto dessas liberdades é conhecido como liberdades de comunicação social ou liberdades publicísticas, que "abrangem toda forma de comunicação humana, independentemente dos seus fins e de suas modalidades".

Conforme anotam J. J. Gomes Canotilho e Jonatás E.M. Machado, aqueles informes que chegam ao público transmitidos pelos meios de comunicação social em sentido amplo "(televisão hertziana, TV por cabo, TV por satélite, TV digital, TV interactiva, TV paga, Home Vídeo, Digital Versatile Disk e Internet, incluindo online-TV e online-Radio" têm conteúdo publicístico digno de protecção constitucional[775].

Em rigor, são vários os interesses que estão em jogo: a viabilidade econômica das empresas de comunicação social, o direito dos consumidores, dos idosos, dos menores, a liberdade individual e econômica e o meio ambiente.

Consoante a teoria constitucional, os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem ser interpretados de acordo com uma compreensão de "âmbito normativo alargado"[776], sendo imediatamente aplicáveis (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal). Portanto, prescinde-se de qualquer ato regulamentador, e mesmo, se o caso, apesar e contra a lei e aplicáveis a todos, seja pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado.

---

774 CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 8.

775 CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 9/10.

776 CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 11

Os direitos e garantias fundamentais devem ser integrados aos princípios da constitucionalidade, da legalidade, da proporcionalidade, da igualdade e da proteção da confiança[777]. Mais, em se tratando de direitos fundamentais, "são para ser tomados a sério, devendo ser ponderados, harmonizados e protegidos de uma forma que garanta a máxima efetividade a todos eles"[778].

Ao discorrerem especificamente sobre a liberdade de expressão, J.J. Gomes Canotilho e Jonatás E.M. Machado sustentam que é necessário contar com um modelo de regulação de baixa intensidade, "relegando as decisões em matéria de programação audiovisual para o mercado publicístico e econômico". Tal modelo deve ser desprovido de qualquer forma de censura e orientado para o mercado, priorizando-se a auto-regulação.

A Constituição Federal em vigor proíbe a censura e garante a liberdade de expressão (arts. 5º, IX, e 220, *caput* e parágrafo 2º).

Como assevera Nelson Nery Junior:

> A liberdade de expressão, garantida pela Constituição, continua atuando nas relações de consumo. O Código apenas proíbe a publicidade empregada como instrumento de violação dos direitos do consumidor, de modo anormal, vale dizer, quando é enganosa ou abusiva. Isto não inibe a criatividade da publicidade brasileira, uma das melhores do mundo, como não inibiu a criatividade publicitária americana, cujo controle é legal desde a reforma de 1938 no *Federal Trade Comissiom Act*, de 1914[779].

Para Fabio Morosini: "[...] do confronto entre liberdade de expressão e proteção à intimidade, temos que a regulação dos serviços de comunicação de massa é o resultado perfeito, é o alcance da harmonização"[780].

---

[777] CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 11.

[778] CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 60.

[779] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 48/49.

[780] MOROSINI, Fabio. **Visões acerca do novo direito da comunicação de massa.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/182. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

7.4 CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

Aqueles que são contrários ao controle da publicidade argumentam que ele viola a liberdade de manifestação do pensamento e, por conseqüência, a criatividade artística, que não pode sofrer nenhuma forma de censura. Caso contrário haveria violação de direitos constitucionais (art. 5º, IX, 220 e 170). Também afirmam que o Código Brasileiro do Auto-Regulamentação Publicitária trata da matéria e é suficiente o autocontrole por ele promovido[781].

A liberdade da atividade publicitária está garantida constitucionalmente. Poderia se pensar, diante do texto constitucional, na impossibilidade de controle da publicidade, já que consta da respectiva redação a proibição de toda e qualquer censura de natureza artística (art. 220, §2º da Constituição Federal).

Entretanto, como bem exposto por Nelson Nery Junior:

> O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor. O art. 5º do *Federal Trade Comission Act*, dos EUA, com a emenda de 1938, já previa o controle da publicidade e nem por isso os Estados Unidos deixaram de ser o país onde mais e melhor se desenvolveu a atividade e a criação publicitárias [782].

O controle da publicidade não tem o sentido que se extrai do conceito de "censura". Não se trata de controle artístico, como alguns querem fazer crer, mas sim de um controle que visa à proteção de direitos difusos, de modo geral e do consumidor em especial, interesses estes protegidos constitucionalmente (art. 5º, XXXII; 170, V e art. 129).

O Código de Defesa do Consumidor não fez nenhuma restrição à atividade publicitária. Ela pode e deve ser desenvolvida com plena liberdade,

---

781 RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 60/61.

782 NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 67.

distante da censura. As sanções previstas são aquelas necessárias quando ficar caracterizada a publicidade patológica, irregular, ilegal, inconstitucional, que cause dano àquele que a ela ficou exposto. Dessa forma, não procedem as críticas no sentido de que o controle representaria forma ilegal e inconstitucional de interferência na criatividade dos publicitários.

Há manifesto entendimento de que "a publicidade não é um genuíno e precípuo produto de expressão intelectual ou artística"[783], tampouco pode ser considerada uma manifestação de pensamento ou opinião[784], não se incluindo, portanto, entre aquelas atividades que a Constituição Federal considerou incensuráveis (art. 5º, IX). Bem por isso, pode ser objeto de controle estatal[785].

Vale destacar o acurado pensamento de Antonio Herman Benjamin a respeito:

> A mensagem publicitária, *per se*, não pode ser considerada manifestação de uma opinião ou pensamento, pois, como já se viu, não é ela nem informação (muito menos jornalística), nem discurso exclusiva ou preponderantemente intelectual, artístico e científico. Ao contrário, eventual conteúdo intelectual, artístico ou científico que posse ter é *instrumento* e não fim; é meio pelo qual busca alcançar o único resultado que lhe interessa (e que justifica seus elevados investimentos), ou seja, escoa a produção, através da circulação de produtos e serviços [grifo no original][786].

Esclarecedor é o entendimento de Suzana Maria Federighi:

> Nem se argumente sobre a natureza artística da publicidade, que poderia, eventualmente, admitir menores restrições, face à liberdade

---

[783] RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 61.

[784] A admissão de um direito de publicidade não implica elevá-lo ao mesmo patamar constitucional da garantia da liberdade de opinião conferida aos cidadãos. Isto seria lhe dar, diretamente, o mesmo valor que a manifestação política, religiosa ou filantrópica, Significaria trazer o consumo de bens, objetivo final de qualquer publicidade – e o próprio mercado, ao patamar mais elevado da civilização e dos valores humanos. Compartilha desse entendimento ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

[785] Nesse sentido RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 62.

[786] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

> de manifestação artística consagrada no texto constitucional. Não é necessário cogitar-se de *eventual conteúdo artístico* da mensagem publicitária. Esta não é uma manifestação artística pura e simples; não esgota em si mesma a eventual plasticidade ou valor estético, mas sim, *pode ter ou não valor estético*, e sempre estará a serviço do consumo, atrelada à estimulação dele.
> Sua finalidade primária é o primeiro momento do tráfico mercantil, ainda que não contenha o preço. É a apresentação do produto, acrescida de um *plus*, um estímulo para consumir e não arte espontânea[787].

Desse raciocínio depreende-se que é possível e desejável o controle da publicidade, mediante a adequada interpretação do Direito, notadamente o direito que rege as relações de consumo[788]. A defesa do consumidor é regra de direito constitucional fundamental (art. 5º, XXXII) e também um princípio da ordem econômica (art. 170, V, da Constituição Federal) a justificar e legitimar as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar-lhe a devida proteção.

Nesse sentido também se expressa Fernando Gherardini Santos. Nas suas palavras:

> A liberdade conferida às formas de comunicação social sofrem os limites da defesa do consumidor estabelecidos pelo CDC, o qual é diploma principiológico de natureza constitucional, estando o controle da atividade publicitária, portanto, *in totum* legitimado perante o Direito positivo vigente [789].

Há muito tempo a publicidade perdeu sua função meramente informativa, razão porque a atividade publicitária decorre da garantia da

---

[787] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 62.

[788] Nelson Ney Junior, referindo-se ao Direito Ambiental e do Consumidor afirma que esses "novos direitos não podem ser interpretados de acordo com os institutos ortodoxos do direito, criados para solução de conflitos individuais, que não mais atendem aos reclamos da sociedade" (NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 49).

[789] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 202.

livre iniciativa[790], pois o seu objetivo não é só informar os consumidores, mas informar com o objetivo de vender[791].

A livre iniciativa, embora seja um fundamento da ordem econômica, "deve ser exercida em consonância com os demais princípios estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal para a Ordem Econômica", notadamente com a defesa do consumidor (art. 170, V). Por esse motivo, "[...] não pode ser exercida à exaustão, de forma a prejudicar outros valores estabelecidos" [792].

Por outro lado, a publicidade se enquadra no conceito de "comunicação social" estabelecido nos arts. 220 a 224 da Constituição Federal. Como atividade, a um só tempo criativa e informativa, está sujeita à "liberdade de comunicação" prevista no art. 5º, incs. IV, V, IX, XII e XIV da Constituição Federal.

Antonio Herman Benjamin entende que o direito de publicidade decorre:

> [...] da garantia da livre iniciativa e, por isso mesmo, é regido pelos limites a esta impostos, em particular a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a proteção do meio ambiente[793].

---

[790] Conforme adverte Guildo Alpa "A atividade publicitária é um momento – nada mais que um momento – da atividade empresarial" (*Apud* BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55).

[791] Maria Elizabete Vilaça Lopes (*apud* BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

[792] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21/22.

[793] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55. Antonio Herman Benjamin acrescenta que "Reconhecer o direito de publicidade não implica elevá-lo ao mesmo patamar constitucional da garantia da liberdade de opinião conferida aos cidadãos e, no nosso modo de ver, só a eles como pessoas físicas. Não significa, tampouco, com corolário, impedir a imposição de certos limites e até exclusões setorizadas a tal exercício, quando o interesse público assim o exigir. "liberdade ilimitada – nota Walter Ceneviva – não é direito", sendo que a "base da existência de um direito de publicidade não reside, pois, nas garantias individuais do cidadão; é decorrência do próprio regime estatuído para a ordem econômica, dele recebendo o mesmo amparo e limites". Dessa forma, "que, como manifestação empresarial, a publicidade aceita os mesmos controle legais que subjugam outras atividades da empresa. Controle da publicidade, então, nada mais é que controle sobre a empresa". Continua, argumentando que o "discurso comercial é protegido

A Constituição Federal prevê a regulação da atividade publicitária em seu art. 220, §3º, porém ela não figura no rol de atividades que recebem o privilégio dado pela Carta Magna que impede o controle por parte da sociedade"[794]. O inciso II, §3º, do citado artigo autoriza a edição de lei federal para o controle da publicidade, prevendo a edição de normas que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente[795].

A Constituição Federal prevê a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), assim considerado o sistema capitalista de mercado. Entretanto, a liberdade econômica que dele decorre deve obedecer à sua utilidade social e ser exercida em benefício dos consumidores[796].

De fato, conforme anota Valéria Furlan, "com a produção em série, derivada do progresso industrial, as relações de consumo, conseqüentemente, agravaram-se de forma a exigir do Estado as providências necessárias para manter a justiça social"[797]

Fernando Gherardini Santos também entende que o regime da Constituição Federal é de atuação estatal no processo econômico, devendo agir como "[...] agente fiscalizador dos mercados, com a função primordial de

---

no bojo da garantia da livre iniciativa, norteando-se, por isso mesmo, pelos princípios-limites a ela associados, entre os quais se inclui, já vimos, a defesa do consumidor". Assim, "o direito de anunciar não é tratado em pé de igualdade com o direito que têm os cidadãos de manifestarem livremente seu pensamento". E conclui que é "nesse contexto democrático e de consciência da importância do consumidor e do ato de consumo que se insere o controle legal da publicidade" (*Ob. Cit.* p. 55/57).

[794] RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 62.

[795] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

[796] Nesse sentido ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

[797] FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** *In* Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 104.

organizá-lo e torná-lo apto à concreção dos princípios constitucionais da ordem econômica[798].

Em rigor, a Constituição Federal de 1988 visa:

> A criação de um 'capitalismo social' [...] no qual busca-se uma socialização dos objetivos a serem alcançados pela ordem econômica para, enfim, produzir o bem-estar social na sociedade, insculpida sobre os princípios da justiça social, objetivos expressos em vários dispositivos constitucionais[799].

Existem dois bens jurídicos constitucionalmente protegidos. A livre iniciativa - a publicidade é fruto dela e não pode ser considerada como pura expressão artística - e a defesa dos interesses difusos (compreendidos os direitos dos consumidores e a defesa do meio ambiente).

J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado anotam que "os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ordenar-se e combinar-se na solução dos problemas jurídico-constitucionais de forma a conseguir a sua máxima optimização"[800] e que "o reconhecimento de um direito subjectivo ao exercício da actividade de radiodifusão não implica a total inexistência de restrições, na medida em que as mesmas se justifiquem para a salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente protegidos"[801].

Os mesmos autores asseveram que "a liberdade de programação não é incompatível com o estabelecimento de algumas restrições, à semelhança do que sucede com todos os direitos, liberdades e garantias"[802]. E arrematam:

> Os princípios que conformam a liberdade de programação, também são relevantes quando se trata de proceder à sua limitação. É aqui

---

[798] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 96.

[799] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 96.

[800] *Apud* FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 105.

[801] CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 26.

[802] CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 32.

> que faz sentido a proibição de emissões que violem os direitos, liberdades e garantias, atentem contra a dignidade da pessoa humana ou incitem à prática de crimes. Igualmente procedentes são as considerações em torno da protecção da infância e da juventude[803].

Pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) é um daqueles que se destacam na ordem jurídica. Assim, pode ser invocado como fundamentação da restrição à liberdade de expressão e não funciona só "como fundamento da liberdade de expressão, mas também como limite". Bem por isso possui as dimensões relacionais "da existência humana e os direitos de reconhecimento, consideração e respeito do indivíduo perante a sociedade"[804].

Há que se considerar também que não existe direito absoluto[805] e, portanto, as limitações que visam atingir o bem-estar social se justificam, não podendo ser taxadas de inconstitucionais.

Dessa forma, ainda que se concebesse a publicidade como obra de pura manifestação do pensamento, mesmo assim - considerando que não existem direitos absolutos - é permitido o controle sobre a atividade. Isso porque o art. 5º, inc. V, da Constituição Federal, garante o direito de indenização e resposta por dano material ou moral à imagem decorrente da manifestação do pensamento. Por interpretação *a contrario sensu*, por via transversa, mediante resposta e indenização, existe controle mesmo da atividade decorrente da manifestação do pensamento. Por outro lado, segundo expressa disposição constitucional (art. 220, parágrafo 1º), é quanto à informação jornalística que a lei não poderá constitui qualquer "embaraço" e, por óbvio, a atividade publicitária não é atividade jornalística. Em suma, para colocar uma pá de cal na interpretação que alude à possibilidade de controle legislativo da atividade publicitária, o art. 220, da Constituição Federal, identifica duas hipóteses de autorização: caso do inc. II, do parágrafo 3º e do parágrafo 4º (determina a edição de lei para restringir a

---

803 CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 33.

804 CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 47/48.

publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, além da imposição de se consignar advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso).

O art. 170 determina a observância da defesa do consumidor quando do desenvolvimento da atividade econômica. A referida defesa foi concretizada nos arts. 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor, que representam o fundamento e o limite legal dessas ações[806]. A propósito, o controle da publicidade é imposto pela Lei Maior.

Importante observar que os países mais avançados do mundo possuem controle da publicidade e nem por isso são taxados de antidemocráticos ou Estados de exceção, como por exemplo, o *Federal Trade Comission Act*, nos EUA e o *Conseil Supérieur de l´Audiovisuel*, em França[807].

Sobre o tema, vale ressaltar o pensamento de Suzana Maria Federighi:

> [...] mesmo que não houvesse a previsão explícita da defesa do consumidor, ainda assim se poderia falar na repressão aos abusos por ele sofridos em função da publicidade, em razão da proteção primária de suas garantias individuais. A interação dos princípios constitucionais aponta a liberdade de expressão para o exercício da publicidade, se exercida esta **sem contraponto** às prerrogativas gerais de defesa do consumidor, bem como à obrigatoriedade de observância das demais garantias básicas, [...] a liberdade de expressão, bastião dos reclamos da indústria, está limitada sim, por tantas cancelas constitucionais quantos interesses dos indivíduos em ver seus direitos e garantias respeitados [grifos no original][808].

---

[805] Nem o direito máximo que é a vida é absoluto, permitindo nosso ordenamento jurídico a pena de morte, em situações específicas no caso de guerra, e o aborto.

[806] No mesmo sentido: RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 62.

[807] "Em outros países também há normas que regulam a atividade publicitária, estabelecendo situações de proibição e prevendo sanções, com o que não desqualifica a democracia neles vigente. Países como os Estados Unidos, Bélgica, Suécia e Portugal também proclamam respeito ao princípio da liberdade, corolário do sistema da livre iniciativa, mas impõem obediência ao princípio da veracidade, obrigam a identificação das peças de publicidade, concitam à lealdade e exigem atendimento do princípio da ordem pública, pelo qual é proibida a propaganda abusiva" (RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 63).

[808] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 81/82.

A preocupação pública e transpessoal com a limpeza do ambiente moral e cultural e com a edificação de uma imagem pública de elevação espiritual e ética, justificaria, na visão de Stephen Huster, restrições à liberdade dos operadores de radiodifusão, dos programadores e dos concorrentes, independentemente dos efeitos que daí pudessem resultar para a situação jurídica de cada um dos sujeitos envolvidos[809].

Por fim, a limitação da liberdade de expressão também se justifica na medida em que visa a proteger a saúde[810] (bem fundamental) e, como visto, a publicidade subliminar pode ser prejudicial à saúde.

7.5 PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE

Também são lencados como objetos de controle da publicidade: a) proteção da infância e adolescência; b) a ordem pública, a moral pública e os bons costumes; c) a saúde; e d) o meio ambiente.

Como bem posiciona Gino Giacomini Filho:

> Muitos países adotaram normas e procedimentos protegendo as crianças de muitas ações publicitárias, impedindo-as de participar em anúncios de muitas ações publicitárias, em anúncios de produtos perigosos ou ligados a vícios, determinando menor espaço publicitário durante programações infantis e outros procedimentos, como na Europa, onde é proibida a publicidade nos programas infantis[811].

Nos EUA, a FTC aplica a doutrina da injustiça em três áreas principais: (1) comprovação de propaganda, vale dizer, os anunciantes devem provar o que dizem (2) práticas promocionais dirigidas a crianças e (3) regras de regulamentação do comércio. Quando aplicada a casos envolvendo criança, a doutrina de injustiça é especialmente útil porque muitas

---

[809] *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 77.

[810] AULOY, Jean-Calais e STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 161.

[811] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 55.

alegações de propaganda não são enganosas por si mesmas, mas são potencialmente antiéticas, inescrupulosas ou perigosas para as crianças[812], justo por serem mais crédulas e, relativamente aos adultos, menos protegidas.

A condição da criança, como é cediço, é peculiar por estar em fase de desenvolvimento físico e mental. Bem por isso recebe a proteção do Estado. Nesse sentido é pertinente o comentário de Gino Giacomini Filho:

> Há indicadores que mostram uma forte relação do que é mostrado no vídeo com certos distúrbios infantis; um destes estudos mostrou que as crianças adotam hábitos iguais aos do vídeo (80%) e, dependendo da faixa etária, o índice de ansiedade que a TV gera é de mais de 90%.[...] Há programas infantis recheados de propaganda oculta; ora, se o uso de *merchandising* em programas de adultos já é contestado, o que não dizer de aparições de guloseimas e iogurtes no conteúdo de programas infantis, que exercem tremendo atrativo e envolvimento total? Excitada ao mais alto grau, ela não terá chance de filtrar essa ação e, compulsoriamente, pedirá que comprem aquilo que seus heróis ou ídolos comem ou bebem; a situação ainda é mais grave quando se sabe que tais programas têm penetração em milhões de lares de classes sociais mais baixas, cujos pais não têm poder aquisitivo para atender a tais pedidos, aprofundando a ansiedade e a frustração da criança[813].

E arremata:

> A TV gera fantasias e as crianças, imitando, têm distúrbios tanto físicos (acidentes) como psíquicos: ansiedade, frustração e agressividade; a TV exerce fascínio tal que as mães aproveitam a ocasião para colocar comida em suas bocas, algo que não iriam fazer espontaneamente; a TV funciona, portanto, como um anestésico, tal a passividade que gera, tal a falta de discernimento que provoca[814].

Considerando esses fatores e a proteção que deve ser data à criança e ao adolescente, faz todo sentido a observação de J.J. Gomes Canotilho e Jonatás E. M. Machado:

> [...] em causa está a prevenção de lesões irreversíveis no desenvolvimento da personalidade dos menores, à sua adequada socialização e à sua capacidade de autodeterminação, nos planos

---

812 SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 71.

813 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 58.

814 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 59.

> físico, intelectual, moral, emocional e relacional, às quais os mesmos, pela sua maior sugestionabilidade e impressionabilidade, são particularmente vulneráveis[815].

Como bem adverte Suzana Maria Federighi, "a publicidade na TV tem o mesmo efeito que a programação habitual: é instantânea e globalizante"[816]. Em relação à criança, esclarece a autora que "a diferença fundamental consiste no fato de não ter a criança um critério objetivo nem sequer condições de avaliar, de *per si*, a extensão da fantasia e da realidade"[817].

Em França, pensa-se da mesma forma:

> As crianças são sobretudo sensíveis à *forma* e ao *ritmo* do *spot* e menos ao seu objetivo comercial. Mas retêm os *slogans* ou as cantilenas e tornam-se uma espécie de repetidores, retransmissores, caixas de ressonância que persistentemente reproduzem as fórmulas ouvidas na publicidade. Em seguida, no centro comercial, a criança tornar-se-á a voz da publicidade nos ouvidos dos pais [...] O Instituto da Criança, sociedade de estudos dotada com um painel de 1.500 famílias, estima que cerca de 45% do consumo familiar (ou seja, 500 a 600 mil milhões de francos por ano) são, mais ou menos, directamente influenciados por desejos infantis[818].

No Brasil houve reclamação junto a órgão de defesa do consumidor no que concerne aos brinqudos que são oferecidos como brinde quando da aquisição de lanche em estabelecimento de fast-food. Certamente que de venda casada não se trata, pois não se está condicionando a venda de um produto a outro. Mas trata-se de prática abusiva (art. 39, IV do Código de Defesa do Consumidor), pois é feita toda sorte de apelo e estímulos para a criança desejar aquele brinquedo e quando os pais se dispõem a comprá-lo são informados que na verdade terão de comprar um lanche (que como já foi demonstrado causa sérios danos à saúde). Assim, a criança vai querer o lanche, independentemente de sua vontade ou necessidade, somente para ter o brinquedo.

---

[815] CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 59.

[816] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 50.

[817] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência,** p. 50.

[818] RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas. Massas, televisão, cinema.** Tradução: Luís Filipe Sarmento e Isabel Salvado. 2ª Edição. Porto: Campo das Letras, 2000, p. 64.

A publicidade está influenciando as crianças a ponto de modificar seus hábitos alimentares, vale dizer, para pior.

> [...] poucos anos atrás, um anúncio de um suplemento alimentar infantil mostrava uma criança que pedia brócolis no supermercado como um ser dotado de um comportamento bizarro, que causava estranheza à mãe. Já o supérfluo, atraente[819].

O BVP francês recomenda que a publicidade dirigida às crianças somente pode versar sobre produtos disponíveis[820], euquanto a publicidade de alimentos de bebês somente é permitida na mídia escrita destinada aos profissionais de saúde[821].

Outro aspecto que merece destaque e atenção é a propaganda, aquela que se utiliza dos meios de comunicação de massa para atingir indistintamente crianças das mais diferentes condições sociais, criando ansiedades processadas de uma forma ainda incompreendida[822].

A psicóloga Fátima Nassif, do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo e da Rede Paulista pela Democratização da Comunicação e da Cultura, alerta para a influência da mídia na formação da subjetividade de crianças e adolescentes. “A propaganda influencia o comportamento infantil e, em certa medida, juvenil”. Na sua concepção, a deturpação de valores incentivada pelo culto ao consumo pode gerar transtornos complexos nas relações familiares e de amizade destes indivíduos. Como exemplo cita o crescimento de casos de anorexia e bulimia em jovens que se submetem à ditadura da beleza veiculada nos meios de comunicação. “Consideramos esses mercados eletrônicos um abuso total e um desvirtuamento da função das concessões”, aduz a psicóloga, que também integra a Campanha pela Ética na TV. Ela destaca o caráter público do serviço prestado pelas

---

819 Conforme relatado por Bia Abramo no Jornal Folha de São Paulo, E8, Ilustrada de 27 de julho de 2008.

820 AULOY, Jean-Calais ; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 141.

821 AULOY, Jean-Calais; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 161.

822 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 11.

emissoras que, de acordo com a Constituição Federal, devem priorizar a promoção da educação, da arte e da cultura[823].

A situação é tão alarmante que existe o PL n. 5.921/2001, de autoria de Luiz Carlos Hauly", apresentada em 12/12/2001. O projeto visa acrescentar um parágrafo ao art. 37, do Código de Defesa do Consumidor, para proibição de publicidade para comercialização de produtos infantis. Existe também o substitutivo da deputada Maria do Carmo Lara (PT-MG) ao PL n. 5.921/2001. O substitutivo estabelece ainda um conjunto de normas para essa modalidade de propaganda, entre as quais a proibição do uso de personagens de desenhos animados e de apresentadores de programas infantis nos anúncios. De acordo com o texto, são solidariamente responsáveis pela propaganda o fornecedor do produto ou serviço, a agência publicitária e o meio de comunicação utilizado para veicular a publicidade. A proposta estabelece que o infrator será punido com multa, aplicada por meio de procedimento administrativo. Em sua forma original, o projeto do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), prevê a proibição total da publicidade de produtos destinados à criança. No CBAP consta a exigência de que a propaganda de produtos para uso infantil seja dirigida aos pais e não à criança.

Em 09/07/2008 a Comissão aprovou proibição de propaganda dirigida à criança. Conforme o texto de Maria do Carmo Lara, a propaganda deve ser direcionada a adultos. A Comissão de Defesa do Consumidor aprovou a proposta que proíbe qualquer tipo de publicidade e de comunicação mercadológica dirigida à criança, em qualquer horário e por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto. O texto aprovado também proíbe qualquer tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica na televisão, na internet ou no rádio 15 minutos antes, 15 minutos depois e durante a programação infantil ou a programação cuja audiência seja na sua maioria constituída por criança.

---

823 INSTITUO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. <http://www.idec.org.br/busca.asp>. Acesso em: 26 mar. 2008.

Também fica proibida a participação da criança em qualquer tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica (exceto campanhas de utilidade pública referentes a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social)[824].

No que concerne à saúde e ao meio embiente, a Constituição Federal impôs ao Estado o dever de prover as condições necessárias ao pleno exercício da cidadania e da dignidade da pessoa, fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º), sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º). Para tanto, elegeu como direito fundamental do indivíduo, o seu direito à vida (artigo 5º), na qualidade de garantia social, o direito à saúde e como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente (artigo 170, VI).

Como analisa José Afonso da Silva:

---

[824] O substitutivo estabelece os princípios gerais a serem seguidos por qualquer publicidade ou comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, entre outros:

- respeitar à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar;
- garantir atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente;
- respeitar a ingenuidade, a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos adolescentes;
- não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior ou condenável;
- não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;
- não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;
- não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades criminosas, ilegais ou que ofendam aos usos e costumes da sociedade.
- não explorar a crença, o medo e a superstição;
- não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;
- não induzir a qualquer forma de degradação do meio ambiente;
- primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina.

O substitutivo também proíbe, entre outros itens, a veiculação de "merchandising" durante programa de entretenimento dirigido ao adolescente e o uso das palavras "somente" e "apenas" junto aos preços dos produtos e serviços.

As infrações dessas normas ficam sujeitas a multas, cujo valor dependerá da gravidade e da condição econômica do infrator, além da imposição de contrapropaganda. A multa será em montante não inferior a 1 mil e não superior a 3 milhões de Ufirs. INSTITUO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. <http://www.idec.org.br/busca.asp>. Acesso em: 26 mar. 2008.

> A Constituição Federal abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana[825].

Por sua vez, os direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal (art. 6º), juntamente com os direitos, liberdades e garantias fundamentais (art 5º):

> [...] não são meras normas programáticas, ou directivas de ação estadual de alcance essencialmente político [...] sendo irrelevantes sob o ponto de vista jurídico-constitucional. [...] Enfim os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais dos cidadãos. São direitos constitucionais a que correspondem verdadeiras obrigações do Estado, e que devem, à semelhança do que acontece com os direitos e liberdades tradicionais, ser concebidos como direitos públicos subjetivos do cidadão. (...) O que distingue estes dos restantes não é a sua natureza jurídico-constitucional, é o seu objecto. São direitos positivos, isto é, direitos a certa atividade ou prestação estadual e não a uma abstenção ou omissão"[826].

Ressalte-se, ainda, conforme observado pelo constitucionalista português Jorge Miranda, a real diferenciação entre as modalidades de direitos fundamentais – direitos e garantias tradicionais e direitos sociais – não está na dicotomia direitos negativos-direitos positivos, mas sim, na tensão dialética e na harmonização entre liberdade e igualdade. Nesse sentido, "os direitos constitucionais de índole individualista podem resultar num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade", e o resultado almejado pelo Estado Social de Direito deve ser "uma liberdade igual para todos, construída através da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade"[827].

A preservação do meio ambiente também é princípio da ordem econômica (art. 170, VI, da Constituição Federal). Assim, os avanços econômicos devem sempre observar o respeito aos bens ambientais, base de

---

[825] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 19. ed. São Paulo: Malheiros, p. 124.

[826] CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra, 1991, p. 127-129.

[827] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 96-98.

todas as formas de vida neste planeta. Daí a importância de se promover o desenvolvimento sustentável.

7.6 ESFERAS, INSTRUMENTOS LEGAIS, FORMAS E LIMITES DE CONTROLE DA PUBLICIDADE

Existem três sistemas de controle da publicidade[828]: o estatal (ou legal), o privado (ou auto-regulamentar) e o misto.

7.6.1 O controle privado (auto-regulamentar, não-oficial ou autocontrole)

Essa forma de controle é realizada por entidade privada ligada ao setor de publicidade. Decorreu da necessidade de se regulamentar a concorrência entre as empresas e afastar aquela nociva e desleal ao mercado e ao mesmo tempo aumentar a credibilidade, imagem e confiança dos consumidores em relação à publicidade.

No Brasil, o autocontrole é exercido pelo CONAR, sociedade civil sem fins lucrativos, formada por agentes do mercado publicitário, entidade que surgiu em São Paulo, em 5 de maio de 1980. Conforme seus Estatutos Sociais compete-lhe funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenha por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas (arts. 1º e 5º).

Cabe ao respectivo Conselho de Ética conhecer, processar e julgar as representações por inobservância ao Código Brasileiro de Auto-

---

[828] No que diz respeito à comunicação de massa, existem quatro espécies de controle da programação:

a) controle administrativo (o Brasil não possui, a exemplo dos EUA, a *Federal Communication Commission*). b) controle pelas próprias concessionárias

c) controle judicial

d) controle social

MOROSINI, Fabio. **Visões acerca do novo direito da comunicação de massa.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/182. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

Regulamentação Publicitária e aplicar as sanções previstas (parágrafo único do art. 50). O art. 50 do CBAP prevê quatro penas: a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos no sentido de que sustem a divulgação do anúncio; d) divulgação da posição do Conar com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, por meio de veículos de comunicação, ante o não-acatamento das medidas preconizadas.

Ao Conselho Superior do Conar cabe cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética (parágrafo primeiro do CBAP).

O Conar recebe denúncias contra qualquer empresa do mercado publicitário. Procedente a denúncia, o Conar aplica determinada sanção administrativa. Não há coação legal, mas sim, forte coação ética.

Consoante Marcelo Costa Fadel:

> Os processos instaurados no Conar são regidos pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da celeridade, da simplicidade e da proibição da censura prévia, havendo previsão para decisões liminares e duas instâncias de recursos[829].

Trata-se de meio válido e razoavelmente eficaz de controle de publicidade ilícita e apresenta como vantagem a rápida solução da questão, é mais ágil e dinâmico, sem onerar o consumidor com custas.

Por se tratar de sociedade civil, o Conar não tem poderes para retirar a veiculação da publicidade e conceder indenização aos lesados, sendo que as sanções têm caráter moral. Pode, quando muito, sugerir a suspensão da publicidade, mas sem possibilidade de sanção coativa[830].

Como bem ressaltado por Fernando Gherardini Santos:

> O Conar serve como um primeiro filtro da atividade publicitária [...] tal sistema exclusivamente privado já se revelou insuficiente para o

---

[829] FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conar.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 155.

[830] Nesse sentido, Gherardini comenta: "o que se propôs com a edição do CBAP foi uma regulamentação exclusivamente privada da atividade publicitária, realizada pelos próprios profissionais do setor, em que, portanto, o consumidor, principal destinatário da atividade, não encontra uma representação eficaz de seus interesses". SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 207.

> eficaz controle dos excessos da publicidade, com demonstra a própria história recente do Direito pátrio[831].

A insuficiência do autocontrole exercido pelo Conar é revelado primeiramente porque é integrado, de forma majoritária, pelos próprios publicitários e por adesão espontânea, não se encontrando o consumidor eficazmente representado (Art. 8º dos Estatutos Sociais) (o Conselho de Ética do Conar é composto por 33 membros, dos quais apenas 6 são representantes dos consumidores (art. 40 do Anexo II do CBAP). Não tem condições, portanto, de "julgar" dentro dos parâmetros do que é socialmente tolerável), tendendo a ser menos rigoroso que o sistema de controle do Estado. Existe possibilidade de imposição de somente penas simbólicas (o art. 50, alíneas "a" e "d" é exemplo do caráter sugestivo das normas do CBAP. Quanto às penas, são elas: advertência, recomendação ou divulgação da posição do Conar), faltando ao CBAP a força cogente. A agência de publicidade ou os patrocinadores podem recusar-se a cumprir as respectivas determinações. Recebem, quando muito, sanções morais. O Conar não tem atribuição para retirar do mercado publicidade considerada enganosa, abusiva ou contrária ao seu Código. Não existe efeito vinculativo dos pareceres do referido órgão e as suas decições não têm força coercitiva. Dessa forma, verifica-se que o controle misto (privado e oficial) é o que se revela mais eficaz. Por fim, há que se considerar que existe entre nós o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, pelo que qualquer pessoa poderia se socorrer do Judiciário, ainda que houvesse disposição expressa de autocontrole privado[832].

Nessa trilha, merece destaque o comentário feito pelo Conselheiro Clementino Fraga Neto, na Representação n. 133/1994, que teve lugar no Conar, ao comparar o respectivo Tribunal Ético com os Tribunais de Justiça.

---

[831] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 208-209.

[832] Nesse sentido: RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 62-63.

Na oportunidade ressaltou a eficiência do primeiro tribunal, a ausência de custos, uma vez que o Conselho nada recebe para julgar, e o cumprimento de todas suas decisões, desde o nascimento do Conar[833].

Todavia, verifica-se que a realidade não é bem essa. Com efeito, exemplo claro da insuficiência do Conar refere-se às publicidades promovidas pela empresa Schincariol. Foram necessárias várias recomendações para que fosse retirada a frase "Experimente com moderação" (Representação nº 8/2004, Representação nº 9/2004, Representação nº 10/2004, Representação nº 21/2004). A Representação nº 346/2003 também se refere a descumprimento de recomendação do Conar. Constata-se, por conseguinte, que nem sempre são cumpridas as determinações do órgão, além da insuficiência de seu sistema privado de controle.

Essas constatações servem para dar reforço à tese do controle Estatal, detentor de jurisdição, vale dizer, do poder, função, tarefa de dizer o direito no caso concreto e impor coativamente as respectivas decisões. Isso porque, além de poder condenar o infrator no pagamento de indenização, poderá *amenizar* o "efeito residual"[834] da publicidade ilícita.

Como adverte Eros Roberto Grau:

> As imperfeições do liberalismo, no entanto, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado [...] os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando em largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado – passaram e desde então perseveram a controlar os mercados[835].

Com efeito, percebe-se que o Conar sofreu acusação de ser omisso e excessivamente condescendente no controle da atividade publicitária.

---

[833] LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 199.

[834] "Efeito residual" consiste no teor de recordação sobre a mensagem gerada por um anúncio (GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 111). É impossível retornar-se ao *status quo ante*. Mesmo com a retirada da publicidade, esta continua a produzir efeito e influenciar aqueles expostos à respectiva prática e eventualmente, nem venham a tomar conhecimento da retirada.

[835] *Apud* SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 13.

A prática revelou que se se der liberdade às condutas dos empresários, estes tendem a abusar, e no afã de obterem maiores margens de lucros não se importam com os direitos dos consumidores ou com o meio ambiente. É necessário o Sistema de Controle Legal, sob pena de passar a valer qualquer forma de publicidade, ante a existência, em qualquer categoria, de pessoas que tendem a não observar padrões mínimos de ética, respeito e observância às normas jurídicas, com agressão e prejuízo tanto ao consumidor como à sadia competição entre os anunciantes. Sendo o consumidor vulnerável, não conseguirá ele, sozinho, impor limites à atividade publicitária perniciosa. Por outro lado, o controle oficial não elimina o controle privado, nem a própria publicidade, mas visa a tão-somente conter os abusos.

Bem a propósito, Hazel Henderson, que é consultora internacional, constatou que os quinhentos maiores anunciantes norte-americanos estão distantes do perfil de serem empresas limpas, verdes e mais éticas[836].

Oportuno notar que não se tem notícia de que algum país proteja seus consumidores apenas com o modelo privado[837].

Em França, a diretiva de 11 de maio de 2005 sobre as práticas desleais sugere que os Estados-membros devem encorajar esse sistema[838]. Nesse sentido, anunciantes, agências e meios de comunicação criaram o "Bureau de vérification de la publicité", associação de direito privado financiada pelos respectivos sócios. O Conselho de Administração compreende representantes das três categorias profissionais, conjuntamente com alguns representantes dos consumidores. A Presidência fica a cargo de uma alta personalidade independente. O BVP elabora regras deontológicas sob a forma de recomendações sem força obrigatória[839].

---

[836] *Apud* GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 50.

[837] FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 103.

[838] AULOY, Jean-Calais; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 140.

[839] AULOY, Jean-Calais; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 141.

7.6.2 Controle estatal (ou legal)

Por meio dessa forma de controle, compete única e exclusivamente ao Estado o controle da publicidade.

Esse sistema tem como vantagem o poder de coerção estatal, apto a determinar, de forma imperativa, o cumprimento de seus comandos. Por essa razão revela-se imprescindível. Até mesmo a Diretiva da Comunidade Econômica Européia não aceita o sistema exclusivamente auto-regulamentar.

7.6.3 Controle misto

O controle misto compreende o sistema que adota ambas as formas de controle: o estatal e o privado[840].

Considerando a inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), as decisões do controle privado não impedem o controle judicial de apreciar a licitude ou não de determinada peça ou campanha publicitária.

O Código de Defesa do Consumidor, adotando o sistema misto, veio a sistematizar a regulamentação da publicidade, com enfoque na ótica do consumidor. Por se tratar de sistematização, a tutela abarcou todas as esferas, com a previsão das respectivas sanções: civil (arts. 30 a 38), administrativa (arts. 55 a 60), penal (arts. 66 a 69) e jurisdicional (arts. 81 a 104).

Pela via judicial é possível a suspensão da execução da publicidade ilícita, a imposição de indenização por danos materiais ou morais, ou de contrapublicidade.

---

840 "A promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, encerrou a era exclusiva da auto-regulamentação, instituindo um sistema misto de controle da publicidade e suprindo a lacuna existente em nossa legislação. Deu especial importância à transparência da informação ao consumidor, proibindo a publicidade enganosa e abusiva, e estabelecendo sanções no âmbito administrativo, civil e penal". ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 12.

Nelson Nery Junior, analisando os tipos de controle da atividade publicitária, sentencia: o sistema misto é o ideal[841].

Antonio Herman Benjamin expõe que existem dois limites do controle da publicidade: os subjetivos e os objetivos[842]. Os limites subjetivos relacionam-se com os sujeitos da relação publicitária; se a legislação é aplicável a qualquer tipo de anunciante ou somente ao profissional/fornecedor. Os limites objetivos (ou materiais) dizem respeito ao conteúdo do anúncio; cuidar da publicidade pelo prisma do consumidor ou da concorrência desleal; proibição total da publicidade de certos produtos ou serviços ou lhe impor limites; pode-se vedar/limitar a utilização de certo veículos; pode-se instituir um sistema de autorização prévia ou registro para anúncios.

O controle legal pode se dar em três planos: internacional, regional e nacional.

Compete privativamente à União legislar sobre "propaganda comercial" (art. 22, XXIX, da Constituição Federal).

Os estados e municípios podem regular os meios, particularmente os físicos, e a forma de veiculação dos anúncios. Dessa maneira, pode o município impor restrições à localização de *outdoors* ou painéis eletrônicos, bem como regras para afixação de cartazes na cidade. O estado e o município podem impor de forma motivada, restrições nas licenças dos anúncios, em decorrência de seu poder de polícia. Bom exemplo acontece em São Paulo com a Lei da Cidade Limpa (Lei n. 14.223, de 26 de setembro de 2006).

Essa competência legislativa é maior ainda em estabelecimentos públicos, erguidos em áreas públicas ou operados sob o regime de concessão, como por exemplo, estádios, bancas de revista, veículos de

---

841 "Temos, assim, um *sistema misto*, que nos parece o ideal, de controle da publicidade: controle legal (CDC) e controle privado (CONAR). As duas formas de controle sobrevivem e são compatíveis entre si". NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 66).

842 BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor** n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 53.

transporte coletivo, ou sujeitos à fiscalização municipal sanitária, ambiental, de segurança ou de proteção às crianças e aos adolescentes[843].

Em França, é cabível a determinação de retirada da publicidade enganosa, desde o começo do procedimento, sem ter que se esperar pela decisão definitiva. Além disso, pode ser concedida a pedido do Ministério Público, ou de ofício, no caso de jurisdição criminal, a pedido de associação de consumidores ou do concorrente em ação sobre concorrência desleal, no caso de jurisdição civil[844].

7.7 A PUBLICIDADE COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES

Como bem ressalta Rosa Maria Nery:

> Nunca foi tão evidente a desigualdade real entre os contratantes e tão calamitosa a dificuldade de conciliar o binômio 'liberdade de contratar e igualdade', principalmente diante das contratações celebradas a partir de ofertas feitas em massa, ou de vínculos nascidos a partir de estipulações confeccionadas unilateralmente. E mais. Nunca foi tão comum o reconhecimento de vínculos jurídicos obrigacionais sem que houvesse, sequer, prévia disposição negocial entre as partes[845].

As observações da doutrinadora retratam exatamente o caso da publicidade.

De início é quadra mencionar que a relação jurídica é uma totalidade orgânica (complexidade, estrutura ou forma), sendo o vínculo uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem, sendo que credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas, desenvolvendo-se a relação em vários planos.

Nesse sentido, vale destacar a lição de Clóvis do Couto e Silva:

---

[843] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 300.

[844] AULOY, Jean-Calais; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation**, p. 150-151.

[845] NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Idéias do mundo antigo. A equação do justo e o direito de obrigações**. Revista de Direito Privado n. 20/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 14.

> A relação obrigacional pode ser entendida em sentido amplo ou sentido estrito. *Lato sensu*, abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações e exceções e, ainda, posições jurídicas[846].

E vai mais adiante em seus ensinamentos:

> O débito e o crédito aparecem no vínculo não como os únicos elementos existentes, mas ao lado de outros igualmente importantes, como os direitos formativos e as posições jurídicas [...] Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter o sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de 'orgânico', diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim podem as relações jurídicas perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente[847].

O art. 30 do Código de Defesa do Consumidor criou uma fonte de obrigações para o fornecedor.

Cláudia Lima Marques, a respeito, destaca que:

> [...] 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 sociedade[848].

Da atividade publicitária suficientemente precisa nascem obrigações (deveres especiais) para o fornecedor que a fizer veicular ou que dela se utilizar. Nasce uma relação jurídica (ou melhor, uma situação jurídica), um vínculo obrigacional, que prevalece ante as cláusulas escritas em contrário no contrato de adesão, sendo que esta vinculação obrigacional possui natureza pré-contratual, pois é somente uma declaração unilateral de

---

846 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 19.

847 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 19/20.

848 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 616.

vontade da qual decorrem deveres jurídicos para o fornecedor e correspondem direitos para os consumidores[849].

De fato, conforme entende Valéria Falcão Chaise, "a publicidade é fato jurídico que condiciona o aparecimento de obrigações"[850].

Se existe vínculo jurídico, necessariamente existirá uma obrigação, a qual, como ensina Inocêncio Galvão Telles:

> [...] é tanto o dever jurídico pelo qual uma pessoa se encontra vinculada a observar certa conduta no interesse de outra (titular do direito subjetivo), quanto o estado de sujeição, que se traduz na submissão aos efeitos jurídicos produzidos por iniciativa alheia[851].

Existe a utilização do termo "obrigação" em sentido lato: antes mesmo que a prestação principal (de fazer, não-fazer) seja exigível, na visão dinâmica imposta pelo Código de Defesa do Consumidor para a relação de consumo, existem outras "prestações", prestações acessórias, *Nebenleistungen* como as denomina os doutrinadores alemães. Essas prestações são exigíveis em forma de condutas determinadas impostas por lei àquele tipo de aproximação negocial[852].

Ressalte-se, junto com Cláudia Lima Marques, que:

> Há relação jurídica obrigacional, antes do vencimento da prestação principal, porque já há vínculo jurídico, já há dever. Essa obrigação pode ser outra ou de outro grau, como a de cooperar, de informar, de se conduzir conforme e na direção da prestação principal, não inviabilizando a prestação, não causando dano ao patrimônio ou à pessoa do parceiro contratual. Também estes, porém, são comandos jurídicos, impostos para defesa de interesse alheio e pela necessidade de conduta segundo a boa-fé no contrato e fora dele. Trata-se de um comando jurídico e não somente ético, mas por esta diferença de grau, os doutrinadores alemães denominaram estes comandos jurídicos de 'deveres' (*Pflichten*) de cuidado, de cooperação, de informação, diferenciando-os do dever principal (*Leistungpflicht*) e

---

[849] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 626.

[850] CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3.

[851] *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 10/7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 7.

[852] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 611.

> evitando o apoio na expressão já tão usada 'obrigação' (*Schuld* ou *Verpflichtung*)[853].

Trata-se da visão dinâmica e total de obrigação, de um processo complexo, representada por um feixe ou conjunto de deveres que vinculam as partes desde a sua aproximação negocial (momento pré-contratual) e continuarão vinculando-as mesmo depois de cumprido o dever principal (pós-eficácia dos contratos). Assim, existe no vínculo obrigacional a presença de deveres principais (*Hauptpflichte*) – prestação principal, dar, fazer, não-fazer – e de deveres outros, que chamaram de anexos ou laterais (*Nebenpflichte*) – deveres de prestações menores, instrumentais ou protetores da prestação principal, verdadeiros deveres de conduta, deveres consistentes também em um fazer (p. ex.: informar), um não-fazer (p.ex.: guardar segredo, não causar dano ao patrimônio do co-contratante durante a execução do contrato), em um dar (p. ex.: enviar os manuais com instruções de uso) –, todos deveres ligados à prestação ou à conduta na sociedade[854].

Dessa forma, constata-se que a obrigação é dinâmica, não é algo isolado, mas sim representa um processo, com início, meio e fim. Seu ápice ocorre quando a prestação principal passa a ser exigível. Entretanto, já existe o vínculo a partir da aproximação negocial e que faz surgir uma série de deveres outros instrumentais que já são exigíveis desde logo, porque exigíveis, em princípio, da conduta de todos, quanto mais daqueles que se aproximam para negociar[855].

Ocorre vinculação sem contrato, baseada na responsabilidade pela confiança, gerada pela atividade lucrativa do fornecedor e pela confiança despertada pela veiculação da publicidade.

A justificar tal regime jurídico, Cláudia Lima Marques afirma que:

---

[853] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 613.

[854] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 614.

[855] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 614/615.

> Dos estudos de Köndgen podemos concluir que a atividade de comunicar-se por publicidade é uma opção do fornecedor (livre determinação), mas que por suas características de atividade profissional (risco próprio) e por seus importantes e irreversíveis efeitos na sociedade (confiança despertada) faz nascer vínculos obrigacionais, tornando-se de relevância jurídica indiscutível. O vínculo obrigacional criado pela publicidade veiculada, como ensina Köndgen, não é só positivo (necessidade de cumprir certos deveres impostos a quem utiliza de tal meio para incitar o consumo), mas também tem seu aspecto reativo, de garantia intrínseca, reflexa, essencial (responsabilidade), nova espécie de responsabilidade profissional[856].

Assim, "Após a aceitação, a natureza do vínculo obrigacional ligando o fornecedor e o consumidor (da publicidade) transforma-se em vínculo de natureza contratual"[857].

Quando existir informação enganosa ou abusiva, independentemente da intenção do fornecedor, se agiu de forma intencional ou por desconhecimento das características do produto ou serviço, surgirá a responsabilidade de indenizar os respectivos danos, sendo a publicidade, fonte de obrigações.

Com esse entendimento Cláudia Lima Marques conclui: "A publicidade foi, portanto, valorizada como ato de vontade idôneo para criar vínculos obrigacionais (com ou sem contrato) entre fornecedores e consumidores na sociedade brasileira"[858].

---

[856] MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 10/7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 17.

[857] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 628.

[858] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 617.

8 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM A PUBLICIDADE

8.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como bem asseverou Aristóteles, "instituir, por escrito, toda a organização do Estado, até o mínimo detalhe, seria inteiramente impossível; o princípio universal deve ser escrito, mas seu funcionamento depende de cada caso"[859].

Nesse contexto, a toda evidência, podem ser enquadrados os princípios.

A defesa do consumidor visa a afastar a opressão do mais forte pelo mais fraco e um dos princípios do direito correto é justamente a vedação de submissão do querer à arbitrariedade de outrem[860].

De acordo com Cláudio Bonatto:

> A idéia de codificação de regras e princípios protetivos buscou flagrantemente munir aqueles entes carentes de condições legais específicas de arma eficaz, tendente a evitar a continuidade da individualização dos lucros e da socialização dos prejuízos[861].

Na lição de Rosa Maria Nery:

> Os princípios gerais fundamentais, no plano da experiência teórica, aparecem, por vezes, extraídos do ordenamento jurídico. Embora seja verdadeiro que eles compõem mesmo o ordenamento jurídico do Estado, eles não são provenientes dessa estrutura, mas antecedentes a ela, impondo-se e sobrepondo-se a ela[862].

A respeito dos princípios, Nelson Nery Junior classifica:

---

[859] ARISTÓTELES. **Coleção os Pensadores**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 193.

[860] COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 108.

[861] Cláudio Bonatto. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor,** p. 72**.**

[862] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

> Os princípios podem ser *informativos* ou *fundamentais*. Aqueles são considerados quase como que axiomas, pois prescindem de maiores indagações e não precisam ser demonstrados. Fundam-se em critérios estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente nenhum conteúdo ideológico. Já os fundamentais são aqueles a respeito dos quais o sistema jurídico pode fazer opções, levando em consideração aspectos políticos ou ideológicos. Por essa razão admitem que a eles se contraponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando [grifos no original] [863].

Canaris assevera que: "Não se pode determinar, de antemão, quando deva um princípio valer como "geral" e em última análise, cada Ordem Jurídica se baseia em alguns valores superiores, cuja proteção ela serve, sendo que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor. O contraponto é que o princípio, ao contrário do valor, indica sempre, pelo menos, a direção da conseqüência jurídica. Assim, o princípio ocupa, justamente, o ponto intermediário entre o valor e o conceito[864].

Quanto às suas características, Claus Wilhelm Canaris ensina que:

> Os princípios não valem sem excepção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio. Os princípios não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou 'normativizados', [...] as consequências jurídicas quase nunca se deixam retirar, de forma imediata, da mera combinação dos diferentes princípios constitutivos do sistema, mas antes que, nos diversos graus da concretização, surgem sempre novos pontos de vista valorativos autónomos[865].

É importante ressaltar que

> Um sistema de princípios gerais de Direito não pode satisfazer o postulado da total ausência de contradições. Por isso, os princípios são inutilizáveis como base de um sistema lógico-axiomático, uma

---

[863] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 50/51.

[864] CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Traduzido por A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 79 e 86/87.

[865] CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Traduzido por A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 88, 96 e 99.

> vez que a ausência de contradições dos axiomas é irrenunciável, [...] a formação de um sistema teleológico não se opõe, de modo algum, à possibilidade de contradições de princípios; ela impede, em todo o caso, uma configuração perfeita desse sistema[866].

Bem afirma Rosa Maria Nery que:

> As Constituições modernas não deixam a construção da sociedade ao talante da responsabilidade dos indivíduos. Ao contrário, elas fixam normas, que a doutrina denomina de norma de finalidade (*norme di scopo*), que visam a desenhar resultados úteis ao bem comum[867].

É fundamental o respeito à Constituição, sob pena de se ruir todo o sistema jurídico, pois representa a sua base, não podendo a sua aplicação ficar ao sabor de interesses escusos[868]. Representa verdadeira teratologia a constante mudança de nossa Constituição Federal com sucessivas e intermináveis emendas, sendo questionável o benefício para o detentor do poder: o povo.

Vale destacar a lúcida explicação de Rosa Maria Nery:

> Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgão do Poder e cidadãos[869].

Ensina Celso Antonio Bandeira de Melo que as normas constitucionais são sempre marcadas pelo caráter impositivo e obrigatório:

> [...] são as normas de mais alta hierarquia, são as normas fundantes das demais normas, são as normas que servem de padrão de

---

866 CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Traduzido por A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 102.

867 NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 80.

868 "Direito e Constituição não são algo mecânico, eles são a sedimentação do sucesso de gerações e vivem em uma certa tradição nacional. Tem-se que respeitá-los e não sacrificá-los de acordo com cada nova necessidade". COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 66.

869 NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 174.

> paradigma, de aferição de validade das demais normas; têm, portanto, uma posição eminente e sobranceira no sistema jurídico[870].

De seu turno, Judith Martins Costa esclarece que:

> A Constituição – e os princípios nela contidos – funciona como *medida normativa* das regras e atos jurídicos nos momentos de sua *gênese, desenvolvimento, interpretação e aplicação*, condicionando a integralidade do processo normativo e transfigurando, por força de sua incidência os textos anteriores [grifos no original].[871]

Quanto ao papel do juiz na concreção dos princípios é necessário ponderar que "hoje esta questão não vem mais sendo tratada como um caso de 'usurpação' de *poderes* do Legislativo pelo Judiciário mas como um problema relativo à coordenação de duas funções estatais"[grifo no original][872].

8.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III)

Aristóteles já afirmava que:

> Um Estado é mais do que um investimento; seu propósito não é simplesmente prover a vida, mas prover uma vida digna [...]. O Estado existe para capacitar todos, famílias e aparentados, a viver bem, ou seja, a ter uma vida plena e satisfatória[873].

O conceito de pessoa, segundo Rosa Maria Nery, "foi criado ao longo dos séculos, mas o valor e a dignidade da pessoa, como hoje os concebemos, não eram conhecidos do homem antigo"[874]. Mas, de toda forma, vê-se que a discussão não é nova.

---

870 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ideologia e constituição.** Constituição e Constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 41/42.

871 COSTA, Judith Martins. **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. n. 3/125. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 136.

872 COSTA, Judith Martins. **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. n. 3/125. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 138.

873 ARISTÓTELES. **Coleção os Pensadores**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 226/228.

874 NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 129.

E continua a renomada doutrinadora:

> Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito. [...] a Vida e a liberdade são as expressões mais extraordinárias dessa dignidade humana. [...] Quando o espírito do legislador, ou o espírito do intérprete, ou do decididor, se olvida desse princípio, desaparecem todos os elementos que autorizam dizer tenha sido realizada verdadeira análise científica do Direito [...] Como a Vida é essencialidade do ser humano e a liberdade é potencialidade expressiva da existência humana, são esses os *valores* que norteiam o *princípio* da dignidade da pessoa humana [grifos no original][875].

Das lições apresentadas extrai:

> É para o homem e pelo homem que o Direito existe, para homens livres e iguais. Toda norma que avilta a dignidade humana está despida dos requisitos básicos que inspirou, em sua gênese, o aparecimento do Direito como Ciência[876].

Conforme mencionado por Ulrike Hinrichs, o valor da dignidade humana representa premissa normativa fundamental da ordem constitucional germânica, tem natureza irrenunciável e insusceptível de restrição[877].

Como bem acentua Antônio Carlos Efing:

> Numa sociedade em que se almeja o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, ao cidadão deve ser propiciado o alcance dos bens de consumo, sem contudo autorizar-se que esse consumo se transforme em consumismo, no qual a vontade do cidadão é manipulada e a justificação econômica supera a dimensão humanitária[878].

---

[875] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, P. 114.

[876] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

[877] *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005, p. 70 e 72.

[878] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2ª edição revista e atualizada, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 15.

A dignidade humana representa o principal direito constitucionalmente garantido[879], trata-se de um valor preenchido *a priori*, ou seja, todo ser humano tem dignidade somente pelo fato de ser pessoa[880].

Nesse contexto, importa destacar que o art. 221 da Constituição Federal[881] está em hierarquia superior aos demais dispositivos constitucionais em matéria de comunicação social. Isso porque ele porta princípios, normas que descrevem valores, não impondo condutas. Trata-se, sobretudo, de uma norma narrativa, que exprime a *ratio legis* do constituinte, típica de tempos pós-modernos. Significa que quando se pretende a aplicação de normas de comunicação de massa - as infraconstitucionais - esses princípios devem estar presentes[882].

Por outro lado, a dignidade também é princípio geral da ordem econômica (art. 170, *caput*).

Embora se trate de conceito difícil de ser precisado, não significa que possa ser violado. Rizzatto Nunes dá uma pista do que seria a dignidade humana, estabelecendo que sem se assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, que por sua vez está atrelado ao *caput* do art. 225, não se pode falar em dignidade humana[883].

Exemplo claro de violação da dignidade humana foi a liberação de anúncio publicitário em uniforme escolar pelo prefeito de São Paulo, José Serra (PSDB). Em troca da publicidade, as empresas irão adquirir a compra de roupas dos alunos da rede pública.

A medida já é duvidosa sob o plano do direito administrativo, que não será aqui tratada, pois foge ao objeto do presente trabalho.

---

879 Com esse entendimento Rosa Nery: "O princípio mais importante do direito é o da *dignidade da pessoa* (CF 1.º III). É por ele que se faz prevalecer, no contexto das relações humanas, o valor da vida e da liberdade do homem (NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65).

880 Nesse sentido Rizzatto Nunes. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 24/25.

881 O inciso III, do art. 221, da Constituição Federal traz valores referentes à dignidade humana.

882 MOROSINI, Fabio. **Visões acerca do novo direito da comunicação de massa.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/182. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pá. 198/199.

883 **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 25.

Todavia, pela ótica constitucional e dos direitos difusos ela agride de forma ímpar a dignidade dos estudantes, expondo-os a situação vexatória.

Por isso, curiosa é a posição do promotor da Infância e da Juventude Vidal Serrano (o qual justamente deveria defender os direitos das crianças e dos adolescentes), ao afirmar não haver irregularidade, desde que não haja exagero na publicidade.

A defesa da dignidade humana, notadamente das crianças é de tal forma esquecida e deixada de lado que além da norma constitucional (que deveria bastar, pois todo comando Constituição Federal possui carga de eficácia e os direitos fundamentais são imediatamente aplicados) o Estatuto da Criança e do Adolescente repetiu à exaustão o tratamento digno que lhes deve ser dispensado, não podendo ser submetidos a qualquer tipo de situação vexatória ou constrangimento[884].

Certo que transformar nossos estudantes em garotos propaganda de forma compulsória, transformando-s em outdoors ambulantes ou garotos/garotas cartazes agride a dignidade. A criança não é obrigada a promover empresas. Eis aí mais uma manobra do setor publicitário para a manipulação dos consumidores, que desde tenra idade, já são submetidos à identificação com a marca ou produto.

---

[884] Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 15 - A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17 - O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18 - É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Ninguém pode ser obrigado a, literalmente, vestir a camisa de qualquer empresa. Ademais, a situação pode atingir a liberdade de consciência, como, por exemplo, no caso de o aluno ser vegetariano e ser obrigado a fazer publicidade de uma churrascaria.

8.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE (ART. 1º, IV, ART. 3º, I, ART. 5º, INCS IV, VI, IX, LIV, LXVIII, ART. 170)

Nas últimas décadas a liberdade ganhou foros de consciência que hoje é até difícil sustentar sua privação, salvo as hipóteses excepcionais, legalmente previstas.

O princípio da liberdade é relevante para o direito do consumidor e para a publicidade.

Kant define a liberdade do seguinte modo:

> Liberdade é este direito único, originário, que cabe a cada pessoa em virtude de sua humanidade [...] Dele derivam todos os demais direitos naturais. De acordo com isto, ele pode definir o direito como '*suma*' de condições, segundo as quais a vontade [ou seja a liberdade de agir] de um com a vontade de outro podem ser reunidas em uma lei geral de liberdade [grifo no original][885].

Helmuth Coing concebe liberdade:

> [...] no sentido de um fundamental 'deixar-se ir' não pode ser um princípio moral. Isto parece já estar contido na estrutura biológica da pessoa. 'Ser pessoa significa ser inibido por normas, reprimido. Cada convenção, cada costume, cada direito articula, canaliza e suprime os impulsos instintivos'[886].

Na Declaração dos Direitos Humanos "liberdade" e "igualdade" são exigidas para todas as pessoas[887].

Para Rizzatto Nunes, o sentido de liberdade nas relações de consumo é o de "ação livre". Para que ocorra a "ação livre" é necessário que a

---

[885] *Apud* COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 61.

[886] COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 161.

[887] COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 199.

pessoa consiga acionar duas virtudes: querer e poder. Quando não há liberdade de escolha, a ação não é livre. Por outro lado, a "liberdade de escolha" é relativa, pois as "escolhas" do consumidor estão limitadas ao que é oferecido[888].

Assim, fica a questão de que, até que ponto o consumidor é livre ante a publicidade subliminar.

8.4 PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

Destaca Nelson Nery Junior que:

> *Defesa do consumidor* não é incompatível com *livre iniciativa e crescimento econômico*. Ambas as circunstâncias vêm descritas como princípios da ordem econômica constitucional do país (art. 170, CF). Por isso, o CDC traça normas tendentes a compatibilizar a defesa do consumidor com a livre iniciativa (art. 4º).
> Nada obstante esses dois princípios serem compatíveis, pode haver conflito entre eles, de sorte que se torna necessária a tarefa de harmonização e compatibilização, devendo o intérprete, para solucionar o conflito, tomar esses princípios no sentido de harmonizá-los e ponderá-los, pois os princípios encerram exigências e padrões que devem ser realizados[grifos no original][889].

Nas palavras de Giuseppe Lumia, é certo que:

> A completude e a coerência são características essenciais do ordenamento jurídico, mas a realidade é bem diferente, porque nem sempre o discurso do legislador é imune a contradições, nem a previsão normativa pode exaurir a casuística que a experiência, ou seja, a própria vida na multiplicidade das suas dimensões 'inventa' em um processo sempre aberto e imprevisível[890].

A lição serve para o caso de conflito entre interesses dos consumidores e dos fornecedores, estando ambos amparados constitucionalmente.

---

[888] **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 27/28.

[889] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 52.

[890] LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 86.

Os critérios para resolver as antinomias ou conflito de normas (duas ou mais normas incompatíveis entre si regulam a mesma relação) podem reduzir-se a três: critério hierárquico, critério temporal e critério da especialidade. No caso de conflito de segundo grau (entre os próprios critérios de resolução das antinomias), a escolha será baseada em uma avaliação comparativa à luz dos princípios gerais do ordenamento e dos interesses que as normas em conflito tutelam respectivamente[891].

Sobre o tema, Rosa Maria Nery se posiciona da seguinte forma: "Pode haver colidência entre dois princípios de Direito e, em ocorrendo essa hipótese, deve prevalecer o princípio inspirado pelo valor de maior relevância"[892].

De todo modo, razão assiste a Fabio Morosini quando afirma que "Na pós-modernidade, resolve-se o conflito das fontes através da opção por aquele que mais próximo está dos direitos humanos, direitos fundamentais"[893].

Antônio Carlos Efing aduz que: "A argumentação econômica somente encontrará respaldo se atendidos os demais princípios norteadores da ordem constitucional"[894], pois visa-se a deixar "as questões meramente patrimoniais em segundo plano"[895].

Revela-se, destarte, fundamental a interpretação sistemática, que parte do princípio de que a legislação é "um conjunto orgânico e que as leis têm seus lugares específicos, de modo que uma prepondera sobre outras, por isso o jurista deve sistematizá-las, dando a cada uma seu significado dentro do ordenamento jurídico"[896].

Bom lembrar, junto com Fernando Gherardini Santos, que:

---

[891] LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 89/90.

[892] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

[893] MOROSINI, Fabio. **Visões acerca do novo direito da comunicação de massa.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/182. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, P. 209).

[894] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2ª edição revista e atualizada, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 28.

[895] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo,** p. 30.

> [...] enquanto a função social da propriedade encontra previsão constitucional, o mesmo não ocorre com o lucro [...] a obtenção de lucro pelo empresário não pode, jamais, colidir com os interesses jurídicos oriundos da função social da empresa [...] o lucro do empresário será legítimo até colidir com a função social de sua empresa e, em caso de tal colisão, esta última prevalecerá[897].

A livre iniciativa está garantida. Porém encontra limites estabelecidos no art. 170. O mercado e o meio ambiente não pertencem ao empreendedor, mas à sociedade. A atividade será legítima enquanto não causar dano ao mercado, à sociedade, ao meio ambiente e aos consumidores. O lucro do empreendedor é legítimo, mas como a atividade empresarial é daquelas que envolve risco, terá que arcar com eventuais prejuízos, não podendo repassar o ônus do risco ao consumidor[898]. "Todo explorador tem responsabilidade social para com todos os indivíduos, mesmo para com aqueleas que não são seus clientes" e "nenhuma exploração pode atingir os consumidores nos dieritos a eles outorgados"[899].

8.5 PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal vem recheada de comandos relativos à defesa do consumidor (art. 5º, XVII, XXI e XXXII; art. 24, V e VIII; art. 150, §5º; art. 170, V; art. 175, parágrafo único e II; art. 220, §4º; art. 221; art 40 do ADCT).

A defesa do consumidor representa direito fundamental (art. 5º, XXXII) e tem natureza de cláusula pétrea, não podendo, por conseguinte, suas normas serem afastadas (salvo se houver mudança na própria

---

[896] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51/52.

[897] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 123.

[898] "Não está ele obeigado a desenvolver qualquer negócio ou atividade. Se o fizer e obtiver lucro, é legítimo que tenha ganho. Mas, se sofrer perdas, elas também serão suas [...] Quem corre risco ao produzir produtos e serviços é o fonecedor, jamais o consumidor" (NUNES Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 58)

[899] NUNES Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 56/57..

Constituição). Decorre do texto constitucional que o Estado (entendido aí em todas as suas esferas e manifestações, englobando o Estado-Juiz) deverá sempre velar pela defesa do consumidor[900].

Rosa Maria Nery afirma que:

> Os direitos fundamentais – à luz de uma interpretação moderna que foi dada pela jurisprudência alemã ao art. 1.º da Lei Fundamental da Alemanha – vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição, como normas postas, vigentes e imperativas, contra as quais não pode o legislador ordinário se insurgir[901].

E Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que:

> Os Textos Constitucionais, mesmo das ditaduras, mesmo dos regimes, os mais autoritários, mesmo daqueles mais favorecedores da concentração de renda, não se podem livrar de consagrar nos documentos constitucionais aquelas enunciações ou aqueles propósitos que parecem mais adequados às concepções do tempo, enquanto possam não ser a dos agentes que produziram o Texto Constitucional ou dos agentes que vão fazer cumprir o texto Constitucional [...] Seria porventura de esperar que o Constituinte escolhesse o principal texto normativo de um sistema, que é um Texto Constitucional, meramente para extravasar as suas frustrações, aspirações e anseios, se dispõe exatamente daquele instrumento para veicular e traduzir seus comandos? [...] parece-me pouco lógico, que existindo, ao dispor do Constituinte, poderes para manifestar o comando que é inerente à norma, terceiros venham dizer "não, mas isso não é norma. O Constituinte pode imaginar, isto não é norma, isto é uma intenção que ele teve.[902].

Assim, colocada a defesa do consumidor, a partir de Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, dessa forma deverá ser tratada, porquanto "o sistema objectivo modifica-se quando os valores fundamentais constitutivos do Direito se alteram"[903].

---

[900] "a defesa do consumidor passou a ser uma preocupação permanente e duradoura do Estado, não estando mais sujeita aos caprichos dos governantes da ocasião, que, até então, poderiam caminhar no sentido da revogação da legislação protetiva, ordinariamente instituída, inclusive pelo atalho escancarado das medidas provisórias" (ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73).

[901] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

[902] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ideologia e constituição.** Constituição e Constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 39 e 42/43.

[903] CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Traduzido por A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 112.

Para o citado administrativista:

> As idéias, a ideologia retraçada nos Textos Constitucionais, quaisquer que sejam eles, normalmente está mais avançada do que a práxis que propiciarão. Este fenômeno se passa, sobretudo, nos países subdesenvolvidos [...] com ou sem intenção de cumprir o que nela se registra, os Textos Constitucionais tendem a estabelecer dicções que se encontram normalmente afinadas com aquelas mesmas dicções que muitas vezes são práticas nos países mais avançados[904].

É exatamente o caso da defesa do consumidor, que ainda encontra forte resistência, inclusive no âmbito do próprio Poder Judiciário, que deveria ser o primeiro a lhe dar efetividade.

Nessa ordem de idéias existe verdadeiro conflito de interesses garantidos constitucionalmente. O anunciante pensa ter o direito, sob o manto da livre iniciativa e da liberdade de expressão, de bombardear, sem folga, ininterruptamente, o consumidor. Defende a máxima liberdade para povoar a vida das pessoas de estímulos publicitários de toda ordem e em todos os lugares, dos mais simples até os mais inusitados. O anunciante pensa que o consumidor é obrigado e acordar com publicidade e dormir com publicidade. O excesso de publicidade polui a paisagem urbana e rural (em relação à qual a Lei Cidade Limpa de São Paulo representou um belo exemplo do quanto a publicidade estava a invadir todos os lugares, como podia ser prejudicial, atrapalhando até placas de trânsito e como é possível haver melhora sensível na qualidade de vida sem o caos publicitário a que estava refém a cidade de São Paulo). Além disso, provoca um sem-número de estímulos no ser humano.

Entretanto, a evolução do Direito não partiu por esse caminho e elevou à categoria de direito fundamental a defesa do consumidor, da saúde e do meio ambiente. Portanto, o consumidor tem direito a não ser incomodado pela publicidade agressora de seus direitos individuais.

---

[904] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ideologia e constituição.** Constituição e Constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 37/38.

9 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é um microssistema e não propriamente um "código", funcionando como lei especial, de conteúdo principiológico constitucional.

As outras leis aplicam-se de forma subsidiária e não podem contrariar a principiologia do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de inconstitucionalidade. Somente uma lei de igual natureza e hierarquia pode revogar o referido diploma legal consumerista. Este sempre será de hierarquia superior relativamente a uma lei especial que trate de outra matéria.

Os princípios do Código de Defesa do Consumidor estão todos entrelaçados, um remetendo e complemetando o outro.

9.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na interpretação de Nelson Nery Junior:

> Os princípios gerais das relações de consumo estão enumerados nos arts. 1º ao 7º do Código. Tudo o mais que consta da lei é, por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais, isto é, uma espécie de pormenorização daqueles princípios de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los. Estas normas não são, de regra, programáticas, desprovidas de eficácia, mas concretas cuja eficácia vem descrita em todo o corpo do Código[905].

A defesa e o tratamento diferenciado do consumidor justificam-se pela presunção de sua vulnerabilidade.

Houve significativa mudança e evolução (inclusive de natureza tecnológica) no modo de comunicação entre os fornecedores e consumidores. Dessa forma, imprescindível a adoção de novos modelos e esquemas para regular as novas situações e relações jurídicas, notadamente no que concerne à informação e à publicidade, veiculadas pelo fornecedor, pois

---

[905] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 51.

constata-se que nesta especial seara, da publicidade, a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I), que já é presumida pela lei de forma absoluta, ganha realce[906].

9.1.1 Princípio da informação (arts. 4º, IV e VIII, e 6º, II e III, ambos do Código de Defesa do Consumidor)

Sobre o princípio da informação, no que tange ao tema em estudo, Cláudia Lima Marques ensina:

> O dever de informar foi sendo desenvolvido na teoria contratual através da doutrina alemã do *Nebenpflicht*, isto é, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal, deveres instrumentais ao bom desempenho da obrigação, deveres oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual, deveres chamados *anexos*. O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo [grifo no original][907].

Carlos Ferreira de Almeida, por seu turno, esclarece que a informação:

> [...] tem sido uma palavra-chave e quase mágica em toda a evolução do direito do consumo. O direito à informação fazia parte do elenco dos cinco direitos dos consumidores proclamados nos primeiros programas europeus de protecção dos consumidores (de 1973 e 1975). Na doutrina desde muito cedo se reclamou pelo reconhecimento de um dever geral de informação em favor dos consumidores [...] No direito português, o direito à informação dos consumidores foi consignado logo na primeira LDC de 1981 e, logo a seguir, em 1982, passou a ter consagração no texto constitucional [...] No mais desenvolvido código de consumo, o *Code de la Consommation* francês de 1993, o direito à informação ocupa todo o título I[908].

---

906 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O princípio da vinculação da mensagem publicitária.** Revista de Direito do Consumidor n. 14/41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46.

907 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 646.

908 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 15.

O art. 4º é norma de conteúdo programático dirigida ao Estado e ao fornecedor, denominada norma-objetivo, por definir um fim a ser alcançado.

A tônica do princípio da informação é a transparência, que tem como postulados a lealdade e a veracidade. A informação é vista, "de uma maneira geral, como pressuposto para um consentimento adequado, ampliando a racionalidade e a liberdade de escolha do consumidor; contribui, portanto para a boa *performance* do mercado de consumo", sendo que "A publicidade é um dos mais idôneos e importantes veículos de informação do consumidor, mesmo que nada aparentemente diz"[909].

Se existe uma imposição fundamental de informação e educação em relação aos consumidores, a lei admite que os consumidores brasileiros são desinformados.

A informação é básica e necessária, pois, conforme assevera Antonio Herman Benjamin, os consumidores dela precisam "para tomar boas decisões no mercado"[910]. No que tange à publicidade, "passa ela a representar um papel essencial na melhoria da decisão de compra do consumidor"[911].

Entendimento semelhante é o de Tomasetti: "a informação tem o sentido funcional de racionalizar as opções do consumidor"[912].

A norma contida no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, cria um direito subjetivo aos consumidores e, por outro lado, um direito coletivo à informação. Assim, no sistema do referido diploma legal, o dever de informar assume proporções de dever do fornecedor, com o respectivo direito conferido ao consumidor por meio da apresentação. Os requisitos gerais estão estabelecidos no art. 31 do Código de Defesa do

---

[909] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 45/46.

[910] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29.

[911] *Ob. Cit.* p. 29.

[912] *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 591.

Consumidor (representam os aspectos relevantes a serem obrigatoriamente informados).

Cláudia Lima Marques leciona que "o fornecedor passou a ser sujeito de um novo dever de informação, dever de conduta ativa (informar)"[913], que se revela no *recall*, por exemplo. E completa:

> No direito do consumidor, a publicidade, enquanto informação prestada ao consumidor pode ter outros efeitos jurídicos [que não os da oferta]. Os efeitos nasceriam não da nova noção de oferta, mas do novo dever de informar corretamente sobre as qualidades dos produtos (art. 18 do CDC – publicidade enquanto informação sobre a qualidade)[914].

Bom lembrar o caso da diminuição do conteúdo líquido de produtos com a manutenção da mesma embalagem. Nessa hipótese, é dever do fornecedor informar que houve diminuição do conteúdo, até mesmo para se preservar a boa-fé, já que o consumidor poderá pensar que está adquirindo o mesmo produto, quando na verdade é outro em quantidade inferior. Essa técninca é utilizada para mascarar o aumento de preços[915].

---

[913] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 597.

[914] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 634.

[915] **DPDC multa mais três empresas por maquiagem de produtos**

Brasília 04/09/07(MJ) - O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), do Ministério da Justiça, multou as empresas Unilever, Arcor e Néctar por terem reduzido as quantidades dos produtos que fabricam sem avisar antecipadamente a população. A redução foi feita no Extrato de Tomate Arisco, balas Butter Toffe e Doce de Leite Néctar.

A maior multa foi aplicada a Unilever no valor de R$ 788.217,00, devido à redução da embalagem do Extrato de Tomate Arisco. A quantidade do produto passou de 370 para 350 gramas. A empresa se defendeu, alegando que diminuiu a quantidade para seguir o padrão imposto pela marca líder no mercado, a Cica. A Unilever disse, ainda, que não houve publicidade enganosa ou omissão capaz de induzir o consumidor ao erro, já que a nova embalagem continha todas as informações sobre o produto.

A Arcor, fabricante das balas Butter Toffe, foi multada em R$ 472.930,00, pela redução das quantidades em três embalagens. A empresa diminuiu o pacote de 950 gramas para 800; o de 500 gramas para 400; e o de 200 gramas para 170. Em sua defesa, a Arcor afirmou que apenas passou a comercializar três novas embalagens do produto e que todas as informações estavam contidas nos rótulos.

A terceira multa foi aplicada a Néctar, no valor de R$ 177.350,00, devido à redução de uma das embalagens do Doce de Leite, que passou de 500 para 400 gramas. A empresa alegou que comercializa diversas quantidades do produto e apresentou as notas fiscais relativas a vendas do doce com 350, 400, 500, 1000, 4800 e 9800 gramas. O de 400g, de acordo com a

9.1.2 Princípio da transparência (arts. 4º, *caput*, 46, 52, 54, parágrafos 3º e 4º)

Por esse princípio, toda e qualquer oferta colocada no mercado de consumo deve ser clara e corresponder à verdade. Visa à defesa da livre e verdadeira manifestação de vontade do consumidor.

Transparência significa maior clareza, representa veracidade, respeito e se consubstancia na maior troca de informações entre o fornecedor e o consumidor[916]. O princípio da transparência, instituído pelo CDC para a fase pré-contratual, segundo Cláudia Lima Marques, "terá reflexos claros na publicidade, pois esta, enquanto informação ao consumidor, deverá também respeitar os novos parâmetros de veracidade"[917]

Köndgen defende que a publicidade tem o efeito de despertar a confiança nos inúmeros consumidores expostos à sua prática, existindo um dever de conduta genérico imposto ao fornecedor que se utiliza da publicidade: dever de cuidado, de veracidade na informação, vale dizer, o

---

empresa, foi lançado e indicado ao consumidor através de uma estrela vermelha grande impressa na embalagem.

O DPDC, no entanto, ressaltou que a simples indicação do novo peso do produto, sem qualquer outra advertência expressa, não informa de maneira clara e ostensiva a alteração efetuada na quantidade e que, portanto, não foi respeitado o direito à informação do consumidor.

Maquiagem – Também foi iniciado processo contra a empresa Kraft por redução na quantidade do Confeti (de 100 g para 80 g), sem a devida informação ao consumidor, prática conhecida como maquiagem de produtos. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor e com portaria específica do Ministério da Justiça, toda vez que há uma alteração na quantidade dos produtos as empresas são obrigadas a informar ao consumidor.

A informação precisa vir em mensagem específica no painel principal da embalagem, em letras de tamanho e cor destacados, pelo prazo mínimo de três meses. A empresa deve informar que houve alteração quantitativa do produto, a quantidade existente antes e depois da alteração, a quantidade de produto aumentada ou diminuída, em termos absolutos e em percentuais.. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main>. Acesso em: 9 abr. 2008.

916 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 645.

917 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 653.

mandamento de transparência (art. 4º, *caput* e 29 e ss. do Código de Defesa do Consumidor)[918].

O princípio possui outra faceta, pois não se resume ao aspecto mencionado, mas também dá ao consumidor o direito de acesso a todas e quaisquer informações relacionadas à relação de consumo. Dessa forma, o consumidor pode exigir todo tipo de informação, de forma precisa e clara, pertinente à situação de consumo, notadamente sobre produtos e serviços[919].

A publicidade tem a capacidade de influenciar o comportamento do consumidor[920], a caracterizar seu lado persuasivo. Dessa forma, o consumidor tem o direito de receber uma mensagem clara, transparente, ostensiva, incompatível com as mensagens subliminares, ocultas e dissimuladas.

Segundo Cláudia Lima Marques:

> A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.
> O CDC regulará, assim, inicialmente aquelas manifestações do fornecedor tentando atrair o consumidor para a relação contratual, tentando motivá-lo a adquirir seus produtos e usar os serviços que oferece. Regula, portanto, o Código a oferta feita pelo fornecedor, incluído aqui também a publicidade veiculada por ele. O fim destas

---

[918] *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 610.

[919] Gherardini, citando Alcides Tomasetti Jr assivera que uma das acepções básicas do princípio da transparência "corresponde ao legítimo direito do consumidor ao acesso pleno de informações tanto sobre o produto ou serviço a ser contratado como em relação aos futuros termos do negócio de consumo, podendo, o consumidor, exigir (mesmo coercitivamente), todo tipo de informação necessária à consumação do contrato" (SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 218)

[920] "Não se pode negar o fato de que a publicidade não tem papel meramente informativo. Ela influi de maneira tão significativa o consumidor, de modo profundo o suficiente para modificar-lhe hábitos, incluindo novas necessidades e ditando comportamento. Trata-se de um poderosíssimo instrumento de convencimento e influência, atuando definitivamente nas decisões de consumo" (TRENTIN, Melina Penteado. **A publicidade abusiva e o racismo.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 92)

> normas protetoras é assegurar a seriedade e a veracidade destas manifestações, criando uma nova noção de 'oferta contratual'[921].

A retrocitada autora afirma ainda que:

> O ideal de transparência seria apenas uma nova (e sem dúvida importante) pré-condição para que o consumidor possa manifestar sem medo e livremente sua vontade, e realizar (ao fim) as suas expectativas legítimas, aquelas que o levaram a – informado devidamente sobre o produto ou serviço, ciente de seus futuros direitos e deveres contratuais – escolher aquele fornecedor como seu parceiro ideal. [...] Como nem todos os contratos entre fornecedor e o consumidor levam ao estabelecimento de relações contratuais, a transparência deve ser uma nova e necessária característica de toda manifestação pré-contratual do fornecedor no mercado, desde a sua publicidade, vitrines, o seu *marketing* em geral, suas práticas comerciais, aos contratos ou as condições gerais contratuais que pré-redige, as informações que seus prepostos e representantes prestam etc.; o que bem demonstra a abrangência do novo mandamento. A transparência é mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato (arts. 30, 33, 35, 46 e 54) ou, se falha, representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido (art. 18, 20 e 35) [922].

Como reflexo do princípio da transparência existe o "dever de informar" o consumidor, por meio da "oferta", clara e correta (publicidade ou qualquer outra informação suficiente, art. 30) sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação (art. 20)[923].

O princípio da transparência também está contemplado no CBAP, no seu art. 9º[924].

---

[921] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 595.

[922] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 598/599.

[923] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 599.

[924] **Artigo 9º** A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva.

9.1.3 Princípio da boa-fé (arts. 4º e 51 do Código de Defesa do Consumidor)

O princípio da boa-fé é dos mais importantes preceitos adotados na defesa do consumidor[925]. Ele "é aceito universalmente, conforme demonstram, por exemplo, o §9º, da AGB-Gesetz alemã, o art. 16 do Decreto-Lei português 446/85 e o art. 10, 'c', da Lei espanhola 20/84, de 19 de julho"[926].

No Brasil, o Código Comercial de 1850 foi o primeiro a conter em seu texto, de forma expressa, a boa-fé (art. 131). No entanto permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais[927].

No Código Civil de 1916 não havia norma geral expressa sobre a boa-fé[928], mas tão-somente a presença do princípio em vários artigos: 490 e

---

925 Na publicidade ganha especial relevo. Isso porque "Quanto à específica defesa do consumidor, temos que "O consumidor, em verdade, precisa fiar-se nas informações que recebe do mercado. Não é justo dele se exigir que, nas dezenas de transações de consumo que efetua diariamente, ponha em dúvida aquilo que lhe afirmam os fornecedores, vistos como profissionais que verdadeiramente conhecem os produtos e serviços que oferecem.

No mercado impessoal da sociedade de consumo, onde tudo envolve o uso de tecnologia e comunicação estudada, o normal é que o consumidor acredite naquilo que se diz sobre produtos e serviços, notadamente quando são utilizados recursos publicitários. O excepcional é que receba, com dúvida, a palavra do fornecedor, alguém, que, ao contrário do que acontecia no mercado interpessoal, nunca aparece em pessoa, tendo, ao contrário, entre seus porta-vozes, modelos joviais, bonitos e de aparência honesta, ou, então, depoimentos de personalidades conhecidas e respeitadas no grupo social" (BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 35).

926 NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 62.

927 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

928 "O princípio da boa-fé, no Código Civil brasileiro [de 1916], não foi consagrado, em artigo expresso, como regra geral, ao contrário do Código Civil alemão. Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam. Mas o nosso Código Comercial incluiu-o como princípio vigorante no campo obrigacional e relacionou-o também com o os usos de tráfico". (COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 33). No mesmo sentido Antonio Junqueira de Azevedo: "No Código Civil [de 1916], elaborado sob o influxo das idéias pandectistas da segunda metade do século passado e cuja vigência se

491 (posse); 550 e 551 (usucapião); 546 (construção e plantação); 1072 (cessionário). A boa-fé existente no Código Civil de 1916 era a qualificada como subjetiva[929].

Muito se tem discutido a respeito da natureza jurídica desse instituto; se se trata de cláusula geral ou princípio.

Bom frisar que a boa-fé podia e pode ser invocada nas relações jurídicas reguladas anteriormente ao Código Civil de 2002, uma vez que o comportamento centrado na ética tinha e tem de estar presente, mesmo não existindo disposição expressa[930].

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a interpretação foi simplificada, tendo em vista que vários preceitos constitucionais, como os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da justiça social (art. 170, *caput*) não se coadunam com situações iníqüas, desproporcionais ou abusivas.

No que concerne às relações de consumo e ao novo Código Civil, há disposição expressa acolhendo a boa-fé objetiva (no Código de Defesa do Consumidor, o art. 4º introduziu o princípio e o art. 51 estabeleceu a cláusula geral nos contratos de consumo; no Código Civil de 2002, art. 422).

---

iniciou em 1.1.17, não há *regra genérica* que se refira expressamente à boa fé na formação ou execução dos contratos como as dos artigos ou parágrafos 1.134 do CC francês, 242 do BGB, 1.337 do CC italiano e 227 do CC português. Há, nessa omissão do Código Civil brasileiro, um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **A boa fé na formação dos contratos**. Revista de Direito do Consumidor n. 3/78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 78).

929 "Em certos assuntos específicos [...] o próprio Código Civil prevê a boa fé para certas conseqüências jurídicas. Trata-se, porém, em todos os casos, salvo o de seguro e sociedade, da chamada boa fé *subjetiva*, isto é, daquele estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, ou desconhecimento, e à intenção, ou falta de intenção, de alguém". Em conseqüência, "Se a ruptura se dá com alguma causa, sem culpa, não há responsabilidade pelos danos causados a outra parte; o direito brasileiro, não tendo regra geral de boa fé na formação dos contratos, essa espécie de "noção aberta", dirigida antes ao juiz que à parte, não permite ao juiz fixar uma indenização" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **A boa fé na formação dos contratos**. Revista de Direito do Consumidor n. 3/78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 78/80).

930 Nesse sentido Couto e Silva: "a boa-fé, como proposição fundamental de direito, tem vigência e aplicação, independentemente de haver sido recebida como artigo expresso de lei" (COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 37).

O Código de Defesa do Consumidor foi a primeira lei brasileira a tratar da boa-fé objetiva de forma expressa (com exceção do mencionado art. 131 do Código Comercial).

A boa-fé que o Código de Defesa do Consumidor traz é a chamada boa-fé objetiva, diversa da subjetiva[931].

A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato que implique modificação, impedimento ou violação de seu direito. Representa a falsa crença sobre determinada situação pela qual o titular do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação (*v.g.* casamento putativo, posse de boa-fé).

A boa-fé objetiva consubstancia um modelo ou uma regra de conduta eqüitativa que contém determinados padrões socialmente reconhecidos.

Do princípio emanam deveres denominados secundários[932], anexos[933], acessórios, laterais, ou instrumentais[934][935], consistentes no dever de se agir conforme certos parâmetros de honestidade, lealdade, veracidade,

---

931 Nesse sentido Judith Martins Costa: "noção de "boa-fé" que se deduz do Código não é aquela de matiz subjetiva, aplicável em matéria de direitos reais, onde considerada a intenção do agente, mas a *boa-fé objetiva*, de incidência no campo obrigacional, a qual se identifica com um dever geral de correção na atuação do tráfico jurídico" (COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 230).

932 Para Couto e Silva "Categoria das mais importantes é a dos deveres secundários, como resultado da incidência do princípio da boa-fé (...) Os deveres que nascem dessa incidência são deveres denominados secundários, anexos ou instrumentais. Corresponde ao termo germânico *Nebenpflichten*" (COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 91).

933 "As particularidades desses deveres anexos e autônomos, de poderem ser acionados independentemente da obrigação principal e de perdurarem alguns deles, ainda, após o seu término, são a circunstância de terem fim próprio, diverso do da obrigação principal. Como já se aludiu, o fim comanda toda a relação jurídica e conforma os deveres e direitos que a relação jurídica produz em contato com a realidade social, no curso de seu desenvolvimento" (COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 94/97).

934 Couto e Silva observa, referindo-se ao Código Civil de 1916: "o sistema de obrigações do Código Civil foi construído com base nas obrigações principais. Raramente faz o nosso código alusão à existência de deveres secundários" (COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.39).

935 "A boa-fé constitui uma fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24).

probidade, confiança (expectativa legítima), proteção[936], cuidado, colaboração, informação, cooperação[937], esclarecimento[938], a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo[939]. Não há necessidade de esses deveres estarem enumerados taxativamente na lei, pois são decorrentes do princípio da boa-fé. O comportamento deve ser sincero, sério, transparente, fiel, baseado na retidão e correção, com a finalidade de se garantir respeito mútuo, de forma justa e adequada, nas situações e relações jurídicas, sem objetivos de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo.

Ruy Rosado de Aguiar explica que:

> Quanto à natureza, podem ser agrupados em: deveres de proteção (a evitar a inflição de danos mútuos), deveres de esclarecimentos (obrigação de informar-se e de prestar informações), e deveres de lealdade (a impor comportamentos tendentes à realização do objetivo do negócio, proibindo falsidades ou desequilíbrios)[940].

---

936 O dever de proteção visa a impedir que uma da partes cause à outra algum dano, em razão de sua atividade e consiste em conduta determinada, em comunicar todo o relevante, em indicar qualquer circunstância pertinente, em fornecer informações, cuja omissão pode causar qualquer forma de dano ao consumidor.

937 Para Cláudia Lima Marques No Código de Defesa do Consumidor "a prática comercial "publicidade" é verdadeira atividade social de "cooperação" (MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 10/7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 12).

938 O dever de esclarecimento [dever anexo decorrente do princípio da boa-fé], como seu nome indica, dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância de que o *alter* tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora totalmente. Esclarecimento, evidentemente, relacionado com alguma circunstância relevante. Não se trata de dever para consigo mesmo, mas em favor de outro (LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 94).

939 Judith Martins Costa faz o contraponto entre boa-fé objetiva e subjetiva: Boa fé subjetiva: "estado de consciência" ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito, aplicável, em regra, ao campo dos direito reais. Boa fé objetiva: modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual "cada pessoa deve ajustar sua própria conduta e este arquétipo obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade". Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultura dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente lógico-subsuntivo (COSTA, Judith Martins. **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. n. 3/125. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 141).

940 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26/27.

É um princípio que visa a garantir a ação sem enganos, sem abuso[941], sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, para sempre se atingir o fim colimado.

A boa-fé funciona como um modelo, um *standard*, uma norma de conduta, que não depende de verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou do consumidor[942].

Nessa atitude é indispensável que uma das partes leve em consideração os interesses da outra. De fato, "o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*"[943]. Assim: "O vendedor deve proceder cuidadosamente e levar em conta as preferências manifestadas pelo comprador"[944]. Dessa forma a regra, na sociedade de consumo, é *caveat venditor – seller beware* e não mais princípio do comprador (consumidor) que se cuide (*caveat emptor* ou *buyer beware*). O fornecedor deve observar certa conduta no interesse de outra.

Com efeito, seja pelo princípio da boa-fé, seja pelo princípio da informação, na hipótese de aquisição de veículo novo, se o vendedor tiver ciência de que sairá de linha, tem o dever passar a informação ao consumidor, não representando mera faculdade. Caso contrário caberá indenização pela desvalorização subseqüente.

Visa a compatibilizar interesses contraditórios e consiste numa fonte autônoma de deveres, que não depende da vontade das partes ou

---

941 "por abuso de direito pode-se entender um uso anormal de qualquer situação jurídica ativa [...] o exercício do direito encontra certo limites de retidão e de boa-fé inseparáveis das exigências de uma convivência ordenada, cuja violação dá lugar ao fenômeno do abuso (LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 115).

942 Como bem enfatiza Cláudio Bonatto, "A boa-fé objetiva traduz a necessidade de que as condutas sociais estejam adequadas a padrões aceitáveis de procedimento que não induzam a qualquer resultado danoso para o indivíduo, não sendo perquirido da existência de dolo ou culpa, pois o relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifícios, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos em um negócio jurídico ou dos que sofram reflexos advindos de uma relação jurídica" (BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: princípiologia, conceitos contratos.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 37/38).

943 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 33.

944 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 93.

interessados. Assim, cria e impõe limites ao exercício dos direitos e deveres, necessários para se atender às expectativas decorrentes das fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

De fato, Judith Martins Costa esclarece que:

> O princípio da boa-fé, a par de impor, a ambas as partes da relação contratual, os deveres anexos de lealdade, informação, esclarecimento, veracidade, honestidade etc., expande-se por todo o processo formativo do vínculo, atingindo, portanto, as fases pré e pós-contratual[945].

Esclarecendo a lição anterior, na fase pré-contratual[946] há o dever de lealdade, respeito, sigilo das informações, colaboração, bem como não realizar rupturas abruptas e inesperadas[947]. A fase contratual caracteriza os deveres acessórios e utilização da boa-fé para interpretar, completar ou corrigir o contrato. Quanto à fase pós-contratual, Couto e Silva assevera que:

> A particularidade mais importante de algumas das obrigações anexas é a de ainda perdurarem, mesmo depois do adimplemento da obrigação principal, de modo que, quando se diz que o adimplente extingue a relação jurídica, se deve entender que se extingue um crédito determinado[948].

Dessa forma:

---

[945] COSTA, Judith Martins. **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. n. 3/125. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 142.

[946] "Kötz ensina que esta utilização da posição de pressão em que se encontra o parceiro contratual mais fraco é combatida em toda a Europa e a concentração do direito no momento pré-contratual é um dos maiores instrumentos de proteção dos consumidores" (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 591.

[947] Em relação do Direito Português, Carlos Ferreira de Almeida assevera que "o padrão do dever pré-contratual de informação, em qualquer caso já resultante da necessidade de observar os ditames da boa fé (Código Civil, artigo 227º), está fixado por disposições legais imperativas. A sua violação será fonte de responsabilidade pré-contratual, se os restantes requisitos se verificarem no caso concreto" (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 118),

[948] COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 92. Nesse sentido Lumia: "Os deveres anexos dividem-se em deveres dependentes e independentes. [...] alguns deles são susceptíveis de ultrapassar o término da obrigação principal, de terem assim vida própria. Em razão dessa particularidade, podem ser acionados independentemente da prestação principal. (LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.96).

> Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência.
> O objeto de alguns deles é, portanto, 'fazer' ou 'não fazer', consistindo alguns em declarações de ciência, como nas indicações e comunicações; outros, em atos determinados. Consistindo a adimplemento em ato-fato, é desnecessário pesquisar se houve ou não vontade[949].

Couto e Silva assevera que da concreção do princípio da boa-fé:

> [...] resultam novos deveres que não o têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal[950].

Esses deveres não são referenciados no contrato, que não existe, mas ao simples contato social, "que é o suporte de fato suficiente para fazer nascer os deveres decorrentes da boa-fé"[951].

Como bem observa Couto e Silva, "há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé"[952], *v.g.* a gestão de negócios, as obrigações de meio e também aqueles efetuados em decorrência da publicidade.

Na interpretação de Cláudia Lima Marques:

> O princípio da boa-fé objetiva impõe uma atuação refletida do contratante mais forte em relação aos interesses do contratante mais fraco. A boa-fé assim concretizada significa transparência obrigatória em relação ao parceiro contratual, um respeito obrigatório aos normais interesses do outro contratante, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte para permitir ao parceiro contratual

---

[949] COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 93.

[950] COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 169.

[951] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

[952] COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 38.

> mais fraco as condições necessárias para a formação de uma vontade liberta e racional. Assegurar informação, segurança nas contratações à distância, proteção contra as pressões (*Zwang*) dos métodos de venda hoje usuais na sociedade de consumo e tempo para reflexão são objetivos legais nesta procura de uma decisão racional do consumidor[953].

Assim, a violação dos deveres acessórios implica, igualmente, a violação da boa-fé objetiva, que além de princípio, também é uma verdadeira cláusula geral, consistente de um sistema aberto[954], flexível, que permite ao magistrado, no caso concreto, corrigir, reparar e buscar a solução do litígio, de modo a zelar pelo comportamento ético, honesto, justo e equilibrado nas relações contratuais. É como ensina Clóvis do Couto e Silva:

> A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia [...] Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética[955].

A "autonomia racional", nos dizeres de Cláudia Lima Marques:

> [...] representa a importância dos novos direitos dos consumidores e dos novos deveres dos fornecedores, em especial os deveres anexos de informar, de cooperar, de tratar com lealdade e cuidado o consumidor no momento da formação dos contratos, pois somente se assegurarmos este novo patamar de conduta no mercado poderemos alcançar uma vontade realmente refletida, autônoma e 'racional' dos consumidores[956].

---

953 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 591.

954 Claus Canaris aponta as diferentes correntes do que significa sistema aberto e fechado:

a) no aberto a ordem jurídica é construída casuísticamente e apoiada na jurisprudência; no fechado existe uma ordem dominada pela idéia de codificação;

b) abertura significa incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema. (CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Traduzido por A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103/104).

955 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

956 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 591.

Segundo Ihering, mesmo nos contratos nulos subsistem os deveres especiais de conduta (os deveres anexos), a ensejar responsabilidade pelo dano negativo, a responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*)[957].

Neste ponto é importante ressaltar que:

> A boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios [...] A aproximação dos termos ordem econômica-boa-fé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue[958].

Especificamente em relação à publicidade, a boa-fé objetiva, segundo Cláudia Lima Marques, significa:

> [...] a exigência que esta seja um atividade leal (atividade refletida, pensando também naquele que recebe a mensagem, o consumidor), que prometa só o que pode cumprir, que se trouxer informações, seja sobre a qualidade, quantidade ou qualquer característica do produto ou serviço, seja sobre as condições do contrato, que esta constitua uma informação correta, verídica, que o próprio intuito de incitar ao consumidor seja identificável e a publicidade identificada como tal pelo público[959].

Razão deve ser dada a Cláudia Lima Marques quando afirma que:

> Os princípios da boa-fé, transparência e proteção da confiança despertada dominam o regime da publicidade no Brasil. As novas exigências deste paradigma objetivo de boa-fé, deste pensar refletido no outro que recebe a informação, neste cujos desejos e impulso de consumo são despertados, teve conseqüências importantes também no relacionamento entre empresas (fornecedores diretos) e anunciantes, que viram aumentada sua responsabilidade de bem orientar e servir seus clientes.[960]

---

957 *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 631/632.

958 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

959 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 610.

960 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 674.

No caso da publicidade, o princípio da boa-fé ganha especial destaque, já que ela desperta a confiança e, por conseguinte, a legítima expectativa no consumidor.

9.1.3.1 O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor

No art. 4º do Código de Defesa do Consumidor a boa-fé aparece como princípio orientador da interpretação e não como cláusula geral para definição das regras de conduta.

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a boa-fé representa:

> [...] mero marco referencial para a interpretação e aplicação do Código, o que seria até de certo modo dispensável, pois não se concebe sociedade organizada com base na má-fé, não fosse a constante conveniência de acentuar a sua importância[961].

Trata-se de norma-objetivo, pois está disposta no âmbito da política nacional das relações de consumo. Assim, estabelece resultados a serem alcançados[962].

As normas de conduta e de organização devem ser interpretadas e aplicadas conforme a norma-objetivo.

O princípio da boa-fé tem como função a correta interpretação da norma jurídica e convencional, para se extrair seu exato sentido e alcance, bem como a integração, a qual visa suprir lacunas, ante ausência de norma expressa, ou corrigir norma contrária à boa-fé. Na integração surge a criação de nova norma, ao passo que na interpretação não.

Por tratar-se de conceito indeterminado, existem meios para a descoberta do conteúdo da boa-fé apto a compatibilizar a conduta das partes envolvidas.

Como modo de operação e aplicação, ensina Ruy Rosa do Aguiar que a "boa-fé tem função integradora da obrigação, atuando como fonte de

---

961 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

962 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades, além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas"[963].

A utilização da cláusula de boa-fé implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isto o leve para fora do círculo de vontade.

Dessa forma, no campo da interpretação:

> Em muitos casos, é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora [...] o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé[964].

Clóvis do Couto e Silva leciona que: "O princípio da boa-fé contribui para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação"[grifos no original]. O autor ainda adverte que os deveres derivados da boa-fé ordenam-se "em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam"[965] e sua aplicação tem função harmonizadora, conciliando o "rigorismo lógico-dedutivo da ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, 'janelas para o ético', nas palavras de Esser"[966].

---

963 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24/25.

964 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 36.

965 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 34.

966 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

9.1.3.2 O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor

A cláusula geral[967] traz implícita uma regra de direito judicial, sendo:

> [...] dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendavam. Na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretitude do caso[968][969].

É a hipótese do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, tem-se como desnecessária a inserção de cláusula de boa-fé nos contratos. De fato:

> Mesmo que as partes nada tenham convencionado sobre esse princípio, deixando de ser objeto das tratativas contratuais, ou, ainda, não constando do instrumento do contrato de consumo, reputa-se existente o que denominamos de *cláusula geral de boa fé* [grifos no original][970].

A norma contém conceito indeterminado, que será integrado pelo aplicador da lei ao caso concreto. Segundo Savigny, "No caso de ser indeterminada a expressão que se usa na lei, deve apelar-se, não só para o

---

967 "[...] *as cláusulas gerais* são a identificação de critérios preliminares de conduta"[grifos no original]. (NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110/111).

968 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

969 Segundo Canaris: "Cláusulas gerais 'carecidas de preenchimento com valorações', tais como a boa-fé, os bons costumes, a exigibilidade, o cuidado necessário no tráfego, etc. Nestas, a concretização da valoração e a formação de preposições jurídicas só podem operar *perante o caso concreto* ou emface de grupos de casos considerados como típicos, sendo que 'É característico para a cláusula geral ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, ela não dar os critérios necessários para a sua concretização". CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Traduzido por A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 44, 142.

970 NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 61.

'nexo interno da legislação', mas também para o fim especial dessa lei, na medida em que seja comprovável"[971].

Conforme entendimento de Valéria Falcão Chaise:

> A boa-fé, como cláusula geral, não se apresenta pronta para imediata e formal execução. Seu conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico, quais sejam: liberdade, justiça e solidariedade[972].

Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que:

> A utilização da cláusula de boa-fé implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo de vontade[973].

Para aplicação da cláusula da boa-fé, nos dizeres de Guido Alpa, o juiz parte do princípio de que:

> [...] toda a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé[974].

Em resumo, são funções da boa-fé: a) fornecer critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes; b) criar deveres secundários

---

971 *Apud* LARENZ, Karl**. Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 17.

972 CHAISE, Valéria Falcão. A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59.

973 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

974 *Apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ou anexos; e c) limitar o exercício de direitos (é critério definidor da abusividade do exercício do direito)[975].

Com a devida aplicação deste princípio, as questões envolvendo a publicidade poderiam ser resolvidas juridicamente. Infelizmente, no Brasil, se não existe lei descrevendo nos mínimos detalhes as condutas permitidas e proibidas, com repetições à exaustão[976], tornam-se elas de difícil observância espontânea.

Clóvis do Couto e Silva faz o contraponto entre os bons costumes e a boa-fé. Nas palavras do autor: "Os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes da relação jurídica"[977].

No ordenamento jurídico pátrio existe, por conseguinte, um dever ético de conduta que, de acordo com Fernando Gherardini Santos, "deve ser buscado no campo da moral, e esta, notoriamente, é determinada segundo o tempo e o lugar em que é aferida". O conceito é preenchido caso a caso, por meio de investigação ético-social, de cunho deontologicamente objetivo.[978]

---

[975] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo.** Revista de direito do Consumidor n. 14/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

[976] Entre os inúmeros exemplos, mas podemos citar Lei Estadual de SP n. 10.928/2001, arts. 1º, 4º e 6º, que trata de combustíveis, a qual simplesmente repetiu os termos do Código de Defesa do Consumidor.

[977] COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 35.

[978] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 145. Esclarece Judith Martins Costa que "é irrelevante a boa-fé *subjetiva* do anunciante, pois o que se requer é a adstrição à feição *objetiva* do princípio da boa-fé, para o qual de pouco importa o *animus* ou do psicologismo do agente: não se perquire se estava o mesmo, internamente, convicto de agir conforme ao direito, se questiona se, objetivamente, sua conduta se pautou pelos ditames da correção e da lealdade" (COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 229).

9.1.3.2.1 A ética e a moral

Verifica-se com certa facilidade que, hoje, a preocupação é com a estética[979] e não com a ética.

Deveras, "ética" é termo de difícil definição. Contudo, na primeira verificação que se faz no dicionário Aurélio extrai-se o seguinte significado: estudo ou reflexão, científica ou filosófica, sobre os costumes ou sobre as ações humanas. Tem-se por vezes a moral como sinônimo de ética. A ética se refere às ações humanas. Nesse sentido, é de se inferir ética como a ciência da moral.

Segundo Paraguassú Lopes, trata-se do "estudo científico da moral, fazendo juízo de valores, contingenciando condutas humanas, podendo até qualificá-las sob o prisma do bem e do mal"[980].

A ética possui uma clara função descritiva, na exata medida que conhece os costumes e valores das diferentes épocas e dos diferentes lugares. Assim, um comportamento considerado ético em certa época seria aquele adequado aos costumes e valores vigentes e enquanto vigentes. Dessa forma, o conteúdo de tal conceito apresenta-se de forma relativa, não se encontrando uma ética absoluta, pois varia conforme a época e o local.

Para Helmut Coing:

> A ética se apresenta como um sistema de mandamentos interiores, como lei; ela contém regras sobre o que devemos e o que *não* devemos fazer. Esta concepção pode-se chamar de ética legal. Aqui, inclui-se o decálogo da Bíblia. Filosoficamente, ela encontrou sua expressão máxima no imperativo categórico de Kant: 'Aja assim de forma que a máxima de tua ação poderia se tornar uma lei geral'[grifo no original][981].

---

[979] Para Baudrillard, "o corpo é *o mito director da ética do consumo*. Percebe-se como o corpo se encontra estreitamente vinculado às finalidades da produção suporte (económico), como princípio de integração (psicológica) dirigida do indivíduo e à maneira de estratégia (política) de controlo social" (BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70. Tradução: Artur Morão, p. 145).

[980] LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

[981] COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 147.

Kant proclamava que a ética poderia ter uma validade universal, que se apoiasse apenas na igualdade fundamental dos homens. Muitos pensadores defendiam que a ética se consubstancia na busca pelo Bem. A tarefa de defini-la, no entanto, persiste, conquanto houve apenas a transferência do problema, pois uma vez nova pergunta surgiria: o que é o Bem?

Para os gregos o Bem se confundia com o viver de acordo com a natureza. Na Idade Média o Bem era representado pela religião, pelo estudo da teologia. Uma tendência difundida, sobretudo, nos países anglo-saxônicos considera o Bem por meio do utilitarismo (pragmatismo), ou seja, Bem é o que traz vantagens para muitos, em que se apela para resultados práticos e muitas vezes imediatos.

Duas correntes surgiram a partir do pragmatismo: a teoria desenvolvida pelos países de capitalismo mais avançado, a vantagem particular (econômica, carreira etc.) e a teoria do positivismo lógico, dedicando-se apenas à pesquisa das formas da linguagem moral, os tipos válidos de formulações éticas, a lógica e a sintaxe dos imperativos éticos. Entretanto várias são as teorias que surgiram numa mesma época, cada qual defendendo seu conceito de ética.

Já no século XX a ética se relaciona com a noção de liberdade, privilegiando o aspecto pessoal da ética, ou seja, a opção, resoluteza. O pensamento social e dialético difundiu o ideal ético como aquele que traz a idéia de uma vida social mais justa, com a superação das injustiças econômicas mais gritantes, buscando o ideal de um mundo mais humano, mais justo.

Hodiernamente, a maioria dos países ricos se caracteriza por uma ética de busca do prazer, havendo um novo fator para a análise da ética ocorrido após a Revolução Industrial: a massificação da sociedade. Com essa massificação a maioria já não se preocupa com a ética, vivendo amoralmente. Como bem salienta o professor Álvaro Valls, os meios de comunicação de massa, as ideologias, os aparatos econômicos e do Estado, já não permitem mais a existência de sujeitos livres, de cidadãos conscientes e participantes, de consciência com capacidade julgadora.

Ressalte-se, contudo, que não se pode falar em ética sem se falar em liberdade, liberdade esta entendida na concepção atual, que se apresenta bem diferente da liberdade da Roma Antiga. Relaciona-se também com a própria responsabilidade.

A liberdade apresenta diversas facetas, sendo o seu conceito diverso em cada civilização. A ética se movimenta entre o determinismo absoluto e a liberdade absoluta, preocupando-se com as formas humanas de resolver as contradições entre necessidade e possibilidade, entre o tempo e eternidade, entre o individual e o social, entre o econômico e o moral, entre o corporal e o psíquico, entre o natural e o cultural e entre a inteligência e a vontade.

Para Tomás de Aquino a ética se confundia com a consciência moral, sendo esta a voz interior que nos diz que devemos fazer o bem, em todas as ocasiões, e evitar o mal.

O dever ético apela sempre para o indivíduo, sendo que a consciência deste foi colocada no centro de toda a preocupação moral. Hegel insistiu numa outra esfera, qual seja, que a liberdade se realiza éticamente dentro das instituições históricas e sociais, sendo que o Estado é a realidade efetiva da idéia ética.

Interessante os ensinamentos de Joseph Campbell sobre a ética: "A ética é o caminho para lhe ensinar a viver como se você e o outro fossem um só."

Quanto à moral, Segundo Paraguassú Lopes, os dicionaristas a definiram como o "conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar quer para grupo ou pessoa determinada"[982]. O próprio autor conceitua moral como a "parte da filosofia que estuda o que é certo e o que é virtuoso, o que é honesto, o que é sensato. Contrapõe-se ao vício, ao erro, ao desonesto"[983] ou "princípios, costumes, modos de ser e fazer, no tempo e espaços adequados. Comportamento difuso, independentemente de normas expressas,

---

[982] LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda**, p.22.

[983] LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda,** p. 22.

articuladas, imperativas, dogmáticas"[984], sendo seu espectro mais amplo que o do direito e fruto da convivência humana, podendo, por vezes, conter princípios preconceituosos ante a existência de várias espécies, conforme o tempo e espaço.

Maria Helena Diniz mostra o entendimento de Kant sobre a moral: "A obediência do homem à sua própria vontade livre e autônoma constitui, para Kant, a essência da moral e do direito natural, [...] tanto a moral como o direito têm como princípio último a liberdade ou autonomia da vontade"[985]. E continua: "a norma básica de conduta moral que o homem se pode prescrever é que em tudo que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio"[986].

Outra teoria é apresentada pelo utilitarismo, segundo o qual, a atitude correta é aquela que acarreta maior benefício geral para o maior número de pessoas.

A finalidade de toda ciência é atender à consciência ética do homem[987]. Por outro lado, o estudo da moral é importante, pois pode ser inspirador das melhores normas[988].

No que tange especificamente à publicidade, busca-se com a ética fazê-la corretamente, de forma verdadeira, decente e honesta, tarefa que nem todos entendem ser simples, já que a publicidade explora a técnica da sugestão, da sutileza e da ambigüidade[989]. Contudo, "A ética é para a

---

984 LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda,** p.23.

985 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

986 *Apud* DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 42.

987 NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

988 "A norma jurídica surge onde há disputa e ameaça de violência. Mas esta ordem pacificadora pode ser originada sob a influência de concepções morais" (COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 200.

989 Judith Martins Costa assevera que a publicidade situa-se "no limite entre o que não é nem inteiramente verdadeiro nem completamente falso (e por isso originando tão variados problemas de natureza ético-jurídica)" (COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 225).

propaganda e publicidade igual o ar para o ser humano, para o ser vivente. Não há publicidade sem obediência a princípios"[990].

Hodiernamente, como já mencionado e exemplificado, a sociedade é bombardeada pela publicidade, muitas vezes, violadora dos padrões mínimos de ética. Também já se observou como alguns profissionais orientam os publicitários a agirem de forma questionável[991].

A conduta da empresa revela-se de suma importância, pois, como afirma Philip Kotler, os consumidores são membros da sociedade: "As questões éticas devem, então, habitar as práticas mercadológicas das quais depende essencialmente a sustentação do negócio"[992].

No Brasil a situação se agrava, pois, como bem analisou Antonio Herman Benjamin:

> Em países como os da América Latina, a publicidade, em muitas circunstâncias não é *um* dos veículos de informação do consumidor, mas o *único* disponível ou eficiente. Isso, indubitavelmente, aumenta, ou deveria aumentar, as responsabilidades éticas e jurídicas dos profissionais da área. Contraditoriamente, é nesses países mais pobres que o fenômeno publicitário mais descontroladamente se manifesta [grifos no original][993].

Assim, segundo Gino Giacomini Filho:

> Parece ser imprescindível uma reavaliação da publicidade e, amparada no conceito societal de marketing e atuando neste sentido, empreender a publicidade societal. Adquirindo funções de responsabilidade social, bem como sendo empregada dentro de uma avaliação macroestruturada da organização a que serve, sua ação permearia o serviço ao cliente com posturas prioritárias ao bem comum[994].

---

990 LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

991 Entre tantos exemplos já dados neste trabalho acrescenta-se o seguinte: "Prefira usar R$ 199,85, que confunde mesmo, em vez de R$199,99, que não dá resultado. BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**, p. 40.

992 *Apud* GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 55.

993 BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 46.

994 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 86.

Nesse sentido Júlio Ribeiro, proprietário da Talent, entende que a ética faz parte do negócio e não considera provocar ou intensificar a compra de produtos que podem causar desequilíbrio social[995].

Bem observa José Geraldo Brito Filomeno:

> [...] sabendo-se que o marketing, como estudo formal dos processos e das relações de troca, a mais acerba crítica que se lhe faz é de que se tem mostrado incapaz de ajudar as pessoas a atingirem um grau razoável de maturidade emocional e espiritual, mesmo porque compradores e vendedores, envolvidos em transações, estão sempre em busca da melhoria de seus padrões materiais. Daí porque a ética deve sempre *presidi-la*, já que, em última análise, o que se procura é sempre produzir as quantidades certas por razões óbvias da perspectiva empresarial, guardados os anseios ou interesses e direitos dos consumidores.
> O marketing social deve ser acompanhado de princípios éticos, sobretudo no que tange ao respeito à integridade biopsíquica do ser humano, de moda a não alimentar falsas expectativas, despertar falsas necessidades e induzir o consumidor a comportar-se de maneira perigosa ou a assumir bens e serviços à sua saúde e segurança[996].

Suzana Maria Federighi aduz que "A ética na forma de transmissão do apelo a consumir, deve ser exigida com base na lealdade publicitária, que é informado por outros princípios gerais contidos no Código de Defesa do Consumidor"[997].

Gino Gicaomini Filho informa que a primeira sistematização da ética publicitária no Brasil data de 1957, ocasião em que o I Congresso Brasileiro de Propaganda aprovou o Código de Ética dos Profissionais da Propaganda[998].

Com efeito, havia uma necessidade de a legislação incorporar padrões éticos quanto à publicidade[999]. Assim surgiu o art. 17 do Decreto nº 57.690/1966, para regulamentar a ética profissional relativa à publicidade.

---

995 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 89.

996 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 37/39.

997 FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 82.

998 GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 36.

999 Siches entende que se "a norma jurídica é um pedaço da vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos, é um

Tanto no art. 37 quanto no capítulo da comunicação social a Carta Magna protege a ética. Para fins de publicidade o valor ético fundamental é a verdade[1000].

O regime ético da publicidade vem estabelecido principalmente nos arts. 30, 35, 36 e 38 do Código de Defesa do Consumidor.

Um ponto que está em foco hodiernamente, é o da responsabilidade social da empresa. Esta não mais se revela como ente no intuito exclusivo de gerar lucros. Como bem asseverou Ana Cláudia Marques Govatto "nenhuma organização empresarial estará realizando plenamente seu papel se não considerar que é um organismo vivo e que como tal, exerce impactos dos mais diversos, nas diferentes esferas com as quais se relaciona"[1001].

De fato, no Fórum Social da Publicidade, realizado em Porto Alegre, em janeiro de 2003, concluiu-se que a publicidade "faz parte de uma sociedade e como tal precisa assumir suas responsabilidades como agente de cidadania"[1002].

Não há dúvida que hoje deve existir um novo modelo empresarial, sobretudo ante o agravamento das disparidades sociais e da degradação do meio ambiente e os exemplos não são poucos: esgotamento dos recursos naturais; aquecimento global; danos irreversíveis à biodiversidade e à camada de ozônio; extinção de espécies animais e vegetais, e tantos outros. Daí a importância das práticas de responsabilidade social corporativa.

Como bem ressalta Ana Cláudia Marques Govatto "ética e responsabilidade social já não são facultativas, mas obrigações empresariais, assim como recolher tributos e pagar salários"[1003].

---

enunciado para a solução de um problema humano" (*Apud* DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94)

[1000] NUNES Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 423.

[1001] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 49.

[1002] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 127.

[1003] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 43.

Conforme cita a referida autora, um dos pioneiros da responsabilidade social corporativa foi Henry Ford, que nos idos de 1916 tomou a iniciativa de repartir parte dos dividendos da empresa para seus funcionários. Em 1953, a justiça americana estabeleceu que as empresas poderiam promover o desenvolvimento social, sendo posteriormente regulamentado pela Lei da Filantropia Corporativa. Esclarece ainda que a medida judicial foi necessária por conta dos protestos de muitos acionistas que temiam redução de seus lucros[1004].

A partir daí, a responsabilidade social da empresa passou a abranger outras áreas, como a saúde, educação, meio ambiente e economia.

Uma pesquisa realizada demonstrou que houve uma mudança de mentalidade das pessoas em relação às empresas. No ano de 2000 os entrevistados disseram que o primeiro compromisso das empresas era gerar lucro. Em 2002 a situação se modificou em decorrência da maior valorização de padrões éticos e à contribuição empresarial para a construção de uma sociedade melhor[1005].

Não obstate, mesmo que se pense somente sob o ponto de vista do lucro da empresa, o compromisso ético e a responsabilidade social revertem em benefício dela, pois "o desenvolvimento social reflete diretamente no resultado financeiro da organização. Nos países desenvolvidos, a economia orientada pelo social é questão de sobrevivência, enquanto no Brasil ainda é um diferencial competitivo"[1006]. Ademais, "a imagem corporativa, sem dúvida, é tida como um dos maiores patrimônios empresariais dos séculos XX e XXI, superando, em termos numéricos, todos os bens e equipamentos"[1007].

Conforme bem afirmado por Cláudia Lima Marques:

[1004] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. p. 42.

[1005] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer,** p. 45.

[1006] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 53.

[1007] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 59.

> É possível concluir que a ordem jurídica passou a se interessar por esse método comercial de incitamento ao consumo, porque a publicidade, como atividade comercial finalística, pode efetivamente perturbar a ordem e harmonia do mercado, pode violar direitos de informação, de reflexão, de inviolabilidade moral e cultural dos consumidores e, sobretudo, pode causar (sérios e difusos) danos econômicos aos consumidores que confiaram na informação veiculada pela publicidade. Sendo assim, tal atividade, tal declaração humana, deve seguir certos padrões éticos, atingir certo grau de transparência e lealdade. Para atingir tal intento a ordem jurídica impõe deveres àqueles que se utilizam de tal método, assegura direitos àqueles expostos à publicidade [1008].

A descrição científica limita-se a registrar, catalogar e elaborar "fatos", mas o mundo não é feito só de "fatos", pois existe todo o universo dos valores que se subtrai e escapa à fria análise da ciência. Existem, portanto, juízos de fato e juízos de valor[1009].

Nas palavras de Rosa Maria Nery: "O trabalho do jurista tem sempre uma vertente ética, um querer constantemente preocupado com *valores*"[grifo no original][1010]. Em conseqüência, constata-se que não é ética a publicidade que aflige culpa e sofrimento, mal à saúde, desperta desejos irrealizáveis, tenta realizar manipulação de modo subliminar, veicula imagens de conteúdo abusivo de forma subliminar, de um modo que não se possa captá-las conscientemente.

Em suma, como afirma Helmut Coing:

> A aplicação do direito não pode ser, simplesmente, entendida como subsunção, mas é um processo da atividade da vontade voltada a um fim, no que os valores retirados da lei – sejam eles éticos, ou de natureza pragmática – têm papel decisivo. O juiz não tem que, simplesmente, classificar o caso logicamente, segundo os conceitos de ordem; ele tem que perguntar – teleologicamente -, se a regra legal, segundo seus fins morais e práticos, deve ser aplicada no caso[1011].

[1008] MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 10/7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 18.

[1009] LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[1010] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

[1011] COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 345.

As teorias apresentadas não se revelam satisfatórias em muitos aspectos. No caso do utilitarismo, seria correto inflingir sofrimento a uma pessoa, desde que fosse capaz de produzir benefício para o maior número de indivíduos. Vendo de outra forma, os fins justificariam os meios, o que nem sempre representa a verdade em termos morais. A teoria de Kante também apresenta pontos insatisfatórios, pois diante de deveres conflitantes, a questão é resolvida com a utilização das conseqüências e as teorias fundamentadas no dever tentam evitar os problemas das teorias conseqüencialistas.

A ética da virtude, encontrada na obra "Ética a Nicômaco", de Aristóteles, representa interessante abordagem da teoria da moral. Por meio dela, não importa tanto saber o que é certo ou errado, mas sim que forma de caráter deve-se desenvolver.

Assim, a ética da virtude, ao contrário das teorias utilitaristas e kantianas, não se importa com o modo de agir, mas centra-se na investigação do caráter de onde procedem as ações. As virtudes morais representam estados de caráter desenvolvidos pela pessoa e para adquirir essas virtudes, ela precisa realizar três coisas: desenvolver sabedoria prática, descobrir e imitar modelos positivos e praticar a boa ação.

A corporação já foi equiparada ao psicopata[1012], o qual justamente não consegue praticar boas ações, não tem sentimento de culpa, não se importa com os outros e com o meio ambiente, é incapaz de perceber os erros.

Nesse contexto, as empresas estão mais preocupadas em poderem veicular publicidade livre de qualquer restrição, sem se importarem com evetuais conseqüências negativas. Pregam o direito de liberdade a qualquer preço e condenam qualquer tentativa de regular a matéria, inclusive defendendo a posição de que todos os prejetos de leis de tramitam no Congesso Nacional referente ao controle da publicidade são inúteis e inconstitucionais.

9.1.4 Princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I)

Com relação ao princípio da vulnerabilidade José Geraldo Brito Filomeno traz a seguinte lição:

> Por ***vulnerabilidade***, há de se entender a ***fragilidade*** dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao ***aspecto econômico e de poder aquisitivo***, quer no que diz respeito às chamadas ***informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor*** ou ainda ***técnica*** [grifos no original][1013].

Sobre o mesmo tema, Judith Martins Costa afirma que:

> O princípio da vulnerabilidade não se aloca como um 'conceito indeterminado', mas como uma diretriz da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, *caput*) de modo que a sua consideração pelo intérprete na análise de qualquer disposição do Código não depende de discricionariedade mas é *vinculativa porque está o mesmo vinculado às finalidades postas na lei* como diretrizes da política nacional para o setor'[grifos no original]"[1014].

Considera-se vulnerável aquele que pode ser "facilmente atacado na sua livre manifestação de vontade, relativamente à escolha de suas prioridades e necessidades, cabendo à lei defendê-lo, sempre com o objetivo de fazer valer o princípio da igualdade" [1015].

A vulnerabilidade é instituto de direito material, ao passo que a hipossuficiência representa um instituto de direito processual.

Portanto, como aduz Judith Martins Costa:

> Nem todo o consumidor é hipossuficiente. O preenchimento valorativo da hipossuficiência – a qual se pode medir por *graus* – se há de fazer, nos casos concretos, pelo juiz, com base nas 'regras ordinárias de experiência' e em seu suporte fático encontra-se,

---

[1012] ACHBAR, Mark e SIMPSON, Bart. **The Corporation.** São Paulo: Zeitgeist Films / Imagem Filmes, 2004. (DVD) (145 min.).

[1013] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 11.

[1014] COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 223).

[1015] BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos contratos.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003**,** p. 43 e 46**.**

> comumente, elemento de natureza *socioeconômica.* A expressão contida no inc. VIII do art. 6º constitui o que certa doutrina chama de 'conceito juridicamente indeterminado'. Sua aplicação depende da *discricionariedade judicial* e a sua conseqüência imediata é a da inversão do *ônus probandi*, no processo civil, para facilitação da defesa de seus direitos [...] Todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não, é, ao contrário, *vulnerável* no mercado de consumo. Aqui não há valoração do 'grau' de vulnerabilidade individual porque a lei presume que, neste mercado, qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista socioeconômico, é vulnerável *tecnicamente*: no seu suporte fático está o desequilíbrio técnico entre o consumidor e o fabricante no que diz com a *informação* veiculada sobre o produto ou serviço [grifos no original][1016].

Desse modo, como bem afirma Rizzato Nunes: "Mesmo o consumidor mais esclarecido é vulnerável como qualquer outro, pois não tem acesso nem determina o ciclo de produção"[1017].

De modo diverso raciocina Valéria Falcão Chaise. Para a autora existe presunção de vulnerabilidade do consumidor, podendo ser afastada pelo Judiciário quando da análise do caso concreto[1018].

Quanto à aplicação, o princípio da vulnerabilidade "incide no exame de *todas* normas do Código, *articulando-as entre si*. Aplica-se, em especial, àquelas normas que informam o seu sistema da publicidade, conduzindo, bem assim, à proibição da publicidade clandestina" [grifos no original][1019]. Verifica-se, por conseguinte, que este é mais um fator a gerar a ilegalidade da publicidade subliminar.

Em relação à publicidade, existe a vulnerabilidade do consumidor no seu grau máximo. Bem por isso deve haver o império da lei para

---

[1016] COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 222.

[1017] NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 29.

[1018] CHAISE, Valéria Falcão. A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

[1019] COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 223.

reequilibrar as relações no mercado, com a conferência de sentido concreto aos princípios da boa-fé e da transparência[1020].

Como conseqüência do princípio tem-se que:

> No sistema de nosso CDC, com sua *ratio legis* de inclusão e tutela dos vulneráveis, não há diferença na intensidade dos 'deveres' dos fornecedores perante os consumidores (terceiros beneficiários) 'intencionais' ou 'incidentais'. Todos recebem, sem distinções, o *status* de consumidor, e com relação a todos os fornecedores devem conduzir-se com boa-fé e evitar danos, inclusive quando realizam publicidades[1021].

O princípio revela sua importância porque:

> [...] existe a possibilidade de que alguns tipos de direcionamento não estejam preocupados em atender às necessidades e vontades do consumidor, mas sim em explorar suas vulnerabilidades – fazendo com que o profissional de *marketing* ganhe e a sociedade perca[1022].

É de Jean Calais-Auloy o seguinte ensinamento:

> Os consumidores estão, de modo geral, em situação de fraqueza em relação aos profissionais. Mas alguns consumidores são mais fracos que outros, por razões intrínsecas (idade, doença etc.) ou extrínsecas (contrato de conclusão urgente, por exemplo). Ocorre que profissionais abusam dessa situação de particular fraqueza para empurrar aos consumidores compras inúteis ou despendiosas. Esses consumidores não se conduzem certamente como bons pais de família. Mas quem poderia reprová-los, quando sua fraqueza é independente de sua vontade. A falta é evidentemente de quem abusa da fraqueza de outro para tirar proveito.[tradução nossa][1023]

[1020] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 261.

[1021] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 682.

[1022] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 76.

[1023] "Les consommateurs sont, de façon générale, en situations de faiblesse par rapport aux profissionals. Mais certais consommateurs sont plus faibles que d´autres, pour des raisons qui leur sont intrinsèques (âge, amadie, etc.) ou extrinsèques (contrat à conclure d´urgance, par example). Il arrive que des profissionels abusent de cette situation de particuliére faiblesse pour pousser les consommateurs à des achats inutiles ou dispendieux. De tels consommateurs ne se conduisent certes pas en bons pères de famille. Mais qui pourrait le leur reprocher, quando leur faiblesse est indépendante de leur vonlonté ? La faute est évidemment du côté de ceux qui abusent de la faiblesse d´autruit pour en tirer profit". AULOY, Jean-Calais; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 184.

Dessas lições extrai-se que o consumidor é a parte mais vulnerável quando se fala em publicidade. A publicidade, vale dizer, expõe o consumidor às "intenções" dos fornecedores, independentemente da vontade.

9.1.5 Princípio da indenização integral (art. 6º, VI)[1024]

O Código de Defesa do Consumidor prevê a reparação integral de quaisquer danos (material ou moral) de forma objetiva, sendo este o regime jurídico da responsabilidade quanto à publicidade ilícita[1025].

A publicidade dos produtos e serviços é uma faculdade do fornecedor. Portanto, não representa um dever, mas antes, um direito. Porém, é exercido por sua conta e risco, sendo punida somente a má ou insuficiente informação veiculada pela publicidade. Dessa forma, o fornecedor não está obrigado a veiculá-la (existem somente duas hipóteses que obrigam o fornecedor a anunciar (e sempre *a posteriori*): a existência de riscos de produtos e serviços após a colocação no mercado (art. 10, §§ 1º e 2º) e a contrapropaganda (arts. 56, XII, e 60)[1026]. Mas, optando por empregar essa técnica, responderá de forma objetiva por quaisquer danos que eventualmente venha a produzir[1027].

[1024] "Na doutrina tradicional, os anúncios eram considerados aspectos alheios ao negócio e, por isso mesmo, não vinculantes. Na nova concepção, a publicidade deixa a periferia do fenômeno jurídico e passa a integrar o privilegiado grupo de institutos capazes de pôr em marcha a roda da responsabilidade, não só civil, mas também penal e administrativa" (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 260/261).

[1025] Nesse sentido Nelson Nery Junior: "todo e qualquer dano ocasionado ao consumidor, seja ele derivado do contrato ou extracontratual, de publicidade enganosa ou abusiva, é indenizável de forma integral sob o regime da responsabilidade objetiva" (NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 58).

[1026] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 300.

[1027] "não há, perante o Direito do Consumidor vigente, nenhuma norma que obrigue o fornecedor a promover ou apresentar seus produtos através da publicidade, o que, *ipso facto*, gera a inexistência de algo como um "direito à publicidade" conferido ao consumidor (p. 217).

(...)

A responsabilidade no sistema do Código de Defesa do Consumidor (*caveat venditor*) difere do direito privado clássico, pois no princípio inverso (*caveat emptor*) era do comprador o dever de diligência quanto ao produto adquirido, assumindo todos os riscos da compra, vez que o sistema só admitia exceções ligadas a fraudes e às garantias expressas (facultativas) dadas pelo vendedor[1028].

Dessa feita, a aplicação da responsabilidade objetiva nas questões de consumo revela-se não só justificável, mas também necessária[1029], notadamente quanto à publicidade, pois, segundo Valéria Furlan:

> [...] antes de chegar ao consumidor [a publicidade] perfilhou os longos e rigorosos caminhos do '*Marketing*', e, neste ponto, o

---

Porém, em optando o fornecedor por realizar anúncios publicitários de seus produtos ou serviços, deve respeitar certos requisitos, concernentes aos princípios supratranscritos, assumindo, em conseqüência, todos os riscos oriundos da publicidade" (SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 218).

[1028] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 236.

[1029] "Hoje é, pois, doutrina dominante, que na questão da responsabilidade objetiva, trata-se da aplicação do princípio da justiça distributiva, segundo a qual alguém deve assumir a responsabilidade por danos, decorrentes de um certo serviço técnico relacionado com risco (perigo), sendo que esta pessoa goza de vantagens econômicas deste serviço técnico e está em condição, não de dominar os perigos, mas de alguma forma, limitá-los" (COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 257). "A objetivação moderna da responsabilidade tornou possível uma proteção individual real e mais efetiva, além de representar um avanço considerável para a tutela coletiva e difusa por danos transindividuais, ora sob uma visão pós-modernista, em virtude das atividades profissionais destinadas às massas, diante do avanço tecnológico, dos meios de transporte e de comunicação e do fenômeno da globalização [...]] Os elementos culpa e risco são, portanto, completamente estranhos à definição de responsabilidade, mas podem estar presentes em uma determinada situação, conforme o sistema jurídico adotado [...] Considerou-se que a objetivação era uma barbárie. Então, a doutrina procurou estabelecer métodos alternativos que permitissem a reparação do dano em favor da vítima, sem reconhecer-se a teoria da responsabilidade sem culpa. Surgiram, assim, as seguintes teorias: o abuso de direito, a obrigação de meio e de resultado, a obrigação de garantia, a obrigação de segurança, a presunção legal da culpa e a culpa objetiva [...] a responsabilidade subjetiva advém, via de regra, de uma ato ilícito por natureza, enquanto que a responsabilidade objetiva decorre de ato ilícito pelo resultado [...] não se confunde a presunção de culpa com a responsabilidade objetiva, quer por motivos históricos, ou mesmo porque a responsabilidade objetiva, em sua origem e conformidade com a teoria do risco, torna desnecessária qualquer indagação sobre o elemento subjetivo do injusto para que o agente seja compelido a reparar o dano. Além de deixar a análise da culpa de lado, a teoria da objetivação considera indiferente que o demandado produza a prova de que não agiu com culpa. A sua responsabilidade subsiste pela simples realização da atividade perigosa que acarreta o dano. (LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas relações do consumo**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21, 23, 29, 34-35).

> fornecedor anunciante, que todas as oportunidades teve para criar e apresentar uma mensagem publicitária de seu interesse, correta, clara e ostensiva e, a final, veicula uma publicidade enganosa, não pode ser taxado de 'desamparado', mas, ao contrário, deve responder plenamente pela divergência entre o querido e o declarado pelo consumidor"[1030].

De fato, como assevera Antônio Hermam de Benjamim:

> Na sociedade de consumo, o anúncio, porque integra a corrente de produção e comercialização de bens, há de se ajustar ao mesmo regime (entenda-se, *responsabilidade civil objetiva*) que norteia estes dois momentos do mercado de massa [...] A norma, pois, em matéria publicitária, é a mesma aplicável ao sistema geral protetório do consumidor: causado gravame, cabe o dever de reparar *in totum*, inclusive pelos danos morais sofridos [grifos no original][1031].

Em conseqüência, nas palavras de Cláudia Lima Marques:

> 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. Basta a atividade de publicidade, como determinação soberana e profissional do fornecedor e sob o risco profissional deste, em caso de falha, erro, ou culpa de terceiro da cadeia organizada ou contratada por ele próprio de fornecedores-auxiliares[1032].

A atuação do fornecedor é aquela que envolve o risco profissional e nesta hipótese a lei impõe deveres especiais - por meio de norma de ordem pública - não transferíveis aos consumidores, nem mesmo por previsão contratual (*ex vi* arts. 1º, 52, I, e 25, do Código de Defesa do Consumidor). O fornecedor terá de suportar sua falha, responder pela informação mal transmitida, pelo inadimplemento contratual ou pelo ato ilícito eventualmente resultante da publicidade falha[1033].

Nesse ponto é de se inferir que:

[1030] FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 113.

[1031] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 293-294.

[1032] MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 10/7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 18.

[1033] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 629/630.

> Se a publicidade 'errada', constitui ato ilícito despiciendo questionar a culpa, ou ainda mais exigir prova de dolo, pois sendo seu o risco, sua a obrigação de dominar sua esfera profissional, é sua a responsabilidade imputada objetiva (*cujus commodum, ejus periculum*). Neste caso a situação assemelha-se, face aos efeitos danosos já causados, a uma espécie análoga ao ato-fato ilícito, ato humano que entra no mundo jurídico como se fato fosse, logo não há que se perquirir do plano de validade, mas sim, no caso específico, *ex vi lege*, constatar e existência do ato, a imputabilidade e os efeitos danosos[1034].

Judith Martins Costa afirma que em matérias como a proteção do consumidor e do ambiente, os elementos subjetivos:

> [...] tendem a desaparecer, do ponto de vista da relevância jurídica conferida neste tipo especial de relação, acentuando-se, em contrapartida, a objetividade da conduta, isto é, o concreto conjunto de circunstâncias em que a oferta foi precedida e também a concreta expectativa que gerou, aos destinatários, acerca de seu fiel cumprimento[1035].

O sistema de defesa do consumidor possui o atributo da operabilidade e dipõe de normas eficazes e adequadas quanto à responsabilidade civil, notadamente quanto ao aspecto preventivo, as quais devem ser bem compreendidas e de fato aplicadas.

Como assevera Cláudia Lima Marques:

> Há necessidade de uma reação negativa do ordenamento jurídico no caso de descumprimento de princípios e deveres. Caso contrário, essas normas não terão efeito prático, mas somente revelar-se-ão como meras palavras programáticas e inefetivas. O CDC e seu regime de ética nas relações entre fornecedores e consumidores almejam justamente um efeito prático. Este efeito será conseguido se se tiver bem claro que o direito de danos (*Schadensrecht*) tem mais de uma função, não só ressarcimento dos danos efetivamente sofridos, mas também prevenção de futuros casos semelhantes e satisfação mínima para aqueles atingidos ou expostos ao ato do fornecedor, que receberiam ao menos seus danos negativos[1036]

[1034] MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 10/7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 18.

[1035] *Apud* BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 292.

[1036] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 623.

Para exemplificar a lição trazida pela citada autora citam-se as situações de deslocamento, tempo perdido, perda de uma chance.

O aspecto preventivo também é aplicado com o conceito de indenização por danos morais em valor elevado, para que sirva de exemplo e evite ações semelhantes futuras. Trata-se do aspecto educativo[1037] e punitivo da indenização. Os doutrinadores alemães atuais, influenciados pela doutrina norte-americana dos *punitive damages*, destacam a importância desta função "satisfativa" para a futura harmonia do mercado. O Código de Defesa do Consumidor tem forte finalidade educativa[1038].

No que tange à exclusão de responsabilidade, Nelson Nery Junior afirma que: "Apenas e tão-somente as circunstâncias mencionadas no CDC em *numerus clausus* como causas excludentes do dever de indenizar é que efetivamente podem ser invocadas pelo fornecedor a fim de eximi-lo desse dever"[1039].

Dessa forma, a alegação de força maior ou caso fortuito não tem o condão de afastar a responsabilidade do fornecedor que patrocinou a veiculação de uma mensagem publicitária enganosa, abusiva ou simulada[1040].

O Código de Defesa do Consumidor não exige que o consumidor tenha efetivamente adquirido o produto ou serviço. "Basta que ele seja exposto a mensagem publicitária que possa trazer um potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso. Pouco importa o público ao qual a publicidade se dirige. Todos são protegidos"[1041].

[1037] O Código de Defesa do Consumidor tem forte finalidade educativa.

[1038] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 632 e 662.

[1039] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 56.

[1040] Nesse sentido Valéria Furlan quanto à publicidade enganosa. FURLAN, Valéria C. P. **Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 117.

[1041] ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. **A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 53/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 18/19.

Considerando que a indenização é integral e efetiva, nas relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor não cabe indenização tarifada.

Fazer veicular uma publicidade enganosa ou abusiva constitui um ilícito civil. O responsável civilmente é aquele fornecedor que se "utiliza" da publicidade enganosa ou abusiva.

Assim, em princípio, os três atores principais do fenômeno publicitário – anunciante, agência e veículo – são responsáveis pelo anúncio *contra legem*. Isso porque a regra geral da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor é a da solidariedade.

Cláudia Lima Marques comenta que a jurisprudência do STJ tem considerado solidária a responsabilidade daquele que veicula e daquele que se aproveita da publicidade[1042].

Oportuno mencionar que em 1977, a CPI do Consumidor sugeria que no caso publicidade enganosa fossem considerados como responsáveis os anunciantes, as agências e os veículos[1043].

9.1.5.1 Responsabillidade solidária do anunciante, da agência, de publicitários e do veículo

O texto da Carta de São Paulo, emitida durante o 28º Congresso Internacional da Publicidade, em 1982, já assinalava que:

> O anunciante é responsável pelas informações, através das várias formas de publicidade, transmite à opinião pública e aos consumidores reais e potenciais de seus produtos e serviços. O anunciante deve ser exato nos dados utilizados na sua propaganda e, ao mesmo tempo, respeitar os princípios da concorrência leal que é uma das bases da economia de mercado[1044].

[1042] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 629/630.

[1043] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 89.

[1044] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 89.

No Código de Defesa do Consumidor, em regra, a responsabilidade é solidária entre todos os participantes do ciclo econômico-distributivo (art. 7º, parágrafo único, 18 e 25, § 1º). O anunciante, sua agência e o veículo são os grandes "senhores" do fenômeno publicitário"[1045].

O art. 3º da Lei 4.680/1965 conceitua a Agência de Publicidade nos seguintes termos:

> Art. 3.º A Agência de Propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitárias, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de Clientes Anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.

É dever das agências de publicidade manter dados e documentos que possam comprovar a veracidade das alegações que irão veicular. Devem, diante da documentação apresentada pelo anunciante, analisar e ponderar sobre a mensagem que pretendem produzir, com assessoramento especializado, inclusive jurídico, justo para se certificarem da licitude da produção publicitária. Ninguém é obrigado a cometer ilícitos. Assim, se a agência verificar que a publicidade é ilícita, deverá recusar a realização do respectivo serviço. O anunciante, por seu turno, deve oferecer dados precisos e verdadeiros.

Bem por isso, e considerando que a publicidade é um instrumento para mudar hábitos, recuperar a economia, criar imagem, promover o consumo, vender produtos e informar o consumidor, entende-se que cabe também ao gerenciador da mensagem publicitária a responsabilidade pelo seu conteúdo[1046].

Na lição de Valéria Falcão Chaise:

> O anunciante não pode ser o único responsável pela veiculação de publicidade enganosa. Os publicitários da agência podem, também,

---

[1045] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 35/36.

[1046] GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 76.

> ser responsabilizados, quando, por exemplo, não seguirem as especificações do *briefing* fornecido pelo anunciante[1047].

O entendimento de Paraguassú Lopes é no sentido de haver solidariedade entre a agência e o anunciante e argumenta que aquele que se arvorar a demonstrar aquilo que não é deve ser responsabilizado[1048].

Entendimento diverso é o de Claudia Lima Marques: "O CDC não se preocupa com a culpa e eventual responsabilidade civil da agência publicitária, que criou a mensagem abusiva responsabiliza apenas o fornecedor que se beneficia com a publicidade"[1049].

Ainda existem julgados divergente do STJ quanto à responsabilidade dos meios de comunicação[10501051]. Mas o mesmo raciocínio utilizado para as agências é válido para os meios de comunicação, com agravantes.

De fato, o meio de comunicação é o que leva efetivamente a mensagem publicitária aos consumidores. Bom frisar que os, em regra, os meios de comunicação são representados por aglomerados econômicos e têm toda condição de verificar a ilicitude da publicidade. Como ninguém está obrigado a cometer ilícitos, é dever, não somente ético, mas também jurídico, de recusar-se a veicular publicidade que contrarie o ordenamento jurídico.

Antonio Herman Benjamin assevera que nas situações em que se comprovar que a publicidade tem contéudo enganoso ou quando o meio de

---

[1047] CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107.

[1048] LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 35.

[1049] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 681.

[1050] As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 604172/SP RECURSO ESPECIAL 2003/0198665-8. Terceira Turma. Relator Min. Humberto Gomes de Barros (1096). Julgado em: 27/03/2007. Publicado DJ 21.05.2007, p. 568. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 jun. 2008.

[1051] É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 327257/SP RECURSO ESPECIAL 2001/0057239-4. Terceira Turma. Relator Min. Nancy Abdrighi (1118). Julgado em: 22/06/2004. Publicado em: DJ 16.11.2004, p. 272. Disponível em: Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 jun. 2008.

comunicação tiver ciência [...] da incapacidade do anunciante de cumprir o prometido, impossível deixar de reconhecer a responsabilidade civil do veículo, já não mais em bases contratuais, mas por violação ao dever de vigilância sobre os anúncios que veicula"[1052].

[1052] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 284.

10 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA PUBLICIDADE

Nelson Nery Junior relaciona os princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor em relação à publicidade: princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36); princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30); princípio da veracidade (art. 37, § 1º); princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2º); princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (art. 38); princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII) [1053].

10.1 PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE (ART. 31, C.C. O ART. 37, §§ 1º E 3º)[1054]

A propaganda e a publicidade, segundo se constata, não raro, "recorrem freqüentemente à mentira porque seu papel é o de exercer uma influência e, apenas acessoriamente, levar informações. As informações aqui são apenas meios de exercer a influência"[1055].

O princípio da veracidade da informação publicitária remonta ao tratamento legal da concorrência desleal. Significa a proibição do engano em matéria publicitária.

É o contraponto da publicidade enganosa, significando que esta não pode ser praticada. A publicidade deve ser correta e honesta, precisa e conter informação adequada ao consumidor. Visa a assegurar a escolha livre e consciente. Não pode haver convencimento e conquista do consumidor por

---

[1053] NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 67.

[1054] "Certo é que o Código de Defesa do Consumidor introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma série de novos deveres para o fornecedor que se utiliza (patrocina) da publicidade no mercado, como método comercial e de incitação ao consumo. O principal destes deveres é o de 'veracidade especial'". (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 615).

meio da mentira. O objetivo da publicidade é levar ao consumidor informações sobre o produto ou serviço e convecê-lo a comprá-lo, sem utilização de técnicas ardis. Caso contrário estaria maculada a verdadeira vontade do consumidor, que é atraído para um engodo e iludido ao adquirir um produto ou serviço em desconformidade com aquele efetivamente desejado. Ademais, faltariam os atributos necessários para uma aquisição válida: compra racional e consciente.

Bem analisa Judith Martins Costa o princípio, ao afirmar que "a compreensão do princípio da veracidade se *substancializa*, passando a adquirir a função de *forma de controle das condutas no mercado* fundada no dever geral de correção das condutas no mercado de consumo"[grifos no original][1056], inclusive à luz do art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Para assegurar a observância desse princípio, existe o dever de o fornecedor manter em seu poder todos os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem, conforme preceitua o art. 36, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Rizzatto Nunes, a respeito, leciona:

> O anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia de forma alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio[1057].

[1055] DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 25.

[1056] COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 222). Acrescenta Judith Martins Costa que "O reconhecimento da vulnerabilidade, e a relação existente entre esta e peculiar posição do consumidor frente à informação que lhe é prestada através da publicidade conduz ao aumento do caráter substancial do princípio da veracidade entendido em sua forma ampla. O Código impõe, ao fornecedor, um *dever geral de correção* o qual se explicita particularmente – embora não de modo exclusivo – em matéria de veiculação publicitária" (COSTA, Judith Martins. **A "guerra" do vestibular e a distinção entre a publicidade enganosa e clandestina.** Revista de Direito do Consumidor. n. 6/219. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 224/225).

[1057] Rizzatto Nunes. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 423.

No que se refere à mentira em sede de publicidade, existem dois tipos de critérios, os signos e as operações, conforme ensinamento de Guy Durandin[1058]:

a) o signo da mentira é o que se mostra ao interlocutor, o que se deixa perceber. Consiste em palavras faladas ou escritas, imagens, personagens, objetos ou fenômenos falsos, ações falsas, documentos falsos;

b) as operações da mentira são os diferentes tipos de transformações que o anunciante emprega na representação da realidade. Podem ser de três tipos:

b.1.) fazer acreditar que não existe uma coisa que existe;

b.2.) fazer acreditar, ao contrário, que existe uma coisa que não existe; e

b.3.) deformar uma coisa que existe.

A mentira é a combinação de uma operação com um ou vários tipos de signo.

Na presente pesquisa, interessa aprofundar a mentira pelo signo imagem que pode ser fixa (desenhos ou fotografias) ou em movimento. Seu potencial de enganosidade é maior porque a imagem assemelha-se à realidade.

Na avaliação de Guy Durandin:

> Na medida que uma imagem é um signo *não* convencional e não constitui afirmação explícita, ela permite fazer acreditar que um produto tem qualidades, sem mentir formalmente sobre suas caracterísitcas[grifo no original][1059].

No caso da publicidade subliminar, há símbolos e imagens não exibidos por si mesmos, mas para significar outra coisa. É a dimensão do aparente do oculto. Assim, veicula-se alguma coisa para o consumidor decodificar. A mensagem subliminar não é signo de natureza convencional e seu emprego tem mais a ver com astúcia do que com a mentira no sentido habitual do termo.

[1058] DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 59.

[1059] DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 64.

Guy Durandin distingue da seguinte forma a mentira da astúcia: na mentira empregam-se - desviando-se de seus sentidos - signos que foram objeto de uma convenção ou quase convenção; a astúcia refere-se aos engodos que não utilizam signos convencionais. De qualquer forma, nos dois casos existe o engano[1060].

Desses ensinamentos depreende-se que a publicidade subliminar viola o princípio da veracidade.

10.2 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO)

O princípio em tela tem origem na doutrina do *ad substantiation* norte-americana. Nos EUA, a FTC aplica a doutrina da injustiça em três áreas principais:

> (1) comprovação de propaganda, vale dizer, os anunciantes devem provar o que dizem (2) práticas promocionais dirigidas a crianças e (3) regras de regulamentação do comércio. [...] o programa de comprovação da propaganda exige que os anunciantes tenham documentação (resultados de testes ou outros dados) comprovando que têm uma base racional para fazer a alegação antes que a propaganda seja veiculada[1061].

Por esse princípio, o fornecedor deverá veicular a publicidade somente fundada em 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 dados.

Como bem destaca Giacomini Filho:

> Quando se apregoa uma atitude mais responsável da publicidade, é no sentido de ela cobrar dos clientes laudos sobre os produtos que anuncia, testes de qualidade, relatórios de organismos independentes sobre sua eficiência, pois a relação paternalista ou superficial entre estes dois componentes do negócio publicitário só

[1060] DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 66.

[1061] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 71.

> conduz os problemas a uma polêmica sem fim e lesiva aos interesses sociais[1062].

Esse dever é imposto tanto aos anunciantes, como aos seus agentes publicitários e veículos[1063].

De tão relevante que é o princípio, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 69, fez previsão de tipo penal para o fornecedor-anunciante que não observar a obrigação, cominando pena de 1 a 6 meses, ou multa para o infrator.

Ao contrário do que ocorre com a regra do Código de Defesa do Consumidor inserida no art. 6º, VIII, a qual dispõe que a inversão do ônus da prova fica a cargo do juiz no caso de verossimilhança da alegação ou de hipossuficiência do consumidor, devem ser verificadas as condições do caso concreto. Na hipótese da publicidade, sempre ocorrerá a inversão do ônus da prova (art. 38), que se opera *ope legis*, e não *ope juris*, como ocorre na primeira hipótese.

A existência desse princípio se justifica na medida em que o consumidor não pode, ou poderia com muita dificuldade, realizar os testes e experimentos necessários para comprovar a falsidade da mensagem. Assim, a lei determina que fique a cargo do fornecedor a prova da veracidade do que foi veiculado, principalmente no que tange às características do produto ou serviço.

10.3 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE (ART. 36, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, pronta e facilmente, a identifique como tal.

Cláudia Lima Marques, nesse sentido, destaca que:

[1062] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 89.

[1063] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 180.

> A idéia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço, [...] visa a garantir ao consumidor a ciência de que não se trata de informação imparcial, mas de informação finalística para o consumo de determinado produto ou serviço e o dever de conduta leal publicitária[1064].

O princípio analisado, como bem adverte Melina Trentin:

> Tem sua origem justamente na idéia da necessidade de conscientizar o consumidor de que ele é destinatário de uma mensagem que pretende vender-lhe algum produto ou serviço, pretende convencê-lo a adquirir algo, a consumir um produto ou serviço[1065].

Rizzato Nunes ensina que:

> O texto do *caput* do art. 36 repete em parte a norma do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (art. 9º, *caput*), que, como vimos, diz que a atividade publicitária tem de ser sempre ostensiva.
> No *caput* do art. 36 a lei determina que, além de ostensivo, o anúncio publicitário deve ser claro e passível de identificação imediata pelo consumidor. É a proibição da chamada 'publicidade clandestina'[1066].

Assim, está proibida a publicidade travestida de reportagem, programas veiculados na televisão ou anúncios impressos que impedem a imediata visualização do produto ou serviço.

José Geraldo Brito Filomeno entende que o *merchandising* não fere o princípio da identificação da publicidade, desde que o consumidor possa distinguir a publicidade como tal e seja capaz de discerni-lo no contexto da peça, novela ou filme, quer pelo logotipo exibido, pelo diálogo travado entre os atores ou outro meio audiovisual, devendo-se evitar a inserção grosseira de uma mensagem publicitária e matérias sub-reptícias[1067].

[1064] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 658 e 616.

[1065]TRENTIN, Melina Penteado. **A publicidade abusiva e o racismo.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 90).

[1066] NUNES Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006, p. 461.

[1067] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 180.

No mesmo sentido Cláudia Lima Marques aponta: "Parece-nos que a norma do art. 36 do CDC não deve ser interpretada de forma a proibir a utilização do *merchandising* no Brasil"[1068].

Antônio Carlos Efing entende de forma diversa quando considera que há ilicitude do *merchandising*[1069], pois é vedada publicidade implícita que confunda o consumidor e lhe dificulte a identificação do bem ofertado.

No mesmo sentido é o entendimento de Suzana Maria Federighi. Para a autora o princípio em comento afasta a possibilidade do *merchandising* e das publicidades subliminares[1070].

Assim, suspeita-se que o princípio está mesmo a vedar o *tie in*. Nas palavras de Marcelo Costa Fadel:

> Inobservado o princípio da identidade, sua inserção [publicidade clandestina] nestes contextos [reportagens, notícias científicas, peças teatrais] torna-se aparentemente casual e sem fins econômicos – o consumidor não percebe que se trata de *merchandising* e absorve aquela forte sugestão sem qualquer ressalva[1071].

Quanto ao *teaser*, a forma como é utilizada é que pode ser considerada violadora do princípio da identificação. Se se tratar de *teaser* com o condão de causar prejuízo ao consumidor, diante de seus termos pouco claros, ambíguos, obscuros, certamente ferirá o princípio.

O *teaser* deve ser elaborado de tal maneira que não viole nenhum princípio, de forma a causar prejuízo ao consumidor ou impingir-lhe comportamento antijurídico.

Narra Filomeno[1072] anota caso de *teaser* ilegal. Foi realizada publicidade em *outdoors*, na cidade de Manaus, com os seguintes dizeres: "O

[1068] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 659.

[1069] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direitos das Relações de Consumo**. 2ª edição revista e atualizada, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 190.

[1070] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 84.

[1071] FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conar.** Revista de Direito do Consumidor n. 50/153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165.

[1072] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 180/181.

FRIO ESTÁ CHEGANDO AO AMAZONAS – O CLIMA DE TODO O PLANETA, ALIÁS ESTÁ MUDANDO!" "PREVINA-SE, O QUANTO ANTES"! "DEPOIS NÃO ADIANTA RECLAMAR"!

Pois bem. Em razão do anúncio certas pessoas compraram cobertores e roupas mais quentes.

o prejuízo causado por *teaser* com informação ambígua, que levou determinadas pessoas a comprarem algo inútil, considerado o clima tropical de Manaus, neste caso, ficou evidenciado. Não há dúvida que aquela modalidade de *teaser* é antijurídica.

A proposta do *teaser* é unicamente aguçar a curiosidade do consumidor, para que fique aguardando com maiores expectativas a publicidade efetiva veiculadora do produto ou do serviço a ser lançado; nada mais. Caso contrário, o consumidor fará jus à indenização pelos prejuízos havidos.

No que tange à publicidade que utiliza mensagens subliminares, precioso é o ensinamento de Melina Penteado Trentin:

> A idéia básica é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que os dados e informações que lhe são transmitidos não o são gratuitamente mas visam promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço, têm a clara intenção de fazê-lo consumir.
> O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária é comum no direito comparado e tem por fim tornar o cidadão que recebe a mensagem – um potencial comprador e, portanto, um possível consumidor – consciente de que é destinatário de uma mensagem publicitária.
> Em conseqüência, tal princípio veda a existência de mensagens subliminares, proibidas em todo o mundo desde os anos 70 por seu grande e perigoso potencial de sugestão – que no sistema do CDC seria considerada ilícito civil[1073].

Cláudia Lima Marques entende da mesma forma:

> O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária, instituído no art. 36, tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de vender-lhe algum produto ou serviço. Este princípio serve de um lado para proibir a chamada publicidade

[1073] TRENTIN, Melina Penteado. **A publicidade abusiva e o racismo.** Revista de Direito do Consumidor n. 11/84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 90).

> subliminar, que no sistema do Código de Defesa do Consumidor seria considerada prática de ato ilícito, civil e mesmo penal[1074].

João Batista de Almeida afirma que "o objetivo é coibir a publicidade clandestina, inclusive a subliminar"[1075]. No mesmo sentido Wilson Carlos Rodycz[1076], para quem, pelo art. 36, *caput,* "tornou-se ilegal a publicidade clandestina, oculta ou dissimulada, como é o *merchandising*. Para não incorrer em ilegalidade, esse tipo de publicidade precisará ser precedida de algum aviso da sua existência"[1077].

Em idêntico sentido José Geraldo Brito Filomeno assevera que o princípio tem por escopo proibir a veiculação de mensagens ocultas, dissimuladas ou que não sejam distinguidas ou percebidas como tais. Defende que o correto teria sido a utilização, pela lei, dos termos "distinga" ou "perceba"[1078].

Em França, Jean Clais-Auloy tem o mesmo entendimento :

> A publicidade televisiva deve ser facilmente identificada como tal; ela deve, portanto, ser separada do resto do programa por telas reconhecíveis por suas características óticas e acústicas; ela não deve ser clandestina, utilizar técnicas subliminares, nem apelar a apresentadores de jornais televisivos e de revistas de atualidades[tradução nossa].[1079]

O CBAP determina que o anúncio deve ser claramente identificado como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação (art. 28).

[1074] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 674.

[1075] ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

[1076] RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 65.

[1077] RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade.** Revista de Direito do Consumidor 8/50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 65.

[1078] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 180.

[1079]"La publicité télévisée doit être aisément identifiable comme telle; elle doit donc être séparée du reste du programme par des écrans reconnaissables à leurs caractéristiques optiques et acoustiques; elle ne doit pas être clandestine, ne dois pas utiliser des techniques subliminales, ne doit pas faire appel à des présentateurs de journaux télévisé et de magazines d`actualité". AULOY, Jean-Calais; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 166.

No art. 29 do CBAP está expresso que:

> [...] não se ocupa da chamada 'propaganda subliminar', por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente inconteste. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos 'subliminares' em publicidade ou propaganda.

10.4 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA OU DA OBRIGATORIEDADE DO CUMPRIMENTO (ARTS. 30 E 35)

Trata-se de conseqüência do princípio da oferta vinculante. A publicidade vincula o fornecedor, obrigando-o ao cumprimento dos termos anunciados, integrando toda a informação veiculada, o futuro contrato a ser entabulado.

Assim, a publicidade veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30).

O fornecedor não é obrigado a se utilizar da publicidade, mas tendo adotado esse meio de divulgação, fica obrigado a contratar exatamente nos termos prometidos, absolutamente todos os contornos anunciados.

A redação do artigo 427 do Código Civil é semelhante a do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor ("A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, de natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso").

Por esse princípio procura-se combater aquela forma de publicidade que visa unicamente a atrair o consumidor ao estabelecimento do fornecedor[1080] (publicidade-chamariz)[1081], prática vedada inclusive pelo princípio da boa-fé.

[1080] Trata-se do *bait and switch* que consiste no anúncio sem vontade de vender, mas de atrair o consumidor ao estabelecimento e fazê-lo adquirir outro bem diverso do anunciado.

[1081] Prática também conhecida por produto-isca, "trata-se de promover a venda de um produto para motivar a ida do consumidor ao local, ocorrendo que o produto é oferecido em

Como bem afirma Cláudia Lima Marques:

> O CDC visa modificar as práticas comerciais no mercado brasileiro, aumentando o *respeito* devido ao consumidor como parceiro contratual, que não deverá ser tirado de casa para aproveitar uma 'falsa' oferta a preços reduzidos [grifo no original][1082].

Em relação a erratas, ou seja, veicula-se um anúncio publicitário no qual consta determinado preço ou produto, mas, após, o fornecedor retrata-se sob o argumento que ocorreu um erro no anúncio, José Geraldo Brito Filomeno[1083] entende que o art. 429, parágrafo único do Código Civil[1084] representa grande novidade. A partir desse dispositivo, na avaliação desse autor, a validade da revogação da oferta publicitária dependerá da forma como foi realizada a oferta inicial, notadamente no que tange à exigida ressalva antecipada, e, sobretudo, da forma pela qual se fez (idêntica dimensão da oferta) e do motivo pelo que se fez (equívoco ou erro justificável).

Antônio Herman Benjamin entende que:

> O princípio da vinculação não é afastado ou mitigado por informações contraditórias ou divulgadas *a latere* do anúncio, ou, ainda, 'colocadas à disposição dos consumidores' pelo fornecedor em documento complementar ao anúncio. [...]
> Uma vez veiculado o anúncio, incabível é a discussão sobre eventual consentimento do anunciante. O consentimento deste manifesta-se e passa a operar no instante em que decide usar a via publicitária[1085].

A oferta é irrevogável. No sistema do Código e Defesa do Consumidor, de acordo com Cláudia Lima Marques, irrevogável significa "que o ato criado não desaparecerá do mundo jurídico por vontade unilateral

---

quantidade limitada e o consumidor, para não perder a viagem, resolve levar produtos similares ou até outros produtos" (GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 79).

[1082] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 603.

[1083] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 179.

[1084] Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada

[1085] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 285, 287.

do fornecedor, uma vez criado e válido terá efeitos, pelo menos o da *vinculação*"[grifo no original][1086]. Mais: "Se na visão tradicional a oferta já é um fator criador de vínculos, na visão do CDC este poder de vinculação (*Bindung*), desta declaração negocial, destinada ao consumo, é multiplicado"[1087].

A autora faz mais a seguinte análise:

> Trata-se de mais um mandamento de proteção da segurança e da harmonia social (Vertrauensgebot), o qual imporia àqueles que utilizarem da publicidade suportar riscos profissionais mais elevados, uma vez que visando lucro (direta ou indiretamente), uma vez que participando de sua atividade negocial (esfera de necessário controle do empresário) e atingindo um número indeterminado, em grau não controlável, de pessoas (grupo a tutelar)[1088].

E completa:

> O fornecedor brasileiro deverá prestar mais atenção nas informações que veicula, seja através de impressos, propaganda em rádio, jornais e televisão, porque estas já criam para ele um vínculo, que no sistema do CDC será o de uma obrigação pré-contratual, obrigação de manter a sua oferta nos termos em que foi veiculada e cumprir com seus deveres anexos de lealdade, informação e cuidado[1089].

Antonio Herman Benjamin apresenta sólidos argumentos para a vinculação, mesmo na hipótese de alegado "erro" no anúncio[1090].

[1086] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 602.

[1087] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 602.

[1088] MARQUES, Cláudia Lima. **Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor n. 10/7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 17. Assim, Marques conclui que "A vinculação publicitária é "um novo risco profissional", vale dizer, "atuação a qual a lei impõe deveres especiais (através de norma de ordem pública) não transferíveis aos consumidores, nem mesmo através de previsão contratual" (*Apud* BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 291).

[1089] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 623.

[1090] 1. Uma vez veiculado o anúncio, incabível é a discussão sobre eventual consentimento do anunciante. O consentimento deste manifesta-se e passa a operar no instante em que decide usar a via publicitária.

A teoria dos atos próprios também representa instrumento adequado para justificar a vinculação mesmo na hipótese de "erro". Dessa feita, a parte deve proceder de forma coerente com o agir inequívoco externado, não podendo simplesmente deixar de cumprir o que criou legítima expectativa em relação à outra parte, ao contrário estaria a quebrar a confiança e a lealdade.

Dessa forma, surgiram princípios para direcionar a correta conduta dos interessados, como o *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*.

Ademais, "a oferta publicitária é "contato social de consumo", que não aceita disciplina própria dos atos jurídicos. Independendo o fato publicitário "da vontade para produzir efeitos", é juridicamente irrelevante qualquer atuação *posterior* do policitante publicitário no sentido de limitar, reorganizar ou extinguir os resultados vinculantes do seu discurso, eficazes a partir do momento que se deu a exteriorização (*rectius*, "exposição",

---

2. Na mensagem publicitária não há qualquer fase de negociação; o anúncio é uma peça absolutamente unilateral (*one-sided message*). Ora, inexistindo negociação, fica o consumidor completamente à mercê do anunciante, que lhe propõe, mediante o anúncio, o que quer, quando quer, da forma que quer e com a duração que quer.

3. A publicidade é mais "discurso" do que propriamente "comunicação", que pressupõe reciprocidade de papéis. Trata-se de uma estipulação unilateral, com poderosíssimo potencial de influência do consumidor.

Por isso mesmo, o anunciante (e só ele!) tem, em suas mãos, todos os mecanismos de controle do anúncio. Aliás, para tal tarefa, contrata e utiliza profissionais (publicitários, por exemplo) e empresas (os veículos, por exemplo) especializados. Em compensação, o consumidor se depara com o "fato publicitário consumado".

Apenas o anunciante tem os meios (materiais, técnicos e econômicos) para evitar que eventual equívoco no anúncio possa atingir terceiros, vindo a causar danos.

4. O proveito econômico *direto* do anúncio é, fundamentalmente, do anunciante. Não se pode, pois, passar ao consumidor-vítima, que não lucra economicamente com a atividade, os riscos a ela inerentes. Seria mais um caso de apropriação unilateral de vantagens e socialização de custos

Sendo pública a oferta publicitária (opera no plano da comunicação de massa), maiores são seus benefícios para o anunciante, e, paralelamente, maiores também são seus riscos. O anunciante, ao optar por ela, explícita ou implicitamente, assume – ou deve assumir – os encargos que acompanham as facilidades. (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 296).

consoante o art. 29 do CDC). Numa palavra, a oferta publicitária é "irretratável", o que determina a "inviabilidade de arrependimento"[1091].

A vinculação sem a natureza tradicional do negócio jurídico, própria como efeito da publicidade, liga-se com as chamadas relações contratuais de fato, que "dizem respeito àquelas situações jurídicas em que nascem direitos e obrigações próprios dos contratos, sem que esteja em sua base um acordo de vontades"[1092]. Este estudo, vale lembrar, foi iniciado por Günter Haupt. Para viabilizar a compreensão do surgimento de direitos e deveres sem o suporte contratual, foi moldado o conceito de contrato social.

Köndgen mostra que a atividade publicitária é opção do fornecedor, que age por livre determinação, e que por suas características de atividade profissional (risco próprio) e por seus importantes e irreversíveis efeitos na sociedade faz nascer vínculos obrigacionais.

Cláudia Lima Marques relata que:

> Köndgen concluiu que há vinculação própria por uso (ato lícito) da publicidade na sociedade de massa. Uma das bases para tal vinculação encontra ele na *responsabilidade pela confiança (Vertrauenshaftung)* despertada pela atividade dirigida a profissional do fornecedor; confiança que representa o efeito provável daquele tipo de declaração na sociedade (trata-se também de um *standard* objetivo)[grifos no original][1093].

Aqui também se aplica a responsabilidade pela confiança despertada. No caso da publicidade "reconhece-se um estado de sujeição à atuação do outro, de aceitar ou não a oferta, no prazo razoável e nas condições que foi feita"[1094].

Com os novos veículos de comunicação de massa é impossível ao fornecedor calcular quantos consumidores estarão recebendo a sua "oferta"

[1091] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 296.

[1092] CHAISE, Valéria Falcão. A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65.

[1093] *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 606/610.

[1094] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 630.

para poder, após, exigir o seu cumprimento (art. 35 do CDC). Bem por isso, o fornecedor deve ter ciência das conseqüências de sua oferta, responsbilidade e cuidado redobrado naquilo que divulga.

No Código de Defesa do Consumidor, o equívoco inocente, vale dizer, conduta não culposa, não exclui a responsabilidade do fornecedor, conforme arts. 12, 14, 18 e 23. Assim, não seria apenas no plano da publicidade desses mesmos produtos e serviços que o equívoco inocente o livraria da responsabilidade decorrente do princípio da vinculação. A desconformidade da publicidade é em tudo igual àquela pertinente à qualidade ou quantidade dos bens de consumo[1095]

Na hipótese de descumprimento do quanto anunciado na publicidade, o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos exatos termos da oferta veiculada na mensagem publicitária (art. 35, I), aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente (art. 35, II) ou resolver o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventual indenização (art. 35, III), sendo a responsabilidade objetiva.

10.5 PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE (ART. 31, C/C ART. 37, §2º)

O preceito em tela tem relação com o princípio da boa-fé. A publicidade deve pautar-se por padrões éticos de forma a impedir que o consumidor venha a tomar atitudes que lhe sejam prejudiciais, agridam valores, crenças ou a própria consciência.

Essa modalidade de publicidade não é mentirosa ou enganosa, mas, conforme a lição de João Batista de Almeida, "é distorcida, desvirtuada dos padrões da publicidade escorreita e violadora de valores éticos que a

---

[1095] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 293.

sociedade deve preservar"[1096]. É capaz de viciar a vontade do consumidor, podendo apresentar uma conduta prejudicial à sua saúde, segurança ou vida.

Por esse princípio o publicitário deve levar em consideração o consumidor. De todo modo, não pode, a pretexto da livre iniciativa, da obtenção de lucro, comprometer interesses ou violar direitos maiores do consumidor, tais como a sua incolumidade psíquica e física, a defesa ambiental, bem como "valores subjacentes à relação de consumo, que não estão diretamente ligados àquele ato de consumir, mas ao apelo que leva o consumidor a se interessar pelo produto ou serviço"[1097].

Todavia, como se constata, no mundo dos fatos esses objetivos acabam ficando no campo das " boas intenções". O apelo do mercado capitalista de produção e a lógica do lucro são mais fortes. O pensamento de Gino Giacomini Filho corrobora essa assertiva:

> Entre o consumidor e a empresa, a relação deve ser a da plena identificação, da ausência de distância; entre os indivíduos não há lugar para o reconhecimento do outro: a busca pelo indivíduo dos seus interesses econômicos ('lucro') dá-se em detrimento do estabelecimento de uma relação que leve o outro em consideração[1098].

A publicidade que utiliza técnicas obscuras é abusiva. Mesmo que se alegue não haver prova da eficácia da mensagem subliminar, o consumidor não é cobaia humana para testá-la.

[1096] ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 119.

[1097] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 85.

[1098] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4 ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 15.

10.6 PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO DESVIO PUBLICITÁRIO (ART. 38)

Esse princípio é conseqüência direta do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e visa a amenizar os efeitos produzidos pela publicidade ilícita.

Ao contrário do que ocorre na regra geral de inversão do ônus da prova, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, VIII, segundo o qual a inversão do ônus da prova se dá por obra do julgador (*ope judicis*), a depender da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor, no caso da prova da veracidade e correção da informação publicitária, incide o princípio sob comento. Pelo fundamento desse princípio, a inversão se dá sempre de forma obrigatória (*ope legis*), independentemente de pronunciamento judicial, ou seja, cabe sempre ao patrocinador (fornecedor interessado na sua veiculação) a prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária[1099]. Isso porque é praticamente impossível o consumidor provar a correção e a veracidade da informação ou comunicação publicitária, devido às suas limitações técnicas e econômicas.

O Decreto n. 2.181/1997, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, estabelece idêntica regra.

[1099] Nelson Nery Junior aponta que para "a prova da veracidade da publicidade, quando imputada de enganosa ou abusiva pelo consumidor ou por qualquer dos legitimados constantes do art. 82, CDC, a inversão não mais se dá por obra exclusiva do juiz, mas se opera *ope legis* (art. 38), incumbindo esse ônus *sempre* ao fornecedor. [...] na hipótese do art. 38, CDC, a inversão é automática, sempre cabendo ao fornecedor o ônus de provar a veracidade ou não abusividade da publicidade a seu cargo. O magistrado, aqui, nada poderá valorar, pois se encontra jungido à norma que determina seja conferido o ônus da prova ao fornecedor que, se dele não se desincumbir satisfatoriamente, verá pronunciado o *non liquet* em seu desfavor" (NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 55).

10.7 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO – CONTRAPROPAGANDA (ART. 56, XII E 60)

Nos Estados Unidos da América acredita-se que o programa de propaganda corretiva é o mais importante dos programas de fornecimento de informações da FTC.

Sobre a propaganda corretiva, Terence Shimp ensina:

> A propaganda corretiva baseia-se na premissa de que uma empresa que induziu os consumidores a erro deve usar futuras propagandas para retificar quaisquer impressões enganosas que tenham sido criadas na cabeça do consumidor. Em outras palavras, o propósito da propaganda corretiva é evitar que uma empresa continue a enganar os consumidores, e não o de punir a empresa[1100].

Contudo, entende-se de forma diversa. A contrapropaganda tem escopo punitivo e pedagógico, decorrente da principiologia do Código de Defesa do Consumidor. Segundo Suzana Maria Federighi, não se confunde com a *contre-publicité* dos franceses, que tem como função "difundir críticas sobre produtos e serviços encontráveis no mercado"[1101].

A contrapropaganda ou contrapublicidade (termo apropriado considerando a diferenciação doutrinária entre publicidade e propaganda) cabe sempre diante da existência de publicidade enganosa ou abusiva, às expensas do anunciante (art. 60, *caput*) e será divulgada com a mesma forma, freqüência, dimensão, veículo de comunicação, local, espaço e horário (parágrafo único, do art. 60). Não tem natureza preventiva, mas reparatória.

Observa-se, pois, que houve um lapso do legislador; já o art. 60 *caput* remete ao art. 36 e seus parágrafos quando deveria remeter ao art. 37 e parágrafos.

O art. 56, XII do Código de Defesa do Consumidor, trata, do ponto de vista de tutela administrativa, da punição em relação à veiculação de publicidade enganosa e abusiva.

[1100] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 71/72.

[1101] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 119.

Entretanto, a proteção do bem tutelado pelo princípio em comento deixou a desejar, notadamente diante das disposições do Decreto n. 2.181/1997. Isso ocorreu, em boa parte, em razão dos vetos dos parágrafos 2º e 3º do art. 60. Os parágrafos vetados foram os seguintes:

> §2º A contrapropaganda será aplicada pelos órgãos públicos competentes da proteção ao consumidor, mediante procedimento administrativo, assegurada a ampla defesa, cabendo recurso para o Ministro de Estado da respectiva área de atuação administrativa, quando a mensagem publicitária for de âmbito nacional.
>
> §3º Enquanto não promover a contrapropaganda, o fornecedor, além de multa diária e outras sanções, ficará impedido de efetuar, por qualquer meio, publicidade de seus produtos e serviços.

Uma análise das razões do veto aponta que a imposição de contrapropaganda, sem que se estabeleçam parâmetros legais precisos, pode dar ensejo a sérios abusos, os que poderão redundar até mesmo na paralisação da atividade empresarial, como se infere, aliás, na disposição do § 3º do art. 60. Por outro lado, é inadmissível, na ordem federativa, atribuir a Ministro de Estado competência para apreciar em grau de recurso a legitimidade de atos de autoridade estadual ou municipal, tal como previsto no § 2º do mesmo artigo.

Contudo, a autoridade administrativa, por sua própria natureza jurídica, está autorizada a realizar atos de poder de polícia, como reza no art. 78 do Código Tributário Nacional.

Dessa forma, ao contrário da justificativa contida no veto, na análise de José Geral Brito Filomeno:

> A tão decantada **contrapropaganda**, instrumento de grande dissuasão para os fornecedores inescrupulosos, deveria, sim, ser determinada pela **autoridade competente, dotada de poder de polícia administrativa, dentro da órbita de atuação** (grifos no original) [1102].

Em razão dos vetos aos parágrafos mencionados do art. 60, a doutrina entendeu que a contrapropaganda somente poderia ser imposta por

---

[1102] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 182.

meio de tutela jurisdicional[1103], a ser provocada por um dos legitimados pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, mediante ação civil pública e não por meio do poder de polícia praticado pela Administração.

Assim, a regulamentação da contrapublicidade é reles, mesmo com a edição do Decreto Federal n. 2.181/1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n. 8.078/1990, revoga o Decreto n. 861/1993 e dá outras providências, já que este diploma legal não tratou o modo de se efetivar a contrapropaganda, nem indicou as autoridades competentes para tanto. O respectivo art. 19 trata apenas da imposição de multa.

Carlos Alberto Bittar entende que a contrapublicidade somente pode se dar judicialmente e sempre contra o patrocinador da mensagem, que deverá suportar o encargo, mas que terá direito de regresso contra a agência[1104]. Também mantém esse entendimento Nelson Nery Junior[1105].

A contrapublicidade não tem natureza preventiva, mas reparatória, possuindo o condão de minimizar o efeito deletério causado pela publicidade ilícita, uma vez que é impossível retornar-se ao *status quo ante*. Contudo, trata-se de medida salutar apta a despertar o consumidor para o ato praticado pelo fornecedor, podendo, em muito, reduzir ou evitar prejuízos, além de servir como fator desestimulante de práticas nocivas veiculadas por meio da publicidade, tanto do ponto de vista moral como econômico.

Pois bem. A contrapublicidade deve ser veiculada no mesmo veículo, nos mesmos moldes, inclusive com o mesmo apelo conceitual ou emocional que a publicidade ilícita, devendo "chamar a atenção para aquilo

---

[1103] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 182.

[1104] BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor : Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. Atualização de Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 54.

[1105] "o art. 56, XII, do CDC prevê a contrapropaganda (*corrective advertising, contrepublicité, annonces rectificatives, pubblicità correttiva*), que pode ser aplicada como penalidade administrativa ou imposta por ordem judicial, às expensas do anunciante com o mesmo destaque e no mesmo veículo onde se verificou a publicidade enganosa ou abusiva" (NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor**. *In* Revista de Direito do Consumidor n.3/44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 69/70).

que foi ameaçado, de forma quase didática"[1106], pois "a desvinculação entre publicidade e contrapublicidade, esvazia o conteúdo da previsão sancionatória e educativa"[1107].

Em França é adotada a contrapublicidade, mas é facultativa e pouco aplicada pelos juizes[1108].

[1106] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva – Incitação à Violência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 120.

[1107] FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência, p. 120.

[1108] AULOY, Jean-Calais; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7ª Edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 150.

11 REGIME JURÍDICO DA PUBLICIDADE

A regra geral do Código de Defesa do Consumidor é a responsabilidade civil objetiva. Em conseqüência, o anunciante deverá cumprir o que prometeu e indenizar os danos sofridos pelo consumidor independentemente de culpa. Também existe a responsabilidade administrativa (art. 56, XII, e 57 c/c o art. 60, *caput* e §1º) e penal (arts. 66 a 69 e inciso VII, do art. 7º, da Lei 8.137/1990).

O veto do §4º do art. 37[1109] revelou-se inócuo, já que as medidas vetadas podem ser concedidas em ação judicial, ante a natureza da prestação jurisdicional, que dispensa autorização legal específica. Assim, o consumidor pode pleitear indenização por danos materiais e morais, cumprimento e abstenção da prática de ato, estas duas últimas sob pena de execução específica para a hipótese de descumprimento.

A prática publicitária mendaz ou omissiva, no que concerne a dados essenciais que deveria conter, acarreta o direito à indenização. Esta decorre do princípio da vinculação (art. 30 do Código de Defesa do Consumidor).

Havendo descumprimento de qualquer das especificações contidas no art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, as quais o fornecedor está vinculado se fizer veicular pela publicidade, o consumidor poderá exigir o respectivo cumprimento forçado, a aceitação de um outro produto ou a prestação de serviço equivalente ao ofertado ou a resolução do contrato, com a devolução de valores eventualmente antecipados.

O anunciante que alegar erro tem o ônus de provar eventual má-fé do consumidor ao afirmar que acreditou na mensagem, já que a boa-fé é presumida.

[1109] Parágrafo quarto - Quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e de contrapropaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente. (Vetado).

Mesmo que haja anulação do negócio, subsiste a responsabilidade pelos danos acarretados ao consumidor.

Para Valéria Falcão Chaise:

> O principal responsável é o anunciante, tendo em vista que é ele quem contrata especialistas (o publicitário, a agência) para produzir a mensagem e é ele, também, quem aprova ou não a campanha, para, posteriormente, esta ser distribuída ao público pela mídia. O anunciante tem obrigação de vigilância, cabendo-lhe controlar, antes da difusão, o conteúdo da publicidade, pois ele, como ninguém, conhece o produto ou serviço que está anunciando[1110].

A publicidade é um poderoso meio de divulgação e incremento da venda de produtos e serviços. Entretanto, representa um novo risco profissional para o fornecedor, notadamente no que tange a eventual "erro", risco este que os deveres de conduta impostos ao fornecedor *ex vi legis* não permite transferir de volta ao universo difuso ou identificável de consumidores[1111].

O anunciante tem direito de regresso contra a agência que causou o erro (art. 13, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor).

O regime jurídico da publicidade dissimulada, oculta, clandestina ou indireta e subliminar é o mesmo da enganosa e abusiva, já que delas são espécies.

A propósito, não é digno de amparo jurídico o tratamento dado ao consumidor por anunciante que acaba por enganá-lo, ludibriá-lo, pertubar-lhe a psique ou prejudicar a sua saúde.

Conforme anota Guy Durandin:

> A capacidade de uma população em decodificar a publicidade depende, assim como da propaganda, de seu grau de informação e instrução [...] as pessoas pouco instruídas nunca sabiam distinguir a publicidade clandestina da informação [...] as crianças, até a idade de dez anos, e até mais, não sabem nada da organização da

---

[1110] CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107.

[1111] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 627.

> publicidade e da profissão publicitária [...] Ignoram assim a natureza e a multiplicidade dos processos realizados para seduzi-las[1112].

O relato se refere ao um dos países mais desenvolvidos do mundo, a França. No Brasil a situação apresenta-se mais acentuada por motivos óbvios.

O regime jurídico diferenciado da publicidade é necessário e justifica-se na medida que ela tem "características próprias (exigüidade do tempo, incitação à fantasia, apelo visual etc.), que deverão ser levadas em conta"[1113].

Koendgen considera que a informação veiculada cria uma "expectativa de qualidade", que será incluída pelo consumidor no contrato, quando o fizer. Ele vê na publicidade uma força capaz de manipular a ação do consumidor, criando persuasão no sentido de que aquele produto preencherá determinada necessidade social, econômica (real, fictícia) ou psicológica. Considera que devam existir limites bem claros para a publicidade (proibição de publicidade subliminar, da publicidade chamada sugestiva), ou esta incitação à conclusão do contrato poderá representar um "elemento delitual" da publicidade apto a causar danos ao consumidor. O consumidor enganado poderia exigir o ressarcimento dos prejuízos ("interesses negativos") que sofreu ao fechar determinado contrato, se induzido pela publicidade[1114].

Dessa forma, aquele que veicula qualquer dessas modalidades de publicidade fica obrigado a reparar os danos causados, pois não observou os deveres de cuidado e de informação clara para com o consumidor.

Por outro lado, Schumacher destaca "a responsabilidade que deve haver na mensagem publicitária sobre produtos, que podem trazer algum

---

[1112] DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997, p. 38.

[1113] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 654.

[1114] *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 636/637).

tipo de risco à saúde do consumidor"[1115]. Ora, como se viu, a publicidade que emprega técnica subliminar pode causar prejuízo à saúde das pessoas (caso Pokémon).

Frise-se que, se a técnica subliminar é efetivamente capaz de manipular o comportamento de forma inconsciente, cabe à ciência definir. Porém, ante as evidências em sentido de que pode causar danos, traz percepções que não podem ser captadas conscientemente ou mesmo está apta a confundir e, sendo dever do Estado a proteção da incolumidade física e psíquica dos consumidores, pelo princípio da precaução e do cuidado decorrentes da boa-fé, a publicidade subliminar é vedada. Na dúvida, se existe ou não o risco de prejudicar a saúde do consumidor, se é apta a controlar sua mente, de viciar sua vontade, se opta pela poibição. Independentemente da questão de saber se ela é eficaz, a difusão de material subliminar é incoerente com a defesa do consumidor, porque é projetado para ser enganoso ou abusivo. Não se trata somente do fato de a publicidade subliminar aumentar as vendas ou causar danos, mas também ser o consumidor sujeito a imagens sem o saber, atitude clara de violação da boa-fé e identificação da mensagem publicitária.

Considerando que a publicidade integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30) e que aquela veiculada com técnica subliminar é incompatível com a boa-fé, bem como está em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, incisos IV e XV), será nulo de pleno direito o respectivo negócio jurídico eventualmente entabulado.

Nesse sentido Roberto Senise Lisboa afirma que:

> As normas jurídicas de proteção ao consumidor devem ser aplicadas nas relações entre fornecedores e consumidores segundo o seu fim social (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil), compatibilizando-se o avanço tecnológico e o desenvolvimento do mercado de consumo com a proteção patrimonial e biopsíquica dos agentes econômicos do mercado de consumo (os fornecedores e os consumidores) e da sociedade como um todo[1116].

[1115] *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 657.

[1116] LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas relações do consumo**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 18.

Por seu turno, acentua Claus Wilhelm Canaris que "por detrás da *lex* e da *ratio legis* colocam-se imediatamente os mais altos valores jurídicos como a justiça, a eqüidade e a segurança do Direito"[1117].

Discorrendo sob o aspecto da justiça, é certo que representa um conceito de certa forma vago, mas é fundamental para a correta aplicação do Direito.

Nos EUA, por essa razão:

> A doutrina da injustiça teve uso limitado pela FTC até 1972, quando, em uma famosa ação judicial (*FTC x Sperry & Hutchinson Co.*), a Suprema Corte alegou que os consumidores, e também as empresas, deveriam ser protegidos contra práticas comerciais injustas. Ao contrário da propaganda enganosa, a descoberta de injustiça para os consumidores pode ir além das questões de fato e relacionar-se simplesmente a valores públicos. O critério usado para avaliar se um ato comercial é injusto envolve considerações como saber se o ato: (1) ofende a política pública como estabelecido pelos estatutos, (2) e imoral, antiético, opressivo ou inescrupuloso e (3) causa danos substanciais a consumidores, concorrentes ou outras empresas.
> O direito da Federal Trade Comission de regulamentar propaganda injusta foi uma questão de disputa considerável por anos, pois o significado preciso de 'injusta' não era claro. A disputa teve fim em 1994, quando o Congresso chegou a uma definição de injustiça satisfatória para todas as partes. A injustiça na propaganda é definida como 'atos ou práticas que causam ou podem causar *danos substanciais aos consumidores,* os quais *não sejam razoavelmente evitáveis* pelos próprios consumidores e *nem supervalorizados por benefícios compensados aos consumidores ou a concorrência'* [grifos no original][1118].

Assim, representa medida de justiça[1119] a preservação, na dúvida, da saúde do consumidor, de sua livre vontade, de não ser manipulado de forma inconsciente, de não ser vítima de abusos[1120]. Não há dúvida que a

---

[1117] CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Traduzido por A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 61.

[1118] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 71.

[1119] "O jurista e o magistrado, ao desempenhar suas funções, não agem arbitrariamente, procuram ater-se aos dados, procedendo à sua valoração com base na justiça, e não nas suas preferências ou pontos de vista pessoais". "- O pensamento de Roscoe Pound radica na sua intuição de um direito em evolução, fundado na vida social, mas profundamente envolvido na construção da sociedade, segundo o ideal de justiça" (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 66 e 73).

[1120] Podemos citar como forma de abuso o aumento do volume do televisor no intervalo publicitário. A questão se resolveria pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor, mas

norma visou exatamente a preservar e garantir o livre arbítrio do consumidor, dando-lhe as condições necessárias para poder optar de forma livre e consciente pelo produto e serviço que mais lhe aprouver ou mesmo pela não-aquisição.

Conforme visto, tanto a Constituição Federal como o próprio Código de Defesa do Consumidor visam à proteção do consumidor em sua plenitude, nos aspectos biopsíquicios, envolvendo sua saúde física e econômica ante a superioridade do fornecedor[1121].

Ensina Siches, a "interpretação jurídica deve levar em conta os fins para os quais as normas foram feitas"[1122] e a "verdadeira interpretação é aquela feita em razão dos critérios axiológicos contidos no texto normativo, pois se forem ignorados as solução serão insensatas ou inaceitáveis"[1123].

É de se considerar que se a publicidade perceptível ilegal já é pernicionsa, tanto o mais quando se falar de técnicas simuladas, subliminar, clandestina.

Gherardini entende que o Código de Defesa do Consumidor, a despeito de coibir a publicidade simulada:

> [...] deixa, contudo, de estabelecer sanções, ao contrário do tratamento conferido aos outros tipos de publicidade viciada, e enganosa e a abusiva. Assim, a prática da publicidade simulada encontrará sanções civis na regra geral da responsabilidade civil presente no CDC, podendo-se enquadrar tal prática como um vício do produto, subsumindo-se às sanções previstas nos arts. 18, §1º, incs. I, II e III, e 20, incs. I, II e III[1124].

---

houve necessidade da promulgação da específica (LEI No 10.222, DE 9 DE MAIO DE 2001) ante os abusos cometidos pelas emissoras de televisão.

[1121] Tenta-se evitar que o fornecedor utilize sua superioridade econômica e mesmo técnica (departamentos jurídicos ou consultorias especializadas) para confundir o consumidor. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 667.

[1122] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95.

[1123] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 96.

[1124] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 229.

Certo que a responsabilidade civil referente à publicidade em comento é o da regra geral do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, e sem embargo, como já destado, entende-se que as práticas ora analisadas são espécies de publicidade enganosa, é aplicado o regime jurídico da publicidade enganosa.

O art. 76 do Código de Defesa do Consumidor contém tipo penal referente à publicidade enganosa e abusiva.

O art. 19 do Decreto Lei 2181/1997 sanciona com multa a publicidade enganosa e abusiva e o respectivo parágrafo único, b), a publicidade veiculada de forma que o consumidor não possa, fácil e imediatamente, identificá-la como tal, vale dizer, a que fere o princípio da identificação da mensagem publicitária.

Apesar de o CBAP não se ocupar com a publicidade subliminar, consta expressamente que é condenada qualquer tentativa destinada a produzir efeitos "subliminares"[1125].

No que tange à publicidade oculta, o CBAP determina que a reportagem, artigo, nota, texto-legenda deve ser identificado[1126].

No que concerne aos contratos, a publicidade traz novos conceitos e "o novo Direito contratual visa concretizar a função social dos contratos, impondo parâmetros de transparência e boa-fé"[1127], sendo certo que a *ratio legis* no negócio jurídico de consumo é a procura da *verdadeira* e *livre* vontade do consumidor.

Valéria Falcão Chaise afirma que "para compor suporte fático suficiente de ato jurídico, a vontade deve ser consciente, ou seja, aquele que declara deve saber que está declarando ou manifestando como sentido

---

[1125] **Artigo 29** - Este Código não se ocupa da chamada "propaganda subliminar", por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente inconteste. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos "subliminares" em publicidade ou propaganda.

[1126] **Artigo 30 -** A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor.

[1127] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 591/592.

próprio"[1128], sendo que "a inexistência da vontade negocial em sua manifestação leva à inexistência do ato"[1129].

Kötz ensina que "o direito contratual passa a realizar um controle da "liberdade contratual", controle da liberdade do mais forte, proteção da liberdade do outro, do contratante mais fraco; controle sempre baseado nos princípios maiores da boa-fé objetiva e da necessária proteção da confiança na sociedade de consumo"[1130].

Dessa forma e considerando todas as peculiaridades da publicidade, já dissecadas nesta pesquisa, e verificando-se "que a teoria contratual clássica não mais atende à realidade socioeconômica", passa-se a apregoar a concepção "social" do contrato. Nesse sentir, a procura da eqüidade, da segurança e do prestígio à boa-fé nas relações contratuais orientou-se para desprezar cláusulas contratuais abusivas[1131].

O Direito do Consumidor, ao contrário do Direito Civil clássico, não é informado pela *teoria da vontade*, mas sim a *teoria da confiança*[1132].

Cláudia Lima Marques, a respeito, anota:

> No direito comparado, observa-se que as técnicas legislativas de proteção aos consumidores em matéria de contratos de consumo visam também garantir uma nova proteção da vontade dos consumidores na formação dos contratos, isto é, garantir uma *autonomia real da vontade do contratante mais fraco*. Uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, em suma, uma vontade racional. Não há como negar que o consumo massificado de hoje, pós-industrial, está ligado faticamente a uma série de perigos para o consumidor [grifos no original][1133].

[1128] CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 72.

[1129] *Ob. Cit.* p. 72

[1130] *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 593.

[1131] CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 83.

[1132] SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing – uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 14, p. 147.

[1133] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 590.

O Código Civil italiano de 1942 traz a teoria dos efeitos da vontade, a chamada teoria da confiança (que representa uma nova espécie da teoria da declaração), segundo a qual, havendo divergência entre a vontade interna e a vontade declarada, prevalece em princípio a vontade declarada, se e na medida em que despertou a confiança. Assim, na medida em que se criou expectativas legítimas no outro contratante, na população atingida pela declaração (*standard* objetivo), a vontade declarada prevalecerá, porém, se o outro contratante sabia ou podia saber razoavelmente no mesmo momento da declaração que aquele não era a vontade interna de seu parceiro, poderá a declaração ser anulada. Procura-se dessa forma um equilíbrio entre os valores envolvidos e as dificuldades na produção da prova, procurando-se preservar a segurança das relações, mas também combater a má-fé subjetiva. A confiança serve a esta teoria como um dado objetivo. A possibilidade de anulação da declaração somente é possível quando foi tal que, de forma objetiva, não tenha despertado a confiança no consumidor, quando ficar claro e evidente que aquela não era a vontade do fornecedor[1134].

Para Rosa Maria Nery:

> A idéia de *autonomia da vontade* liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos, no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos. Respeita, portanto, à relação entre *vontade* e *declaração* [grifos no original][1135].

Dessa forma, depreende-se, junto com Valéria Falcão Chaise, que:

> A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais fator decisivo para o direito; valores superiores, como equilíbrio e boa-fé, passam a ter mais valor nas relações de consumo. A autonomia da vontade não prevalece sobre as normas de ordem pública, mesmo que a cláusula tenha sido aceita conscientemente pelo consumidor[1136].

[1134] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 630/631.

[1135] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

[1136] CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 83.

Passa a existir uma tendência, na avaliação de Cláudia Lima Marques:

> [...] de examinar a 'qualidade' da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que a sua simples manifestação: somente a vontade racional, a vontade realmente livre (autônoma) e informada, legitima, isto é, tem o poder de ditar a formação e, por conseqüência, os efeitos dos contratos entre consumidor e fornecedor. A tendência atual é de examinar também a conduta negocial do fornecedor, valorando-a e controlando-a, dependendo da conduta (abusiva ou não) a formação do vínculo (informações prévias, acesso ao contrato, envio de mercadorias não requeridas etc.) e a interpretação de quais as obrigações o consumidor está vinculado (cláusulas, promessa dos vendedores, prospectos, publicidades, *sites* etc.)[1137].

Valéria Falcão Chaise aduz:

> Para fazer frente ao individualismo, surgiu a teoria da declaração, pela qual não se questiona o aspecto volitivo interno. Se a vontade não foi declarada com perfeição, o emitente deve arcar com as conseqüências de seu erro, não podendo invocá-lo para invalidar o ato. A teoria da declaração, que protege o destinatário, mas sacrifica o autor da declaração, é temperada pela teoria da confiança[1138].

Antonio Herman Benjamin entende que "Na publicidade, pelo menos no sistema brasileiro, não é a vontade real do anunciante a fonte da obrigação contratual, mas o anúncio em si, ou seja, a declaração, tal qual explicitada"[1139] e arremata:

> Na mensagem publicitária não há qualquer fase de negociação; o anúncio é uma peça absolutamente unilateral (*one-sided message*). Ora, inexistindo negociação, fica o consumidor completamente à mercê do anunciante, que lhe propõe, mediante o anúncio, o que quer, quando quer, da forma que quer e com a duração que quer[1140].

Rosa Maria Nery, com propriedade, interpreta:

[1137] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 592/593.

[1138] CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 105.

[1139] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 287).

[1140] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. Em co-autoria, p. 288.

> O contrato é sempre, e em qualquer circunstância, operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o *sucesso de suas lídimas pretensões.* Não se identifica, em nenhuma hipótese, como mecanismo estratégico de que se vale uma das partes para oprimir ou tirar proveito excessivo de outra [grifos no original][1141].

Assim, não pode o fornecedor valer-se de técnicas como a subliminar, para tentar influenciar o consumidor à realização do contrato.

Sobre a publicidade subliminar[1142], verifica-se que não existe vedação expressa, ela decorre do sistema.

A questão revelou tamanha preocupação que, para se colocar um fim nas discussões sobre o óbvio (a ilegalidade da publicidaed subliminar), e serem afastadas as interpretações esdrúxulas no sentido de que nosso sistema não proíbe a publicidade subliminar, foi apresentado o Projeto de Lei 5.047/01, do deputado João Herrmann Neto (PPS-SP), que altera o Código de Defesa do Consumidor para proibir expressamente a veiculação de publicidade contendo mensagem subliminar. Segundo Herrmann, "Esse tipo de propaganda acaba afetando o comportamento do consumidor e induz ao consumo compulsivo".

Contudo, como advertia Aristóteles “a lei, em si mesma, não tem o poder de assegurar a própria obediência, salvo o poder do costume, e este leva um longo tempo para tornar-se efetivo”[1143]. Portanto, a par das modificações legislativas é necessária uma mudança de mentalidade, dos hábitos e costumes.

Informa Maria Helena Diniz que:

> As descobertas da ciência moderna, que modificaram até mesmo a noção de liberdade humana, e as conquistas extraordinárias da técnica, determinaram a alteração da vida humana. Novos fatores econômico-sociais fizeram surgir novas condições de vida, conseqüentemente, operou-se a mudança do sistema de referência. Velhos problemas já resolvidos hão de exigir soluções novas e novos

---

[1141] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

[1142] O art. 36, §2º da “Comissão Afonso Arinos” trazia expressamente vedação à publicidade subliminar: Art. 36. A publicidade é disciplinada por lei, ficando proibida a que induza o consumidor à aquisição de bens e serviços, de forma dolosa, enganosa, indireta e subliminar (FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 8).

[1143] ARISTÓTELES. **Coleção os Pensadores**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 194.

> problemas jamais cogitados hão de surgir, requerendo uma solução jurídica imediata. Com isso, houve a necessidade de enquadrar a ordem jurídica vigente no sistema de referência dos novos tempos. Gaston Morand retratou isso no seu famoso panfleto 'A revolta dos fatos contra os Códigos'. Deveras, a extraordinária exuberância da vida não cabe nos limites de um Código. Novas necessidades, novos meios de transporte, novos usos, novos ideais, mostram quão vã é a esperança de que se possam elaborar normas jurídicas definitivas, que solucionem sempre todas as questões jurídicas. Daí as sábias palavras de Recaséns Siches: 'Uma lei indeformável somente existe numa sociedade imóvel"[1144].

A ciência avançou e surgem novas formas de controlar o inconsciente por meio de técnicas subliminares em todos os sentidos. Assim, a interpretação deve acompanhar os fatos[1145] para enquadrar qualquer técnica publicitária possa causar danos ou viciar a vontade do consumidor, como antijurídica.

De fato, como relata Maria Helena Diniz:

> A experiência demonstra que a lei escrita é incapaz de solucionar todos os problemas suscitados pelas relações sociais e até mesmo casos que caem sob sua égide, isto porque a sua solução não depende somente da letra da lei mas também de ponderação dos fatos sociais concretos, por ser necessário investigar as realidades sociais concretas, para que a aplicação da lei produza os resultados perseguidos pelo legislador[1146].

No âmbito do Direito, existem os enfoques da técnica e da ciência[1147].

[1144] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57.

[1145] "Para Eugen Ehrlich, o ordenamento jurídico-positivo é incompleto ante a complexa realidade. A vida é muito mais rica do que tudo o que a totalidades das normas jurídico-positivas pôde prever. Os interesses apresentam infinitos matizes diferentes, que não encontram expressão nas normas jurídicas gerais" (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 66).

[1146] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62/63.

[1147] Geny entende que "o direito comporta dois enfoques distintos: a ciência e a técnica. O domínio da ciência é o conhecimento objetivo das realidades sociais que fornecem ao direito a sua matéria social, que é dada. Logo, o jurista não a pode criar, nem modificar, mas apenas aplicar-lhe a sua técnica, que constitui, nesta teoria, o campo de ação criadora. Esclarece-nos Geny que a atividade do jurisconsulto se realiza num duplo campo de ação: o do *dado* e o do *construído*, que são os dois ingredientes da norma jurídica.

O *dado* é o conjunto de realidades sociais que se apresentam ao jurista, constituindo as realidades normativas da sociedade, independentes da vontade do legislador, pois sua normatividade não decorre de normas legais, e além disso representa o material real com

Para Rosa Maria Nery, se o Direito se reduz à técnica, não é compromissado com valores como a Justiça e cumpre, apenas, a finalidade de ser instrumento de Poder[1148].

Importante levar os dados da realidade em consideração, da sociedade, das interações, do ser humano. A publicidade pode ser utilizada de forma incompatível com os principais valores. Ela, por exemplo, atrai crianças sem discernimento, sem possibilidade de defesa para comerem alimentos e bebidas já comprovadamente maléficos nas redes de fast-food, com a ajuda do marketing a utilizar toda uma gama de artifícios. Assim, quase sem escapatória, a criança é levada a consumir e uma unidade da rede. O fornecedor, então, está a auferir lucro sobre a desgraça alheia. Ciente, somente para ganhar dinheiro, prejudica a saúde das crianças. O mesmo raciocínio pode ser utilizado quanto à indústria do cigarro ou bebida alcoólica. Existem fortes apelos, de todos os tipos, reforçados pela publicidade, para que se fume, se beba. Se não se bebe é considerado um "ET", um excluído. A pressão imposta pela indústria cultural é fenomenal. Após, e sabe-se disso, esses produtos causam dependência. Dependência química e psicológica. O fornecedor não se preocupa. Quer ganhar o dinheiro. Após, surge o problema de saúde. O Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre ao princípio da boa-fé, sobre o dever de cuidado e precaução, de se levar o outro em consideração, princípio esse violado em

---

que lida o jurista na elaboração de seus conceitos. Os dados são realidades morais, econômicas, que impõem direções, principalmente morais, aos fatos sociais. São realidades existentes em toda sociedade humana por serem norteadoras do comportamento do homem".

Aponta Geny quatro classe de dados: a) Os *dados naturais ou reais* que são as realidades físico-biológicas e psicológicas; b) os *dados históricos*; c) os *dados racionais*; d) os *dados ideais*.A interpretação e a elaboração do direito exigem a ciência dos dados e a técnica do construído. O construído é obra do jurista, do técnico do direito, do aplicador, para satisfazer necessidades práticas.

"O dado é simples objeto do conhecimento científico-jurídico, o construído é obra do jurisconsulto, é produto de uma técnica, sendo imprescindível um certo empirismo do construído para a descoberta, dentro da debilidade das obras humanas, de algumas soluções que possam satisfazer as necessidades e o sentimentos de justiça. O empirismo organizado é que constitui a técnica jurídica". (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63/65).

[1148] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21/22.

todas as formas, nos exemplos dados. A defesa do fornecedor é: fumou porque quis, bebeu porque quis. Mas, esquece-se, quem colocou no mercado o produto, quem auferiu lucro, quem incentivou sua aquisição, empregando toda sorte de estímulos, em todos os lugares, ditando hábitos e lançando moda. O sistema de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, que é a objetiva (art. 12), não exige o elemento culpa. Se houve o fornecimento do produto, o fornecedor deverá indenizar. A responsabilidade é somente pelo fato do produto, a lei é clara nesse sentido. Trata-se do risco da atividade. O fornecedor desejou ganhar dinheiro prejudicando a saúde do próximo. Então, se seu produto causar dano, deve indenizar.

A ciência, diferentemente da técnica, ocupa-se não somente com a saúde financeira do fornecedor, mas igualmente com a saúde física e psicológica do consumidor. Pesados os valores, analisado o ordenamento jurídico, com suas regras e princípios, observando a justiça, chega-se à conclusão de qual bem deve prevalecer.

11.1 JULGADOS

O Conar apreciou questões levada ao seu conhecimento referente à técnica subliminar.

Merece destaque a Representação n. 9/1994. A cerveja Nova Schin promoveu campanha publicitária com o mote “Experimenta!”

Anúncios em revistas da cerveja Nova Schin veicularam a advertência de consumo com modificação, “Experimenta com moderação”.

Para o diretor executivo do Conar, a frase não atendeu aos princípios do Código e seu Anexo P. O comando “experimenta”, foi largamente utilizado como apelo de consumo na campanha de lançamento da cerveja. Por isso, não poderia ser empregado como frase de advertência. Foi mencionado no julgado que “ao remeter à mesma palavra repetidamente utilizada como estímulo, o anunciante falta com a sua responsabilidade social e compromete gravemente o espírito da auto-regulamentação publicitária”.

Também a Ambev, concorrente da Schincariol no segmento, considerou inadequado o uso da frase de advertência: "É inegável que lendo a frase de advertência, o slogan da campanha é subliminarmente comunicado e a indução do consumo torna-se evidente", afirma a Ambev em seu pedido de abertura de representação ética.

O relator condenou o uso da frase de advertência. Para ele, que reconheceu que o noviciado e a ausência de jurisprudência dos novos termos da auto-regulamentação de propaganda de bebidas alcoólicas podem levar a interpretações contraditórias, a redação da cláusula de advertência não deve inspirar-se ou corporificar-se na linguagem criativa do anúncio, mesmo que sua leitura aparente similaridade com as frases-padrão de advertência, devendo ser neutra em relação à linguagem, visual e som do anúncio. Ele sugeriu alteração da publicidade, voto aceito por unanimidade pela 1ª Câmara do Conselho de Ética.

Na Representação n. 128/2003 , um consumidor de São Paulo queixou-se de filme para TV do anti-séptico bucal "Close Up" onde, em alguns fotogramas, encontra-se reprodução de palavras de baixo calão embaralhadas a símbolos como os usados em histórias em quadrinhos para simular palavrões. Em sua defesa, anunciante e agência deram conta de que a versão do filme sob processo ético foi substituída e descartam o uso do recurso de propaganda subliminar. A 2ª Câmara do Conselho de Ética, em decisão por maioria, deliberou pela alteração do filme.

A propósito, verificou-se que não são tão raras as demandas judiciais envolvendo propaganda subliminar[1149]. Em compensação, encontrou-se apenas um processo sobre a questão da publicidade subliminar. A questão versou sobre a utilização da técnica pela empresa Souza Cruz[1150].

[1149] Como, por exemplo, no Processo nº 053.01.026257-4 que tramitou na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, proferida pelo juiz JOSÉ ROBERTO LEME ALVES DE OLIVEIRA.

[1150] Ação Civil Pública. Publicidade Antijurídica de Tabaco. Veiculação de Contrapropaganda Elaborada pelo Ministério da Saúde.

Circunscrição: 1 - BRASÍLIA
Processo: 2004.01.1.102028-0
Vara: 204 - QUARTA VARA CÍVEL

O juiz Robson Barbosa de Azevedo entendeu que a abusividade da propaganda se caracterizou pela "utilização das chamadas mensagens **subliminares**, que consistem no uso de imagens e sons que não podem ser conscientemente captadas pelo receptor"[grifo no original]. A sentença foi parcialmente reformanda unicamente quanto à contrapublicidade[1151].

11.2 DIREITO ESTRANGEIRO

Na legislação espanhola - *Ley General de Publicidad* (Lei nº 34, de 11 de novembro de 1988) - consta a proibição e definição da publicidade subliminar (arts. 3º, "d", e 7º).

O artigo 3º do Título II - A publicidade clandestina, qualifica a publicidade ilegal, nos seguintes termos:

> Artigo 3º:
> É ilegal:
> a) a publicidade que viola a dignidade da pessoa ou ofende valores e direitos reconhecidos na Constituição, especialmente quando se diz respeito a crianças, jovens e mulheres;
> b) a publicidade enganosa.
> c) a publicidade desleal;
> d) a publicidade subliminar;
> e) que viola as disposições da regulamentação da publicidade de determinados produtos, mercadorias, serviços ou atividades[1152].

CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA - DF
JUÍZO DE DIREITO DA QUARTA VARA CÍVEL
PROCESSO Nº 102028-0/2004
AÇÃO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RÉS: SOUZA CRUZ S/A E OUTRAS

[1151] BRASILIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.01.1.102028-0 - QUARTA TURMA CÍVEL. Apelantes: Conspiração Filmes Entretenimento Ltda e outros. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios Relatora Desa.: Vera Andrighi. Revisor Des.: George Lopes Leite. Julgado em 14/03/2007. Publicado em 26/03/2007. <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20040111020280APC.>. Acesso em 28/08/2008.

[1152] Artículo 3. Es ilícita:

O artigo 7º dispõe que:

"A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas com los umbrales de los sentidos o análogas puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percebida".

Em Portugal existiu a proibição de "todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa" na revisão constitucional de 1982. Entretanto, este dispositivo foi suprimido na revisão constitucional de 1989, constando na nova redação a garantia da genérica proteção dos consumidores visando a política comercial.

No âmbito da Comunidade Econômica Européia (CEE), a Diretiva n. 89/552, de 3 de outubro de 1989, é expressamente proibida a utilização de técnica subliminar na publicidade (art. 10, item 3).

---

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

b) La publicidad engañosa.

c) La publicidad desleal.

d) La publicidad subliminal.

e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

12 CONCLUSÃO

A sociedade atual está fundamentada no consumo desenfreado para a movimentação da economia. A publicidade, por vez, exerce papel primordial para a circulação dos bens.

A patologia da publicidade é desconsiderar o ser humano, tratá-lo como simples peça na engrenagem do sistema capitalista de produção. Com essa mentalidade, ela se utiliza de toda sorte de meios e artifícios para atingir a sua finalidade. Porém, é o ser humano que é o *sujeito* de direitos e obrigações, não podendo ser *objeto* de direitos[1153].

Em rigor, não se quer, nem se pode proibir a publicidade. Pretende-se, isso sim, é a extirpação da publicidade nociva, desleal, abusiva, enganosa, e privililegiar "peças publicitárias artísticas no sentido de belas, aproximadoras do produto ao consumidor, falando a verdade, respeitando, enfim, gerando riqueza e notabilizando o universo da publicidade"[1154], pois as cenas que hoje se vêem "levam o expectador ao instinto natural do sexo, da pré-excitação", na busca do lucro fácil, sendo certo que é desnecessária essa espécie de apelação para demonstrar a qualidade do produto[1155].

No afã de obter cada vez mais lucro, as corporações, que possuem verdadeiro poder de um Estado[1156], utilizam todas as técnicas possíveis, até pouco estudadas, sem se conhecer a fundo seus efeitos e conseqüências, como as mensagens subliminares.

Nesse momento entra o Direito, que *é a parte que toca a cada indivíduo*, com o seu poder de império para impedir que o mal se consuma, é

[1153] NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. **Revista de Direito Privado** n. 21/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13.

[1154] LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda**, p. 155.

[1155] LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda**, p. 155.

[1156] Rosa Nery oberva que "a estrutura da ordem nomológica interna de um sistema jurídico, freqüentemente, cede a certos grupos de poder (econômico, cultural, tecnológico), de origem distinta que pressionam constantemente para que as leis favorecem seus interesses (NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58).

a punição de todo abuso (Snell)[1157]. Do mesmo modo: "No caso de situações desmedidas, o Direito é chamado para a recomposição da harmonia"[1158].

Não se pode dar por legal uma publicidade que contenha parcela de oculto, que deixa transparecer somente o aparente do oculto, que não se mostra a que veio. O sistema do Código de Defesa do Consumidor não ampara essa técnica. Não existe fundamento razoável para eventual autorização de utilização de técnica subliminar.

A questão não passou despercebida da cultura pop e o filme Fight Club (Clube da Luta) fala de manipulção, dos efeitos da publicidade e da utilização de técnica subliminar. Chega a tangenciar a metalinguagem, já que no filme, o personagem insere imagens fálicas no cinema onde é funcionário, além de conter várias imagens subliminares.

Assim, a publicidade deve sempre veicular informações verdadeiras de modo claro e honesto, sem subterfúgios, sobre os elementos do produto ou do serviço, e não infringir valores éticos, muito menos impingir qualquer elemento que possa prejudicar o consumidor.

É com base na caracterísitca ínsita de todos os seres humanos de sempre desejar a estimulação prazerosa, bem como como digladiar-se por reputação, domínio e prestígio, que a publicidade atua.

Contudo, a questão se coloca quando o sistema atual[1159], o capitalista, baseado no consumo, passa a provocar danos e patologias[1160], como por exemplo, transmutar desejo em necessidade. Não há problema em desfrutar das delícias do prazer, desde que não condicionado. É muito

---

[1157] NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Idéias do mundo antigo. A equação do justo e o direito de obrigações**. Revista de Direito Privado n. 20/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

[1158] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 26.

[1159] Infelizmente "o sistema conhece unicamente as condições da própria sobrevivência e ignora os conteúdos sociais e individuais" (BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70. Tradução: Artur Morão, p. 55).

[1160] Bem Observa Lisboa que "a proveitosa utilização das máquinas e dos meios tecnológicos mais avançados, embora representem uma maior comodidade e uma presumida melhoria da qualidade de vida de todos os seus utentes e beneficiários, possui como efeito colateral maior risco à segurança econômica e, em especial, à segurança biopsíquica das pessoas" (LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas relações do consumo**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 19).

agradável para uma pessoa usufruir dos bens que possui e ser admirada. Não há dúvida de que todos desejam escolher sua moradia, automóvel, roupas e outros objetos por suas formas, sua estética, enfim, ter prazer. Mas a preocupação é que se passe a fazer do uso um abuso, da posse a ostentação, e ambos os condicionantes para ser alguém, sofrer de forma anormal pelo não acesso a bens supérfluos ou comportar-se de maneira prejudicial a si, aos outros e ao ambiente. Para evitar isso a consciência deve ser livre, para se poder dirigir o vetor de compra, posse e uso, a fim de antecipar eventual risco futuro de cada conduta para si, para os outros e para o ambiente. E para isso não pode haver manipulação por meio de técnicas obscuras, como a subliminar, que, ao que tudo indica, atinge diretamente o inconsciente, bem como não se pode aplicar o que alguns profissionais pugnam: "Em cada lançamento de um novo produto, é preciso gerar desejo no consumidor de forma agressiva"[1161].

Apesar de todos os avanços tecnológicos, do progresso da ciência, da racionalização, da civilização, o acesso aos bens materiais, entretanto, como bem advertia Jung, "o sentido da vida não está de todo explicado pela nossa atividade econômica, nem os anseios mais íntimos do coração humano atendidos por uma conta bancária"[1162]. Os "deuses e demônios absolutamente não desapareceram; têm, apenas, novos nomes. E o conservam em contato íntimo com a inquietude, com apreensões vagas, como complicações psicológicas, com uma insaciável necessidade de pílulas, álcool, fumo, alimento e, acima de tudo, com uma enorme coleção de neuroses"[1163]. Assim, constata-se que esse modelo ocidental ainda está longe de representar a superação das dificuldades humanas, revelando-se

---

[1161] SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 112.

[1162] JUNG, Carl Gustav et al.. **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 102.

[1163] JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 82. "Milhões de pessoas são infelizes e tantos e tantos se refugiam em livros de auto-ajuda, esoterismo e seitas religiosas alternativas. Buscando, quase certamente, um sentido para sua existência, que transcenda seu vínculo ao material, ou melhor, ao seu apego" (SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor: identificando necejos e supérfluos essenciais.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 205)

insuficiente para a felicidade das pessoas, pois na verdade as dificuladades são de ordem moral. Jung defende que "seria bem mais eficiente o emprego de recursos morais e intelectuais, que nos poderiam imunizar psiquicamente contra a infecção que se alastra, cada vez mais[1164]. Por outro lado, "é a consciência de que a vida tem uma significação mais ampla que eleva o homem acima do simples mecanismo de ganhar e gastar. Se isto lhe falta, sente-se perdido e infeliz"[1165].

O Direito não é e nem pode ser indiferente a essa situação, pois, visa, em última análise, a felicidade[1166]. De fato, "A realização da felicidade do homem, no contexto próprio de sua vocação transcendental, não passa despercebida do Direito, como sistema científico capaz de proporcionar e favorecer a possibilidade de consecução desse objetivo natural da humanidade"[1167].

Muitos defendem a não limitação da publicidade sob o argumento da necessidade de se dar vazão à produção em grande escala. Mas aqui se coloca outro grande problema: a sociedade de consumo, fomentada pela publicidade, e agravada pela mesma publicidade patológica e ilícita, pode gerar o desaparecimento antecipado da vida na Terra. Então, pergunta-se se o caminho é mesmo essa produção em larga escala, sem se medirem os impactos e as conseqüências, ante a finitude dos recursos naturais e os danos que está a provocar. Será que para a manutenção de uma vida saudável e feliz é necessário o consumo desmedido, o consumo pelo consumo, o consumo de bens totalemente desnecessários? Será que não é possível uma sociedade manter-se fora dos padrões de simples consumismo em prol de maior qualidade de vida, ambiente saudável e maior período de tempo de existência de nosso planeta.

[1164] JUNG, Carl Gustav et al.. **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 85.

[1165] JUNG, Carl Gustav et al.. **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 89.

[1166] e esta dificilmente é alcançada quando não se contenta com o suficiente e não se sabe o que de fato é essencial.

[1167] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

Existem dados reais sobre o risco que o desenvolvimento desenfreado e sem controle está gerando ao planeta e à própria sobrevivência da espécie humana. Os recursos naturais são finitos e cada vez mais escassos. A natureza levou milhões de anos para permitir a existência do ar que respiramos. O planeta levou "milênios para armazenar carbono em camadas profundas, permitindo o surgimento da vida como nós a compreendemos... e agora, estamos comemorando ter encontrado jazidas desse carbono (sob a forma de petróleo e gás) e só conseguimos enxergar energia... Esquecemos que, ao colocar todo esse carbono de volta à superfície, tornaremos novamente a vida de boa parte dos organismos atualmente existentes (inclusive o Homo sapiens) inviável"[1168]. Pensa-se muito em produzir, entretanto, chegará o dia em que não haverá mais os recursos naturais e, portanto, o que produzir[1169].

Para Heiddegger, nosso pecado é a tecnologia, o que ele chama de "enquadramento". Trata-se de um processo que consiste em reorganizar os vários elementos da natureza, árvores e rochas, rios e animais, moldá-los e inseri-los em muitas "estruturas" artificiais, para serem usados como "recursos". No final de era atual, só o que restará da Terra será uma bola sintética de peças e fios, vidro e aço – tudo uniforme e muito antinatural[1170].

Uma solução seria o desenvolvimento sustentável que, para Hazel Henderson, significa a "conciliação entre desenvolvimento econômico e social

---

[1168] Helena Maria Maltez. Gerente do Núcleo de Cidadania e Meio Ambiente da TV Brasil.

[1169] "Nosso intelecto criou um novo mundo que domina a natureza, e ainda a povoou de máquinas monstruosas. Estas máquinas são tão incontestavelmente úteis que nem podemos imaginar a possibilidade de nos descartarmos delas ou de escapar à subserviência a que nos obrigam. O homem não resiste às solicitações aventurosas de sua mente científica e inventiva, nem cessa de congratular-se consigo mesmo pelas suas esplêndidas conquistas. Ao mesmo tempo, sua genialidade revela um misteriosa tendência para inventar coisas cada vez mais perigosas, que representam instrumentos cada vez mais eficazes de suicídio coletivo" (JUNG, Carl Gustav et al. **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 101).

[1170] "Os Estados Unidos, assim como a maioria dos países industrializados, estão enfrentando uma crise de lixo. Um índice superior a 70% dos mais de 200 milhões de toneladas de lixa gerados a cada ano nos Estados Unidos é queimado nos aterros, que já estão no limite da sua capacidade. As pesquisas revelam que muito consumidores afirmam que pagariam mais por produtos que não prejudicassem o meio ambiente. Uma fonte estima que apenas 15% de todos os produtos ditos verdes de fato o são, 15% são completamente falsos e o restante fica em uma área indefinida" (SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção: aspectos complementares da comunicação integrada de marketing.** Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 64).

– significa uma transição ordenada da industrialização primitiva e antiga (que consome energia e fontes naturais em função de seu modelo pouco elaborado) para formas de produção ricas em informação, que utilizam energia e materiais com maior eficiência e promovem a participação da sociedade, o que certamente exigirá conduta mais ética no campo da comunicação[1171]. No mesmo sentido Antonio Herman Benjamin comenta: "Outra questão relevante que se coloca é que a 'publicidade, entre seus vícios, tem exatamente este, o de estimular o desperdício de recursos (Nicole L´Heureux, *ob. cit.*, p. 174), o que pode mudar com a incorporação, pelo fenômeno publicitário, da idéia do consumo sustentável'"[1172].

Se o homem não parar para tomar consciência, se continar a pautar-se somente na concepção de índole capitalista, de que o progresso seja definido pelo avanço da tecnologia[1173], ignorará o que está acontecendo, superpovoará e poluirá ainda mais o planeta.

Bem a propósito é o aviso de Desmond Morris, "não devemos esperar ser protegidos por alguma espécie de força sobrenatural. Extinguir-nos-emos tão facilmente como qualquer outra espécie"[1174], vale dizer, para esse autor, nenhum deus pode nos salvar. Heidegger tem uma visão um pouco mais otimista e afirma que nós nos esquecemos do ser por causa da tecnologia moderna e que nada podemos fazer para impedir a máquina do enquadramento: "Só um deus pode nos salvar".

[1171] *Apud* GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável: é o que todo anunciante deve fazer**. São Paulo: Senac, 2007, p. 50/51

[1172] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor n. 9/25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 34.

[1173] O convite à reflexão, a mudança de consciência e atitude sobre o tema representam dificuldade quase intransponível. Bem observa Baudrillard que "Todo ataque restritivo ou selectivo ao princípio sagrado da produção e do crescimento provocaria o horror do sacrilégio [...] A produtividade, enquanto obsessão colectiva consignada nos livros de contas, desempenha antes de mais a função social de *mito*. Para alimentar semelhante mito, tudo é bom, mesmo a inversão de realidade objectivas, que introduzem a contradição nos números que o sancionam" BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70. Tradução: Artur Morão, p. 36/37).

[1174] MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**. Tradução: Jorge Lima e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 186.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** Tradução de Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACHBAR, Mark; SIMPSON, Bart. **The Corporation**. São Paulo: Zeitgeist Films/Imagem Filmes, 2004. (DVD) (145 min.).

ADORNO, Theodoro W. São Paulo: Nova Cultural, 2005. (Coleção Os Pensadores).

ALLERS, Roger; MINKOFF, Rob. **O Rei Leão**. Manaus: Buena Vista Pictures/ Walt Disney Productions, 1994. (VHS) (88 min.).

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. 20-17, 1995.

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

ALMEIDA, Marisa S. D. N. Teixeira de. A Publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53/11, p. 11-38, 2005.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14/41, p. 41-51, 1995.

ARISTÓTELES. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004. (Coleção Os Pensadores).

AULOY, Jean-Calais; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3/78, p. 78-87, 1992.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 2005.

BELL, Art Linson Cean Chaffin Ross Grayson. **Clube de Luta**. Manaus: Videolar S.A., Twentieth Century Fox Home Entertainment Brazil, 2004. (DVD) (139 min.).
BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9/25, p. 25-57, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor:** Código de Defesa do Consumidor. 6. ed. Atualização de Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BONATTO, Cláudi; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor:** principiologia, conceitos contratos. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BONDER, Nilton. **O Segredo Judaico de Resolução de Problemas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

_____. **Ter ou não ter, eis a questão!** A sabedoria do consumo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BOTTON, Alain de. **Filosofia Para o Dia-a-dia**. Manaus: Videolar S.A., Abril, 2007. (DVD) (72 min.).

BRASIL. CAMARA DE DEPUTADOS. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 20 ago. 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main>. Acesso em: 9 abr. 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. Direito do Consumidor. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/dpdc>. Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 327257/SP RECURSO ESPECIAL 2001/0057239-4. Terceira Turma. Relator Min. Nancy Adrighi (1118). Julgado em: 22/06/2004. Publicado em: DJ 16.11.2004, p. 272. Disponível em: Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 604172/SP RECURSO ESPECIAL 2003/0198665-8. Terceira Turma. Relator Min. Humberto Gomes de Barros (1096). Julgado em: 27/03/2007. Publicado DJ 21.05.2007, p. 568. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 jun. 2008.

BRASILIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.01.1.102028-0 - QUARTA TURMA CÍVEL. Apelantes: Conspiração

Filmes Entretenimento Ltda e outros. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora Desa.: Vera Andrighi. Revisor Des.: George Lopes Leite. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br>. Acesso em: xx xxx.
CARVALHO, Nely de. **Publicidade** – A linguagem da sedução. 3. ed. 7ª impressão. São Paulo: Ática, 2006.

CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. 7. ed. São Paulo: Summus, 2006.

CAMPBELL, Joseph. **As máscaras de Deus.** Mitologia primitiva. Tradução Carmem Fischer. 7. ed. São Paulo: Palas Athena, 2005.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Traduzido por A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação.** São Paulo: Coimbra, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

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

CHANNOUF, Ahmed. **Les images subliminales.** Paris: Puf, 2000.

COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Publicidade:** é possível escapar? São Paulo: Paulus, 2003.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Tradução da 5ª edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Disponível em: <http://www.conar.org.br>. Acesso em: 27 jun. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. **RT**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 386/26, p. 26-35, 1967.

COSTA, Judith Martins. Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3/127, p. 127/154, 1992.

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

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução Estela dos Santos Abreu. 9ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade**. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997.

ECO, Humberto. **História da Beleza**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2004.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2. ed. revista e atualizada, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

EPICURO. **Carta sobre a felicidade (a Meneceu)**. Tradução e apresentação de Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Unesp, 2002.

FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conar. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50/153, p. 153-170, 2004.

FARIA, José Eduardo. **Função Social do Poder Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação** – teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FARINA, Modesto. **Psicodinâmica das Cores em Comunicação**. 4. ed. 7ª reimpressão. São Paulo: Edgard Blücher, 2005.

FEDERIGHI, Suzana Maria P. C. P. **Publicidade Abusiva** – Incitação à Violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FERNANDES, Daniela Bacellar. **Responsabilidade Civil & Direito do Consumidor** – em face das mensagens subliminares. Curitiba: Juruá, 2005.

FERRACCIÙ, João De Simoni Soderini. **Marketing promocional:** a evolução da promoção de vendas. 6. ed. São Paulo: Pearson PrenticeHall, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FREUD, Sigmund. São Paulo: Nova Cultural, 2005. (Coleção Os Pensadores).

FURLAN, Valéria C. P. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10/97, p. 97-125, 1994.

GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** Edição revista e ampliada. São Paulo: EPU, 1998.

GIACOMINO FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4. ed. São Paulo: Summus, 1991.

GOMES FILHO, João. **Gestalt do objeto:** sistema de leitura visual da forma. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Escrituras, 2008.

GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade: Comunicação Persuasiva.** Porto Alegre: Sulina, 2003.

_____. (Org.). **Fronteiras da publicidade** – faces e disfarces da linguagem persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2006.

GOVATTO, Ana Claudia Marques. **Propaganda Responsável:** é o que todo anunciante deve fazer. São Paulo: Senac, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrin et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Heidegger.** Traduzido por Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultura, 2005. (Coleção os Pensadores).

_____. **Ser e Tempo.** Traduzido por Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança.** São Paulo: Juruá, 2006.

HILLENBURG, Stephen – **Bob Esponja: a 2ª temporada completa** (Disco 1) Episódio: Nas Botas do Chefe. Manaus: Videolar S.A., Paramount Pictures, 2006. (DVD) (150 min.).

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em: <http://www.idec.org.br>. Acesso em: 26 mar. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: **<**http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=933&id_pagina=1**>.** Acesso em: 28 mar. 2008.

JAFFE, Joseph. **O Declínio da Mídia de Massa** – Por que os comerciais de TV de 30 segundos estão com os dias contados. São Paulo: M.Books do Brasil, 2008.

JUNG, Carl Gustav *et al*. **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

KEY, Wilson Bryan. **Subliminal ad-venture in erotic art.** Boston: Branden Publishing Company, 1992.

LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise.** Tradução: Pedro Tamen. 4. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LARENZ, Karl**. Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEE, Stan; RAIMI, Sam. **O Homem-Aranha.** Manaus: VideoLar S.A./Columbia Pictures, 2002. (DVD) (128 min.).

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas relações do consumo**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda.** São Paulo: Atlas, 2003.

LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor:** aspectos práticos: perguntas e respostas. 2º ed. Bauru: Edipro, 2000.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10/7, p. 7-20, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ideologia e Constituição**. Constituição e Constituinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.37-49 1987.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Isonomia**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEYER, Philippe. **O olho e o cérebro:** biofilosofia da percepção visual. São Paulo: Unesp, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV.

MOROSINI, Fabio. Visões acerca do novo direito da comunicação de massa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50/182, p. 182-214, 2004.

MORRIS, Desmond. **O Animal Humano**. Tradução: Jorge Lima e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiros de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3/44, p. 44-77, 1992.

_____. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.15/210, p. 210-214, 1995.

_____. **Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2 ed. rev. e ampl., atualizado até 02.05.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Idéias do mundo antigo. A equação do justo e o direito de obrigações. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20/11, p.11-32, 2004.

_____. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21/11, p. 11-21, 2005.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NICOLA, Ubaldo. **Antologia ilustrada de filosofia:** das origens à idade moderna. Tradução: Maria Margherita De Luca. São Paulo: Globo, 2005.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 17.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. revista, modificada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005, 3ª tiragem, 2006.

PARÍS, Carlos. **O animal cultural:** biologia e cultura na realidade humana**.** Traduzido por: Marly de Almeida Gomes Vianna. São Carlos: EdUFSCar, 2002.

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

PALOV, Ivan Petrovich. São Paulo: Nova Cultural, 2005. (Coleção Os Pensadores).

RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas.** Massas, televisão, cinema. Tradução: Luís Filipe Sarmento e Isabel Salvado. 2ª ed. Porto: Campo das Letras, 2000.

RICHERS, Raimar. **O que é Marketing.** 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8/58, p. 58-68, 1993.

ROLSTON III, Holmes. **Evironmental Thics:** Duties to and Values in the Natural World. Philadelphia: Temple University Press, 1988.

_____. **Conserving Natural Value**. New York: Columbia University Press, 1994.

SAMPAIO, Rafael. **Propaganda de A a Z**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda:** teoria, técnica e prática. São Paulo: Thomson Learning Edições, 2006.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

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

SCHOEPFLIN, Maurizio. **O amor segundo os filósofos**. Tradução Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2004.

SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor:** identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006.

SHIMP, Terence A. **Propaganda e promoção:** aspectos complementares da comunicação integrada de marketing. Tradução: Luciana de Oliveira da Rocha. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Práticas mercantis no direito do consumidor**. 1. ed. (1999), 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.
SINGER, Peter. **Ética prática.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43/178, p. 178-191, 2002.

SPURLOCK, Morgan. **Super Size Me - A Dieta do Palhaço.** Manaus: Samuel Goldwyn Films/Imagem Filmes, 2004. (DVD) (98 min.).

TOLEDANO, Joseph; QHAMID, El. **Erotismo e Sexualidade no Antigo Egito.** Tradução: Suzel Santos e Carlos Nougué. Barcelona: Folio, 2007.

TRENTIN, Melina Penteado. A publicidade abusiva e o racismo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11/84, p. 84-100, 1994.

VALLS, Álvaro L. M. **O que é Ética.** São Paulo: Brasiliense, 1996.

VOLLI, Ugo. **Semiótica da publicidade:** a criação do texto publicitário. Tradução de Maria Luísa Jacquinet. Lisboa: Edições 70, 2003.

VOLPI, Alexandre. **A História do Consumo do Brasil** – Do mercantilismo à era do foco no cliente. São Paulo: Elsevier, 2007.

WACHOWSKI, Andy; WACHOWSKI, Larry. **The Matrix**. São Paulo: Warner Bros., Warner Bros. Entertainment, 1999. (DVD) (136 min.).

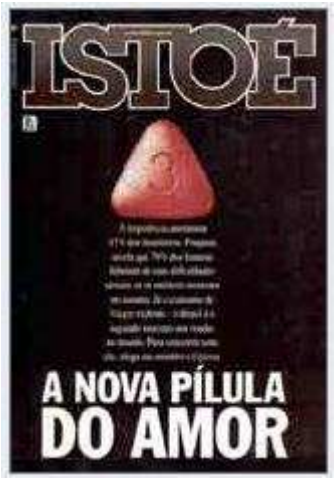
WINSNIK, José Miguel. **O som e o sentido.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da promoção e merchandising:** conceitos e estratégias para ações bem-sucedidas. São Paulo: Pionera Thomson Learning, 2005.

Anexos

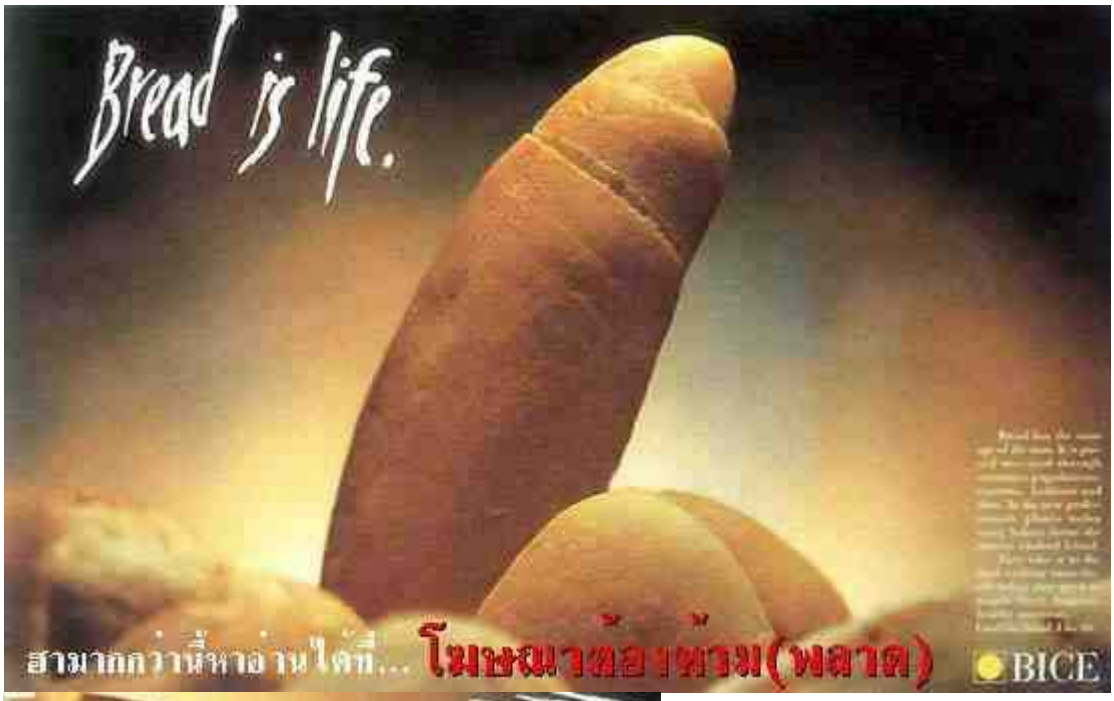
ANEXO A – Revista MTV

ANEXO B – Revista Isto é



ANEXO C – O falo na estilização de veículo

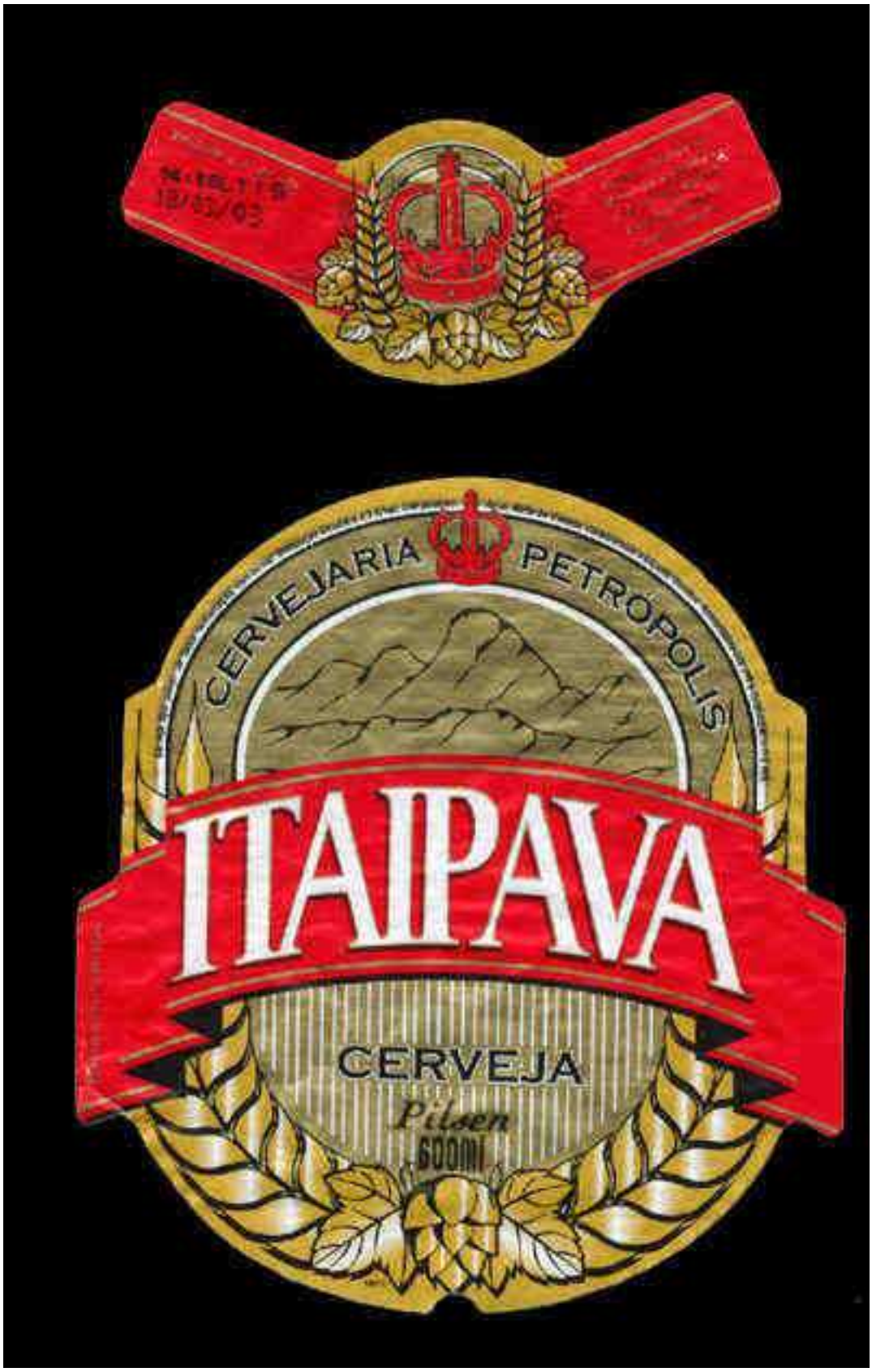
ANEXO D – O falo na publicidade

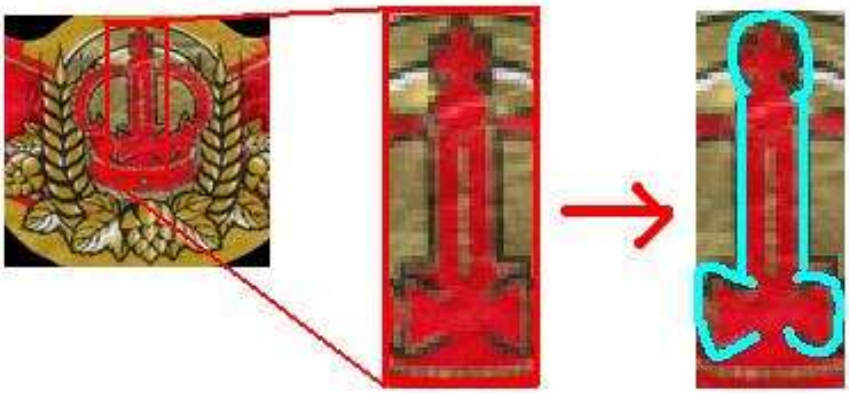


ANEXO E – o falo em placa comercial

ANEXO F – O falo na embalagem do bombom Ouro Branco

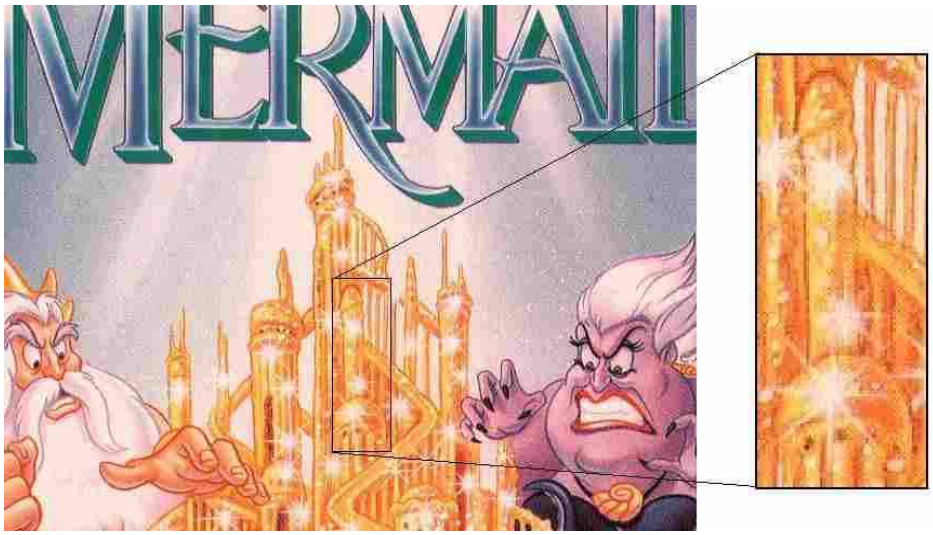
ANEXO G – O falo no rótulo da cerveja Itaipava





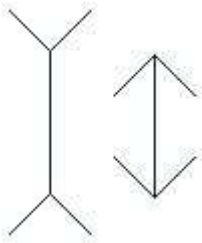
ANEXO H – O falo no logotipo da Rede Globo de Televisão

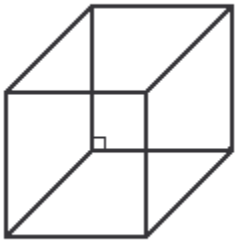
ANEXO I – O falo no desenho A Pequena Sereia

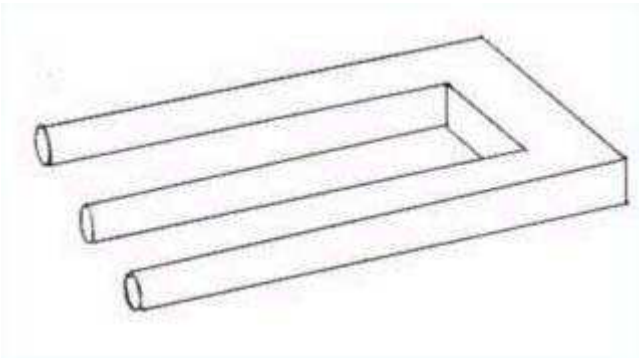


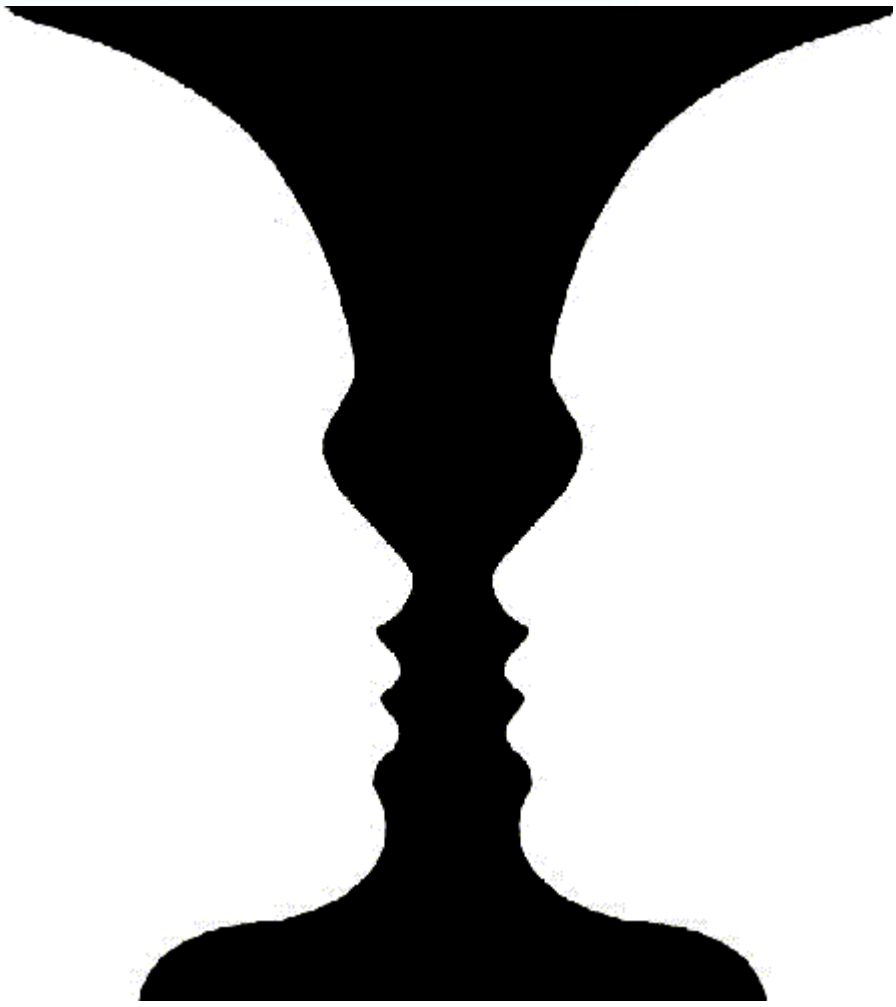
ANEXO J – As placas do McDonald's espalhadas em várias cidades do Brasil, como em Santos (SP) e Fortaleza (CE) indicam não só, por exemplo, o aeroporto, mas também onde há um McDonald's. Não aquelas placas publicitárias, mas placas de trânsito mesmo, indicando McDonald's como se fosse um bairro. Você pode até se perder no meio de todos aqueles "canais" em Santos, mas você sempre encontrará um McDonald's pelas placas.

ANEXO K – a Ilusão de Muller-Lyer, o cubo de Becker, o tridente de Schuster e a figura de Rubin

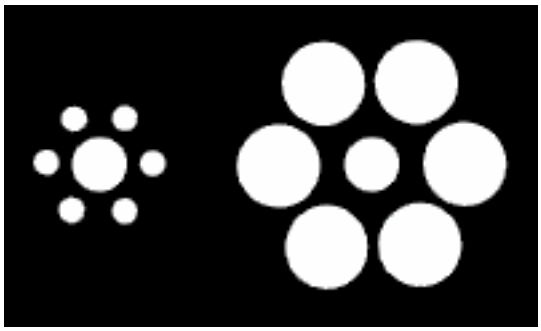


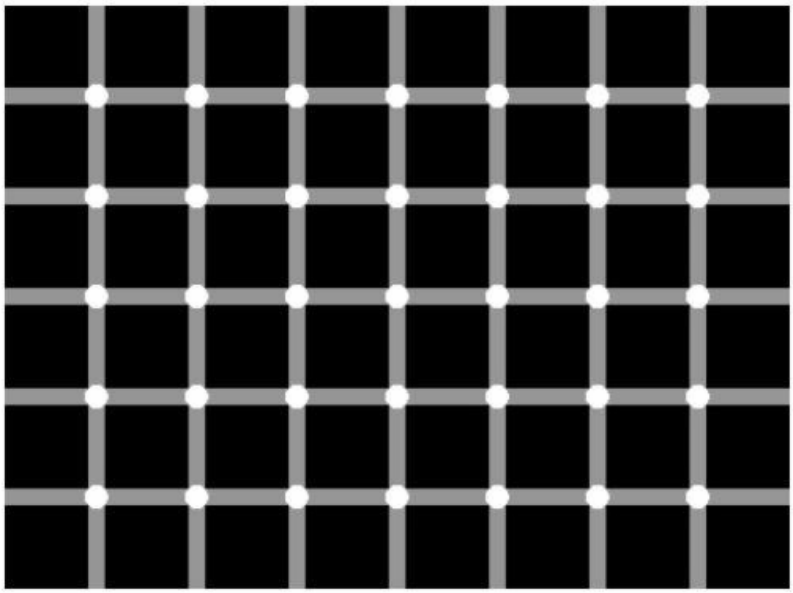






ANEXO L – Na primeira figura, tem-se a impressão de que a bola central à esquerda é maior, mas na verdade ambas têm o mesmo tamanho. Na segunda figura, fica claro como a visão pode ser facilmente enganada. Na terceira figura, não percebemos a repetição.





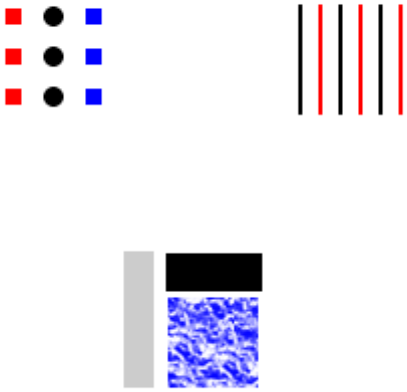
conte as bolinhas pretas

NÃO
PARE NA
NA PISTA

ANEXO M – La vie en rose e pato-coelho

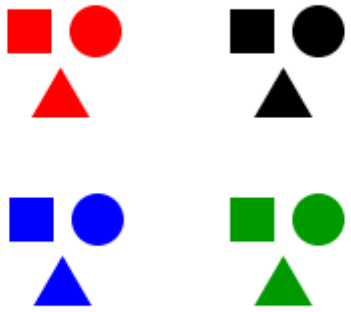
ANEXO N – Segregação

Segregação



ANEXO O – Unificação

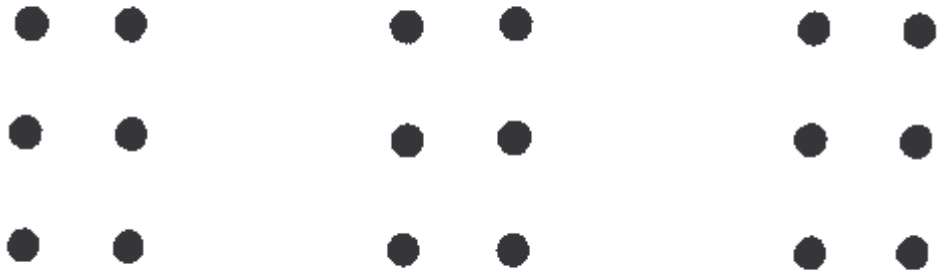
Unificação



ANEXO P – Fechamento

ANEXO Q – Proximidade

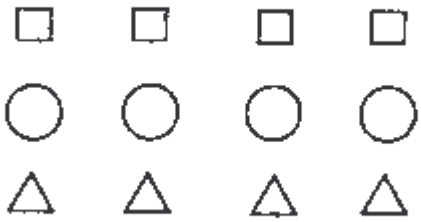
1. **Proximidade** — os elementos mais próximos tendem a ser agrupados:



Vemos três colunas e não três linhas na figura.

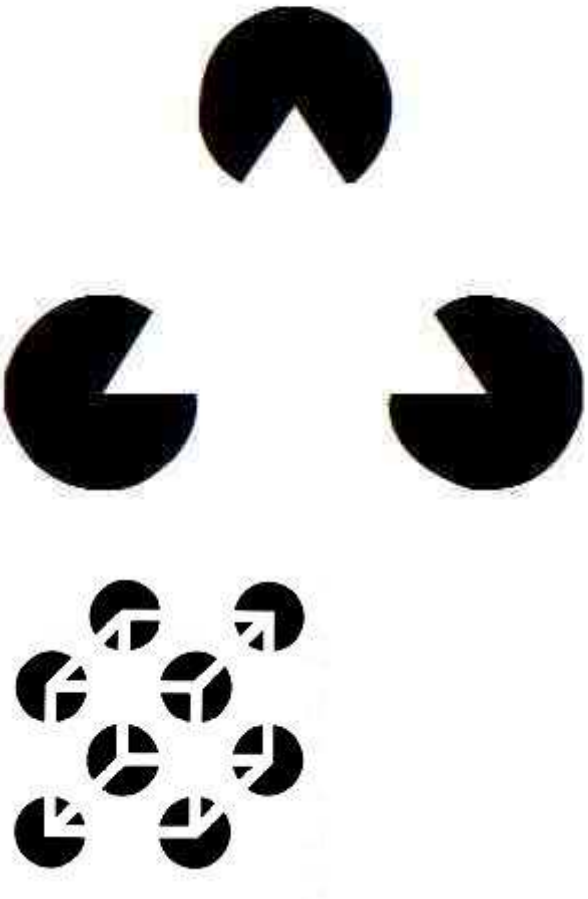
ANEXO R – Semelhança

2. **Semelhança** — os elementos semelhantes são agrupados:

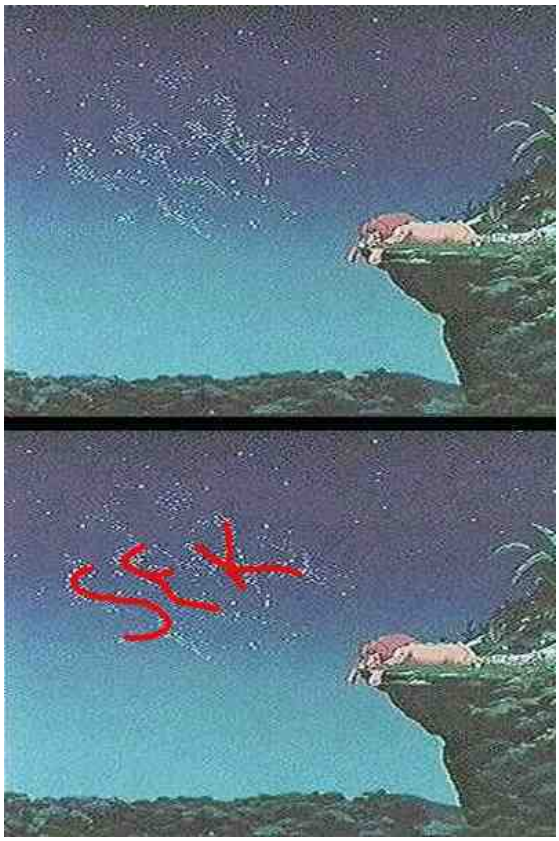


Vemos três linhas e não quatro colunas.

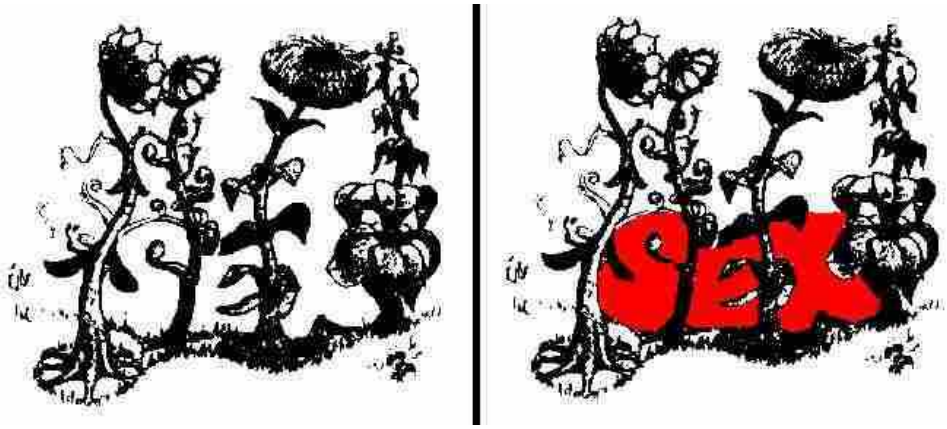
ANEXO S – Triângulo e cubos que não existem que são visualizados pela técnica da Gestalt



ANEXO T – Rei Leão



ANEXO U – Publicidade da Gucci



ANEXO V – Desenho de Escher

ANEXO X – Arcimboldo – Jurista

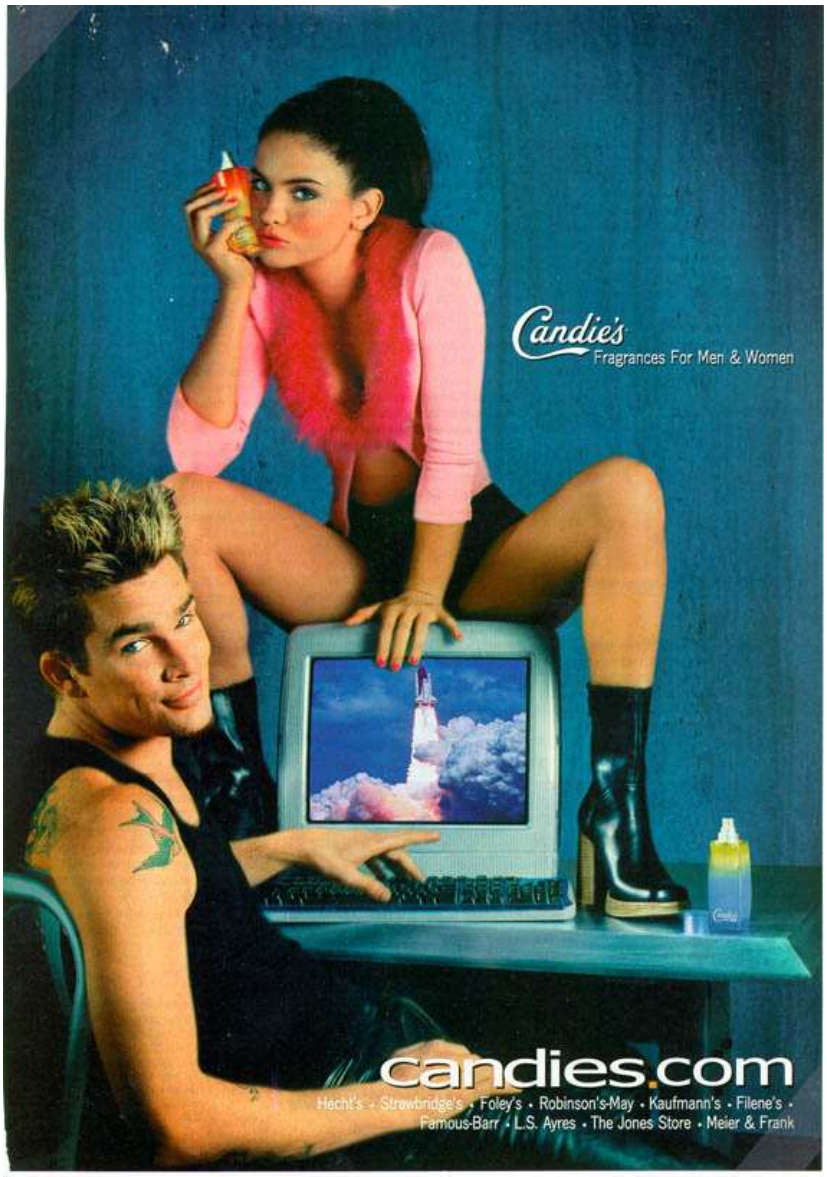
ANEXO Z – Bolo

ANEXO AA – Lubrificante íntimo

ANEXO AB – Publicidade da Souza Cruz e do Mundo de Marlboro

ANEXO AC – Publicidade da coca-cola

ANEXO AD – Publicidade de perfume

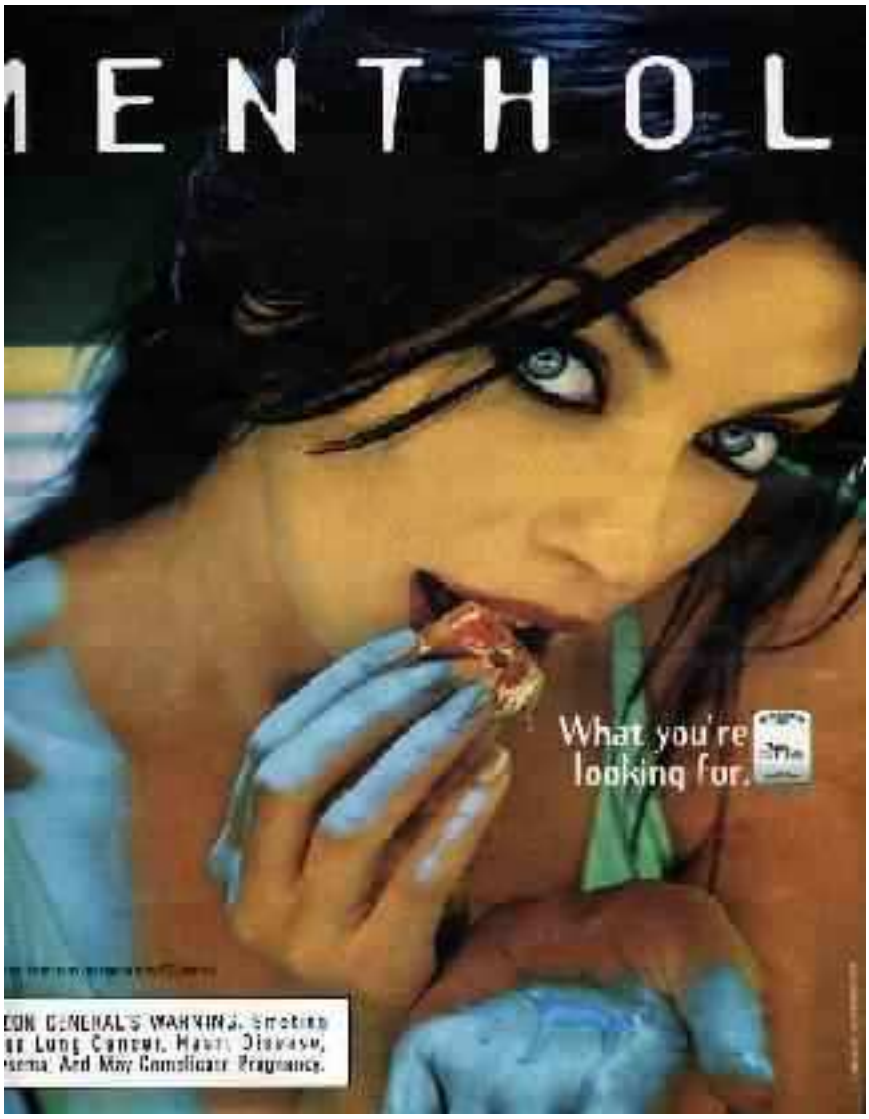


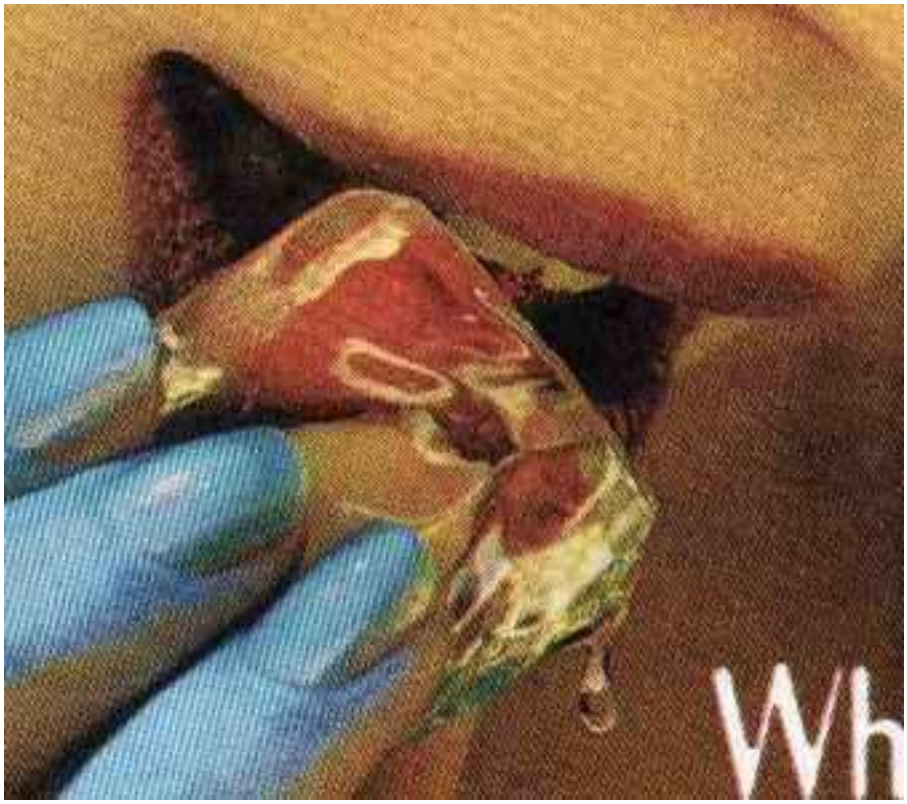
ANEXO AE – Desenho animado Bernardo e Bianca

ANEXO AF – Desenho animado Bob Esponja calça quadrada

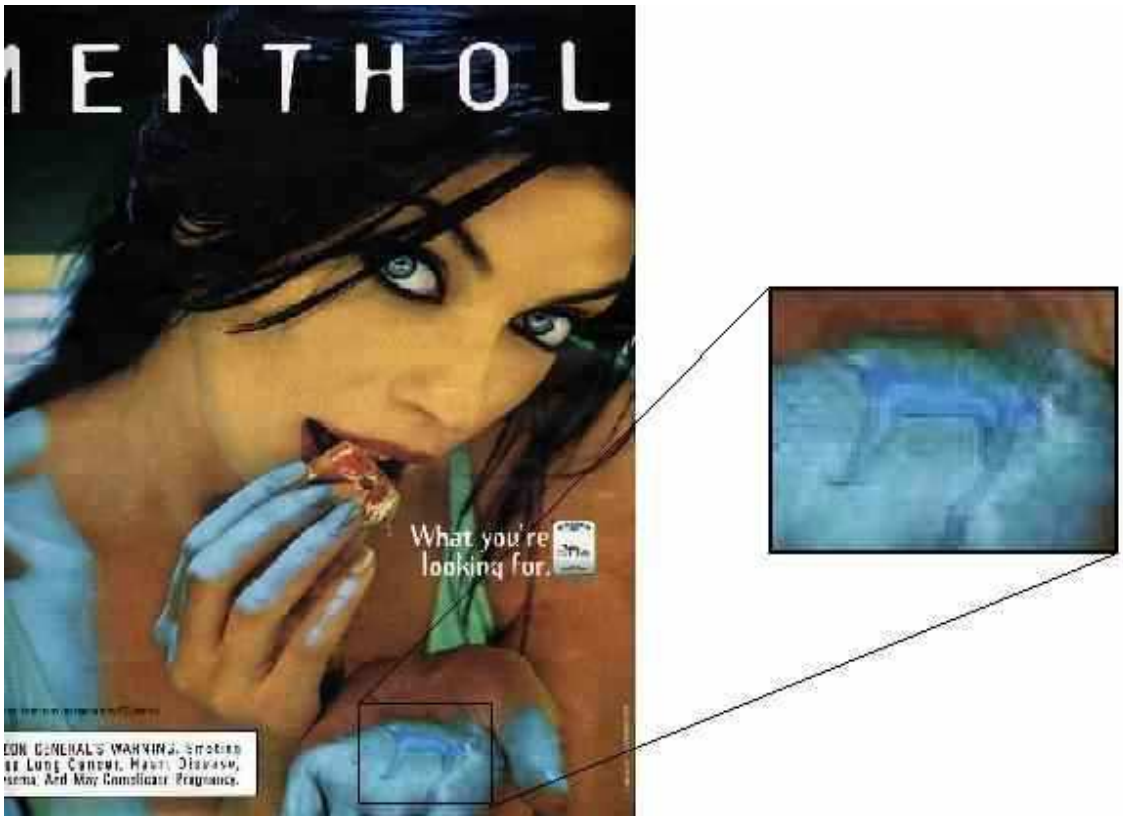
ANEXO AG – Lata do refrigerante Guaraná Antártica

ANEXO AH – Menthol

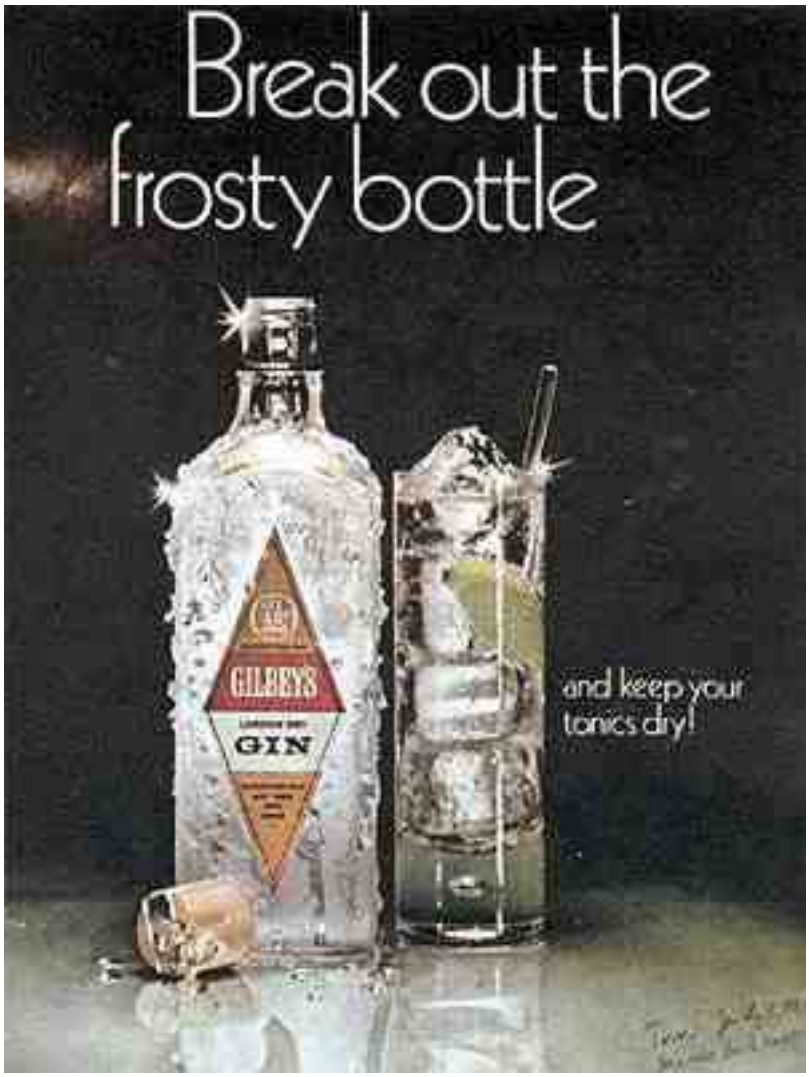


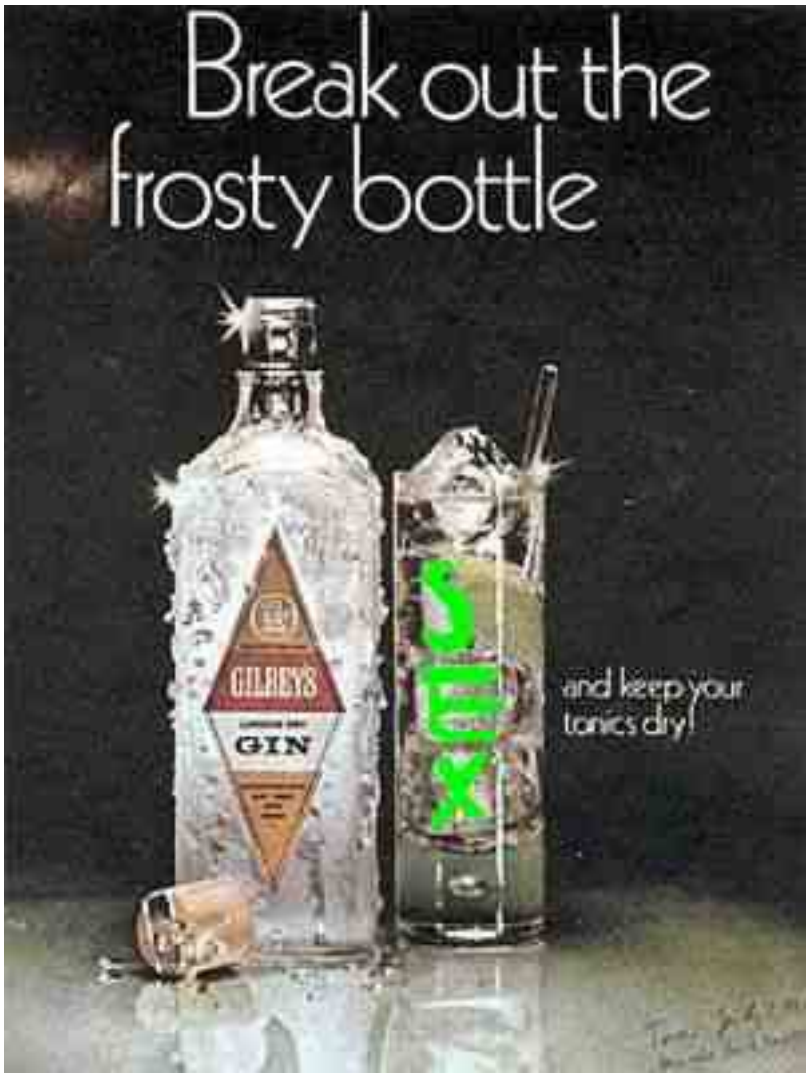

Wh

Wh


ENTHOL
What you're
looking for.

ANEXO AI – Gin


Break out the
frosty bottle
GILBEYS
GIN
and keep your
tonics dry!


Break out the
frosty bottle
GILBEY'S
GIN
and keep your
tonics dry!

ANEXO AJ – Seqüência do filme Homem-Aranha. Primeiro surge o imperativo “eat” (coma) e em seguida o logotipo do McDonalds

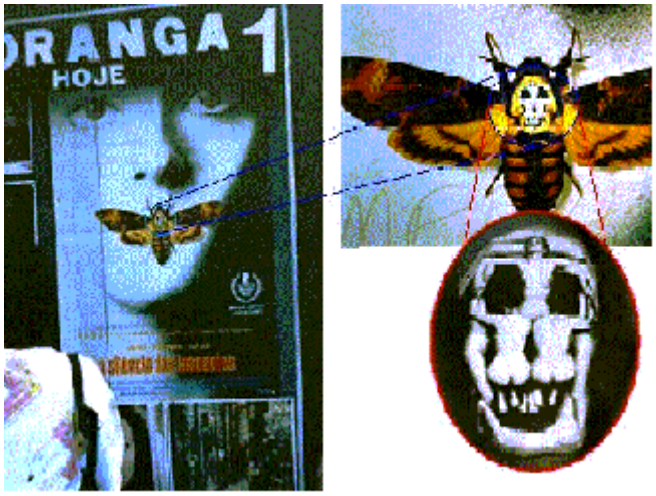
ANEXO AK – Seqüência do filme Matrix, com a publicidade da HP

ANEXO AL – Seqüência do filme Clube da Luta, com inserção de quadro fálico na cena final.

ANEXO AM – História em quadrinho do Horácio

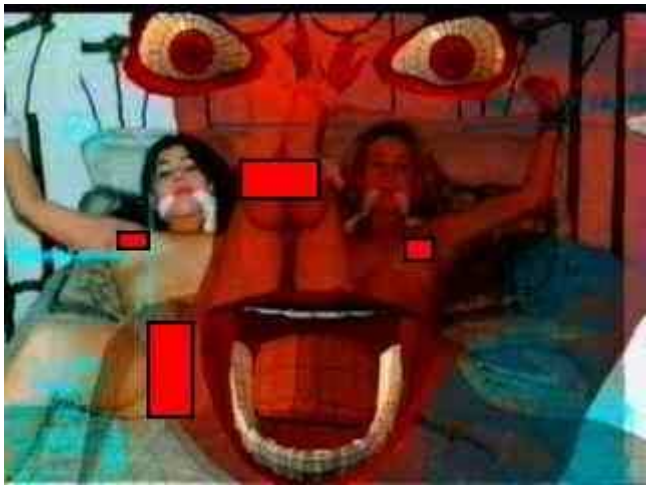
ANEXO AN – Embalagem do McDonalds

ANEXO AO – Cartaz do filme o Silencio dos Inocentes



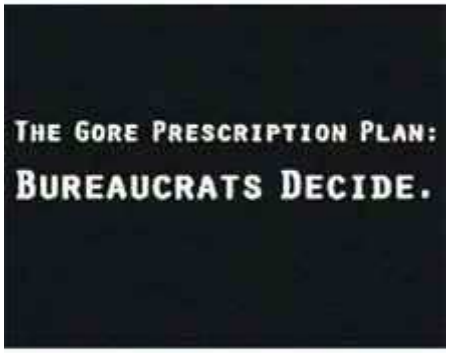
ANEXO AP – Rótulo da cerveja Imperial

ANEXO AQ – Vinheta veiculada na televisão MTV de forma subliminar



ANEXO AR – Jogo de vídeo-game

ANEXO AS – Propaganda subliminar na campanha presidencial Bush-Gore



ANEXO AT – Lula e o polêmico terceiro mandato

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo