XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

VALTER MOURA DO CARMO

JOANA STELZER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI /UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Joana Stelzer, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-176-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Globalização. 3. Responsabilidade nas relações de consumo. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

É sempre uma satisfação apresentar o volume 'Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo', publicado pelo CONPEDI. Em tempos globais, cumpre refletir acerca da aquisição de produtos e serviços que vão desde a necessidade (consumo) até a patologia (consumismo). Parece que a forma domina o conteúdo, esmagando a sociedade que necessita dos produtos e serviços, mas que também massacra pela venda do desnecessário.

Se fizermos um exercício em análise ao cotidiano da sociedade, é possível perceber o aspecto doentio da aquisição, o produto pirata, o exagero, a compra hiperbólica. Ainda nessa esteira, verificar-se-á o consumidor enganado, a farsa publicitária, a hipervulnerabilidade perante o mercado.

Sob tal perspectiva, os estudos aqui reunidos nos levam a acreditar que um Código de Defesa do Consumidor não seja suficiente. O Direito - como ferramenta para equilíbrio das relações sociais - precisa ser rico o suficiente para articular as múltiplas negociações que se desenvolvem. Nesse estudo que o leitor encontra em mãos, será possível avaliar uma série de situações que exige do legislador muita precaução, como a responsabilidade civil das redes sociais, dos transportadores aéreos, dos ilícitos concorrenciais, do greenwashing ou dos debatidos planos de saúde. É a sociedade pós (ou hiper)moderna em ação, com pontos de contato com outros diplomas, como a legislação civil, os direitos humanos e os danos morais.

Se um Código não basta, é verdade também que o consumidor não se resume àquele que compra diretamente, pois há toda uma massa de manobra envolvida nas perversas condições de consumo, circunstâncias que envolvem as crianças e todos atingidos pelas respectivas narrativas que criam situações de vulnerabilidade no anseio de captar a clientela (storytelling).

A dignidade humana parece ter ficado em segundo plano. Hodiernamente, somos o que consumimos? Obscurece-se o humano para fazer frente às marcas, somos a marca que vestimos. Há entre nós uma poesia concreta que exige um comprar desvairado para vestir nossa identidade. Seria tal a circunstância a explicar o desvairado número de superendividamento? Esse é sempre um tema recorrente em nosso Grupo de Trabalho, tamanho o absurdo das situações de esgotamento financeiro que camadas significativas da população enfrentam.

Essa miríade de acontecimentos é a complexa sociedade de consumo que os estudos aqui contemplados procuram desvendar. Um mundo cada vez mais das mercadorias e da relações das coisas, mediada pelo dinheiro, de um insensível isolamento. Ao Direito caberá, em arrojadas linhas, recompor o jogo das sombras que caracteriza nossa sociedade contemporânea do 'ter' ao invés do 'ser'. As pesquisas aqui contempladas procuram contribuir com essa discussão e apontam para possíveis soluções. Desejamos a todos uma profícua leitura !

Profa. Dra. Joana Stelzer (UFSC)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (UNIMAR)

PUBLICIDADE OU PROPAGANDA - MORFOLOGIA DOS INSTITUTOS: UMA DISTINÇÃO DOUTRINÁRIA E PRÁTICA

ADVERTISING OR PROPAGANDA - MORPHOLOGY OF INSTITUTES: A DISTINCTION DOCTRINAL AND PRACTICE

Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes De Carvalho [1]
Francisco De Assis Oliveira [2]

Resumo

O presente estudo visa aprofundar o conhecimento e diferenciação acerca dos institutos denominados publicidade e propaganda. No contexto, traz diversos ícones congêneres e suas aplicações empíricas, a distinção doutrinária no campo da comunicação social, do direito e diversas áreas do saber. Caracteriza a desigualdade aos que possuem conhecimento dialético e jurídico dos que usam a linguística de massa quotidiana. Sustenta a diferenciação, em especial na proteção aos direitos do consumidor no Brasil, esclarecendo a tênue diferença entre a publicidade lícita e ilícita do instituto propaganda, criticando a igualdade de nomenclaturas, bem como a forma de aplicação na seara jurídica.

Palavras-chave: Direito do consumidor, Publicidade, Propaganda, Etimologia dos institutos, Responsabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to deepen the knowledge and differentiation about the institutes called publicity and advertising. In the context, it brings several congeners icons and their empirical applications, the doctrinal distinction in the field of social communication, law and various fields of knowledge. Features inequality to those with knowledge dialectical and legal aspects of using the language of daily mass. Supports the differentiation, especially in the protection of consumer rights in Brazil, accounting for the slight difference between lawful and illegal advertising propaganda institute, criticizing equal nomenclatures, as well as the application form in the legal harvest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer rights, Advertising, Advertising, Etymology of the institutes, Responsibility

---

[1] Especialista e Mestrando

[2] Especialista

1. Introdução

Num mundo pautado na informação quase global, a comunicação ultrapassou barreiras diversas, trazendo há todos os instantes teoremas, dúvidas, debates, incongruências, ou seja, abordagens das mais diversas em todas as áreas e contextos.

Quando se depara com a interdisciplinaridade, no tocante a integração recíproca entre duas ou mais disciplinas (matérias), com campo de conhecimento dos mais abrangentes, pode-se explicitar que o assunto possui um condão de diversidades, seja técnico, gramatical, filosófico, religioso, político e tantos outros que enaltecem a diversificação das ciências e estudos.

Sapiente que o presente estudo possui o escopo na preocupação de delimitar as expressões "publicidade" e "propaganda", que por muitos que militam na seara da comunicação chegam a ser preconizadas como sinônimos. Não é de se espantar que dentro da miscigenada doutrina jurídica, também a quem se depara com a mesma intenção liberal de pontuar as expressões em comento como similares, quiçá idênticas – o que ora se embatem os autores, *a priori,* por não aceitar tal liberalidade.

Logo, resgatam-se contornos polêmicos e interessantes acerca da dúvida ou não de existência de diferenciação dos institutos em enfrentamento, devendo ser abordado à morfologia dos ícones e seus conteúdos pragmáticos, salientando a diferenciação que se obstina em acreditar e defender.

2. Da conceituação dos institutos, suas diferentes características, problemáticas e estruturas usuais

Para entender a celeuma que se pauta no ostracismo de alguns entendimentos pormenorizados, deve-se inicialmente conceituar os ícones em destaque.

Neste diapasão, a intenção não é outra do que explicitar que no mundo pluralista do Direito a expressão publicidade se confunde com propaganda, tornando-se dialética particular dos agentes militantes, bem como da maioria esmagadora de cidadãos, que por vício linguístico e/ou ausência de conhecimento básico de normas e diretrizes, permite um conhecimento menos aprofundado e distante de um consenso (desconstrução de uma certeza simbólica).

3. Do contexto geral e dos diversos institutos

Pode-se engendrar que a "publicidade" está ligada diretamente a uma ideia de propagação geral, que aumenta seu conceito básico ao se afirmar que apresenta em sua forma um objetivo econômico, fugindo basicamente de uma informação sem maiores enlaces, advinda na maioria das vezes de anúncios pagos e veiculados de uma forma midiática para transformar a informação em persuasão – ou seja, para a fomentação da aquisição de outrem por aquilo que se busca difundir.

Neste sentido, explicita-se que ao se aprofundar na semântica de que tal instituto tem conotação peculiar na seara de Direito, depara-se em especial com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 36 ao 38), onde se clarifica a finalidade consumerista do evento "publicidade".

Em suma, antes de se estabelecer uma suposta certeza, também se deve diferenciar *ab initio* as expressões: informação, anúncio, publicidade e oferta, para melhor entendimento futuro dos institutos e da problemática arrostada.

Eloquência se dá à premissa de que por mais parecidos sejam os institutos supracitados, não se pode dar singela participação as suas formas e prognósticos, haja vista que podem até serem misturados e abrangidos um pelos outros, todavia não são de todo corpos estruturais totalmente gêmeos. Ora, salienta-se então que a publicidade é um anúncio veiculado pela mídia comunicativa, ou melhor, por qualquer meio de comunicação (televisão, jornal, rádio, anúncios, panfletos, folder, entre outros).

Assim, sugere-se, por lógica, que o anúncio nada mais é do que a disseminação publicitária.

4. O instituto denominado "informação"

Outrossim, abarca-se que a informação é algo mais amplo e indefinido, pois envolve desde o rótulo, embalagem, cartão, fala e respostas de prepostos, atendimentos, "de boca", explicações de garçons, de gerente e de vendedores, ou seja, até as informações técnicas e outras que sejam levadas ao interlocutor (RIZZATO NUNES, 2009, pág.468). Não se pode tornar silente em direcionar que toda publicidade gera uma informação, entretanto, nem toda informação é uma publicidade.

5. Da oferta e suas interpretações legais e subjetivas

A pergunta que sobra então seria: Do que se trata a oferta na relação consumerista?

Cria-se por oportuno, um mecanismo inteligível que permite afirmar que a oferta passa a ser um veículo de comunicação (mensagem) que transmite a informação e a publicidade.

Por este caminho, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) estabelece que oferecida à mensagem (oferta), inobstante momentaneamente se informativa ou publicitária, resta ao fornecedor a ela vinculado seu cumprimento (CDC, art. 30). Salienta-se, ainda, que a oferta não só vincula aquele que a oferece, como também se tornará parte integrante do pacto a ser firmado (pré-contrato).

Resta hialino doutrinariamente, bem como na prática usual, que o fornecedor de produtos ou serviços que coloca no mercado uma oferta, não poderá retornar ao *status quo ante* como se ela não existisse, tendo em vista que preconiza o CDC a permissão do consumidor de exigir o cumprimento daquilo que foi ofertado, inclusive forçosamente (CDC, art. 35).

Nesta mesma ordem, é direito básico do consumidor o acesso à informação clara, concisa, ostensiva e em língua portuguesa (CDC, art. 31 c/c art. 6º, III), o que denota a direção que deve seguir o "veículo" denominado oferta.

Outra polêmica acerca da mensagem publicitária difundida pela oferta é quando a mensagem não tem como pano de fundo a precisão da informação, restando uma incongruência ao texto em alhures. Retira-se desta problemática que as informações exageradas, advindas por ficção, comentários ínfimos ou até exagerados (guardada a devida proporção), desde que não leve o interlocutor ao erro clássico (consumir por claudicação – engano/ardil), deve ser considerada como "*puffing*", ou seja, a princípio não vinculará o fornecedor por ser considerado marketing "demasiado" (exemplo: Vendo apartamento pertinho do céu – fato coligado a altura do empreendimento, que destarte não levará o consumidor a imaginar que está entre as nuvens – o que seria um absurdo).

Resta hialino que tudo tem um limite, mesmo que subjetivo e lacônico, pois a quem atribuía também à possibilidade da utilização da hipérbole humorista (piadas que servem para uma melhor aproximação ou memorização, que não devem ser consideradas erro clássico e tendencioso).

Ulterior preocupação, que se atém a mensagem ofertada é quanto ao infortúnio causado pelo "erro grosseiro", que na maioria das vezes nasce na confecção da transmissão da missiva. Para não carecer dúvida, deve-se exemplificar que é contundente e muito vinculado na mídia hodierna, acerca de que a oferta deve ser cumprida independentemente do ocorrido, ou seja, se em caso uma televisão for colocada à venda com preço módico, por "erro no anúncio", o fornecedor não pode se recusar a vendê-la, pois estaria contrariando a vinculação obrigatória que alteia o CDC.

Segue o exemplo: Determinada loja de varejo resolve anunciar em jornal de grande circulação a venda de uma TV de 60 (sessenta) polegadas, pelo preço de R$ 5.300,00 (cinco mil e trezentos Reais), mas por infelicidade o anúncio é promulgado com erro, saindo publicada a importância de R$ 53,00 (cinquenta e três Reais). Notadamente, a grande maioria do público consumerista entende que se o valor da mercadoria foi anunciado erroneamente, o fornecedor tem a obrigação de cumprir a oferta. Entretanto, para melhor ilustração do tema, faz-se necessário a interpretação do princípio da boa-fé objetiva que nos traz o próprio Código Consumerista em seu art. 4º, III, o qual se trata de uma regra de conduta entre os envolvidos, ao enaltecer que a relação deve ser conduzida com lealdade, honestidade e confiança, estabelecendo o equilíbrio e, especialmente, no caso em tela, protegendo as expectativas de ambas as partes (princípio da boa-fé negocial).

Assim, como dito, merece debate para que o assunto seja elucidado em parte, até porque a relação possui caráter subjetivo (tal celeuma inclusive cria dicotomia entre os ora autores). Porventura, o que se exalta é que se a boa-fé é um princípio colacionado a ambas as partes (consumidor e fornecedor), que possui o condão de diminuir as diferenças, nada mais justo que também seja utilizada como uma delimitadora ao consumidor no caso do "erro grosseiro", isto é, no caso da televisão ser anunciada por R$ 53,00 (cinquenta e três Reais) ao invés de R$ 5.300,00 (cinco mil e trezentos Reais). Torna-se notório que não se trata de tentativa de ludibriar o consumidor ou de encher os balcões de venda, muito pelo contrário, pois o prejuízo seria enorme. De tal modo, contrapõe-se o exemplo da seguinte forma: Se o anúncio fosse publicado de forma correta (R$ 5.300,00) quantas televisões o consumidor compraria em regra? Quem e como se poderia comprar? Após reflexão breve, pergunta-se: E sendo o fornecedor obrigado à mantença do preço errôneo (R$ 53,00) quantas televisões seriam compradas individualmente? Todos poderiam adquirir o produto? Com certeza aparece um sentindo quantitativo e não qualitativo.

Frisa-se que também poderia aparentar uma aquisição em massa do produto o que se levaria a possibilidade de transpor a expressão "destinatário final" - que se avoca do conceito de consumidor (CDC, art. 2º), isto é, os compradores poderiam usar os bens adquiridos ainda no mercado/comércio?

Indelével é que a discussão em análise parte do erro "grosseiro", sendo certo que no caso de erro normal (indefere conotação ardilosa), aquele que convença o consumidor de uma "suposta verdade", deve permitir exigir o consumidor à efetiva venda pelo preço menor. O consumidor margeado pelo próprio princípio da boa-fé poderá exercer o direito de reivindicar a compra pelo preço ofertado (exemplo: a mesma televisão que possui preço de R$ 5.300,00 foi anunciada pelo preço de R$ 3.500,00 – inadvertidamente alterado os números, onde neste caso é possível o consumidor ter sido levado ao engano). Resta claro que o tema é complexo e subjetivo, datado da vulnerabilidade que se insculpe o consumidor.

6. Do conceito e características da publicidade

Após inúmeros institutos que podem trazer confusão ao tema principal – "publicidade" e/ou "propaganda", adentra-se ao conceito de publicidade: "Meio pelo qual se incentiva o consumo através da divulgação de produtos e/ou serviços definidos, os quais, do ponto de vista mercadológico, possui *animus* econômico". Deste modo, o próprio CDC, em seu art. 36, transcreve que "A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal", ou seja, interpretando o texto legal verifica-se que o sentido dado pelo legislador derivado não é outro do que ao repassar a mensagem publicitária a todos os que a ela tiverem acesso, conhecê-la como publicidade, bem como serem sabedores que estão sendo incentivados a adquirir ou utilizar de serviços e produtos (princípio da identificação obrigatória da publicidade).

Neste momento nova pausa é necessária, haja vista que aparecem algumas espécies do gênero publicidade, que aos "olhos leigos", podem se chocar com a supremacia de identificação supra. Como cediço, a publicidade deve ser clara e imediatamente identificável, pois só assim poderá ser o consumidor protegido da ocultação de natureza promocional. Neste sentido, pauta-se que, diante de uma mensagem encoberta ou simplesmente camuflada, encontra-se o destinatário perante a

uma publicidade oculta, algo vedado pelo nosso ordenamento pátrio, bem como por diversas leis do Direito Comparado.

Em primeira vertente, a doutrina classifica a "publicidade redacional oculta" como uma forma de levar o interlocutor ao engano, pois desvia a intenção da redação/redator a uma mensagem de consumo, capaz de desviar o consumidor das proteções exaradas pela legislação, haja vista que a informação desinteressada passa a ser uma ameaça por se passada de forma clandestina, adentrando a um contexto influente e de forte convencimento. Verifica-se que a "publicidade redacional oculta" é definida como aquela que não passa inicialmente mensagem publicitária, pois aparenta ser uma livre escolha do redator (texto), mas infelizmente possui aspectos e revelações que conduziram ao interlocutor a acreditar que versa somente acerca de caráter informativo, de notícia, de artigo, típico de um serviço imparcial e desinteressado, mas no fundo induz ao consumidor a aquisição e não tão somente a menção jornalística, por exemplo.

Destarte, para melhor aclaração, a Diretiva Européia 2007/65/CE, que versa a princípio sobre exercício da atividade televisiva, expõe que as práticas de televendas devem ser de fácil identificação pelo consumidor, sendo inclusive identificáveis e distinguidas do conteúdo editorial, para que não possuam a correlação e possibilidade de terem a "ideia comprada" pelo público, ou seja, criando óbice ao "garantismo" (proteção) que poderia ter o consumidor ao estar de frente com uma real mensagem publicitária. Desta feita, é vedada a veiculação de publicidade considerada clandestina ou subliminar, haja vista que a sua inserção dentro de um entretenimento, sem que o consumidor perceba a real publicidade, traz consequências nefastas ao próprio princípio da informação e identificação.

Contudo, necessário se faz distinguir por uma linha tênue a possibilidade da existência da publicidade inserida dentro de um entretenimento, pois contrariando o texto supra, a quem concorde e aceite a espécie de publicidade denominada *merchandising.*

7. Da divergência sobre *merchandising (productplacement)*

A princípio o *merchandising* foi considerado uma forma de publicidade oculta, todavia, em diversos estudos e interpretações do que poderia ser escondido do consumidor, pode se ver que para o mercado publicitário esta forma de se fazer

publicidade se tornou um flanco emblemático e natural com o passar dos anos. Ainda assim, para alguns doutrinadores pode se classificar como:

> O *merchandising* é a técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma camuflada, inserindo-os em programas de televisão, rádio, espetáculos teatrais e filmes. O consumidor não sabe que está diante de uma publicidade, pois ela não se apresenta de forma ostensiva, mas ao contrário, é usada dentro de um contexto não publicitário. De fato, quando o telespectador assiste aos comerciais inseridos durante os intervalos dos programas, está consciente de que produtos e serviços serão oferecidos mediante publicidade. Entretanto, quando está assistindo a um filme, teatro ou novela e o ator se refere a uma marca de refrigerante ou cerveja, o telespectador não sabe se está diante de atividade publicitária ou não. (GARCIA, 2010, pag. 236).

Neste colapso hermenêutico, cumpre aos autores discordarem, ao entendem pela mantença do princípio da informação, ou seja, se os meios de comunicações trouxerem em seu conteúdo (seja no início ou no fim do entretenimento) que se trata de produtos anunciados na espécie *merchandising,* deixa de ser uma tentativa hedionda de levar a engano o público, para se tornar uma alternativa de marketing agressivo, pois necessário se faz atualizar os métodos, tendo em vista as constantes modificações midiáticas e a necessidade de transformação na aplicação das normas.

Em sala de aula, um dos autores deste trabalho, expõe em breve síntese, utilizando o lado lúdico, que os publicitários precisaram inovar após os adventos tecnológicos, como por exemplo: "Outrora, as televisões não possuíam controle remoto ou possibilidade automática de mudança de canais, ou seja, no frio, no clima de inverno, no amor pelos colchões, na preguiça, os 'enamorados brigavam' para saber quem levantaria e mudaria o canal, tendo aquela programação em regra continuidade (hipoteticamente ninguém levantava), sendo sapiente que as publicidades transmitidas nos intervalos comerciais seriam quase que sempre 'vividas' pelos telespectadores. Infelizmente, com o advento do controle remoto, é quase correlato que os telespectadores, no momento do intervalo, possam mudar o canal para verificarem outra programação (outro canal), deixando assim a míngua os comerciais publicitários".

Ora, pelo exposto, os estudiosos do meio comunicativo, há muito tempo, perceberam que a inserção durante o entretenimento (*merchandising*)[1] seria a solução para que não se deixasse de apresentar o produto e serviço, desde que não permitisse mensagem camuflada e perniciosa, restando evidente nenhuma implicação a proibição do "*inserimentodiprodotti*"[2] pelo CDC.

8. Da proibição da mensagem subliminar

Em nada se confunde o merchandising com a mensagem subliminar, está última proibida veementemente. No caso da mensagem subliminar, sua intenção é influenciar o consumidor a adquirir ou utilizar certo produto, fazendo parte de algo imperceptível ao consciente, mas que atua diretamente na vontade e desejo comportamental, sendo certo que aos estímulos por ser efêmeros fogem à percepção normal, mas que manipulam o comportamento do indivíduo atuando nos seus impulsos e emoções (persuasão do inconsciente).

Em pesquisa histórica, cumpre esclarecer que o conceito de subliminar surgiu com James Vicary, um especialista em marketing americano, no ano de 1957.[3]A sua técnica consistiu em utilizar um taquitoscópio para projetar imagens em uma velocidade de 1/3.000 de segundo em uma tela, podendo assim exibir imagens entre os quadros de um filme durante uma fração de segundo. Acompanhando a teoria desencadeada, as imagens deveriam ser apresentadas em uma velocidade maior do que a capacidade do olho humano em seguir, não sendo colhidas de forma consciente (percepção). Tal mecanismo atingiria pelo seu idealizador o subconsciente dos interlocutores, sendo quase que absorvido instantaneamente. Para provar sua teoria, supostamente Viscary inseriu frases durante a exibição de um filme, fazendo um comparativo com os que assistiram sem o engenho e aqueles que suportaram a experiência. Supostamente, as

1 A Diretiva Europeia 1989/552/CE sobre radio fusão televisiva, art. 1º - redação 2007/65/CE, define o *productplacement* como "qualquer forma de comunicação comercial audiovisual que consista na inclusão ou referência a um produto ou serviço ou á respectiva marca comercial num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar".

2 Inserimento do produto.

3 http://www.clementeferrer.com/articulos/Lo_subliminal_y_el_neuromarketing.htm - Lo subliminal y el neuromarketing e The Subliminal Persuasion Controversy; Laura Branon e Timothy C. Brock; The Ohio State.

frases (refrigerantes e comestíveis) tiveram um impacto aos que as absorveram, aumentando o percentual de vendas dos produtos que tiveram as frases repassadas.

Conta à estória que James Vicary concedeu anos após uma entrevista admitindo ter modificado parte dos resultados, ou seja, a metodologia não permite nenhuma afirmação conclusiva.[4]

9. Da possibilidade do *teaser*

Indubitavelmente, aos olhos nus, a mensagem publicitária que não identifica o produto e o serviço "deveria" ser considerada mensagem subliminar, mas não é o caso. Uma técnica utilizada pelo marketing para chamar a atenção do consumidor, vem tomando o mercado e trazendo discussões sobre sua validade, pois o procedimento busca envolver os "curiosos" acerca de um produto ou serviço que ainda será lançado (campanha publicitária). Ao despertar a curiosidade ou a expectativa não se pode elencar a campanha publicitária como meio errôneo ou abusivo, pois a ideia de que ninguém teve acesso ainda à informação principal (o próprio produto ou serviço) bloqueia o ensejo de dizer que deveria ser proibida, ou seja, não existe mecanismo que permita ao consumidor de efetuar compra daquilo que ainda não conhece e/ou não teve acesso, mas simplesmente o teor instiga que o interlocutor se interrogue do que se trata.

Tal artifício se denomina *teaser,* fácil de ser verificado em lançamentos de carros encobertos por lonas ou apresentados em curtos comerciais publicitários, somente descobertos e mostrados posteriormente; textos ditos por personagens e perguntas feitas sem respostas, frase de impacto (Ex.: Já tomou hoje? Onde aparecem diversos artistas, mas sem explicação obvia do que se tratava naquele momento), tudo sem um contexto a princípio. Por fim, o que busca a forma publicitária é, inicialmente, que o consumidor se interesse pelo tema e por sua continuidade, sendo cristalino que a mensagem publicitária irá ser resolvida/esclarecida em momento oportuno.

10. Da publicidade enganosa

4 University. http://courses.umass.edu/psyc392a/pdf/brannon&brock.1994.pdf

Explicita a legislação consumerista que a publicidade enganosa é proibida, com previsão expressa no art. 37, *caput*, e §1º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que dispõe:

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

Conforme se verifica a publicidade em destaque decorre do princípio da veracidade da informação, objetivando precipuamente a evitar e reprimir danos ao consumidor diretamente, sendo que sua definição é feita por um rol exemplificativo descrito.

Ademais, a primeira coisa que advém à cabeça é a expressão que se denomina de "enganosa", ou seja, é aquela que vicia a vontade do consumidor em desconformidade com aquilo que pretendia em regra dentro de uma esfera de causalidade. No mesmo seguimento, não se pode confundir tal expressão com "falsidade", pois toda publicidade falsa é enganosa, mas nem toda publicidade enganosa tende a ser falsa. Uma publicidade pode ser verdadeira, mas ao incorrer na ausência de determinado item essencial do produto ou serviço pode estar levando o consumidor ao engano (em regra, por publicidade enganosa por omissão).

É hialino que se iniciam os estudos do CDC, acerca de publicidade enganosa - modalidade comissiva – aquela pelo qual parte da informação ou sua integralidade é falsa, maculando o desejo inerente a sua aquisição (por óbvio que se o consumidor soubesse não compraria) – nesse caso a publicidade está intrínseca ao erro, não se importando o legislador com sua produção (confecção da publicidade), mas sim com o resultado que ela proporciona (não se fala em culpa ou dolo). Pelo mesmo ideal verifica-se:

> Para que tais publicidades sejam consideradas abusivas ou enganosas não é necessária à 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 à 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 fonecedores-auxiliares. (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2006. Pág. 538).

Conforme citado, outra forma de publicidade enganosa é aquela que subtrai informações do contexto geral, conhecida como publicidade enganosa por omissão. Tal evento se dá quando parte essencial for omitida, desde que a omissão tenha o condão de influenciar na escolha do consumidor (CDC, art. 37, §3º: "Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço").

11. Da publicidade abusiva

Da mesma forma, o CDC repudia a publicidade abusiva, conforme o texto legal do art. 37, §2º:

> É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Conforme ocorre com a publicidade enganosa, à abusiva também parte de uma premissa exemplificativa, permitindo o legislador com sua abrangência e lacuna (dentre outras) permitir novas situações modernas e/ou quotidianas.

A princípio, publicidade abusiva é toda aquela que se aproveite da vulnerabilidade do consumidor, bem como aquela que extravase os valores sociais, morais e, também, que derroque o meio ambiente.

Importante à afirmação de SAAD (1999) que cria um método comparativo entre o abuso de direito e a abusividade relatada em uma publicidade, se não vejamos: "[...] À semelhança do que ocorre com o abuso de direito, a publicidade abusiva aparentemente obedece aos cânones tradicionais da comunicação social, mas, em verdade, é prejudicial aos interesses do consumidor e do meio social em que se insere".

Assim, a ideia é de que a publicidade abusiva seja equiparada ao abuso de direito, pois sendo a publicidade colocada à disposição do público consumerista, veste-se de um manto maquiavélico de falsidade moral, não tendo como objeto o próprio produto ou serviço, mas sim a violação dos direitos (ofensa a valores que são caros à sociedade) e os limites estabelecidos pela lei. Ratifica-se que o conceito de publicidade abusiva abarca inicialmente a questão discriminatória, seja de religião, credo, raça, condição social e idade, bem como aquela que incite atos contrários à proteção do meio ambiente, viole ou explore o medo, superstição, etc. Neste tocante, as crianças, idosos e os hipossuficientes tiveram uma maior proteção individual, salientando por vez o cuidado que se ateve o Código Consumerista acerca da vedação a obsolescência programada (como se um produto tivesse fim esperado/programado).

Encerrando esta parte, cumpre explanar que a publicidade enganosa em vista da publicidade abusiva não se confunde, pois mesmo que verdadeira e verossímil seja a publicidade (afastando o engano), seu conteúdo pode ser ofensivo a valores sociais (envolvendo a abusividade).

12. Da propaganda

O presente artigo preconiza a intenção de, por todo o exposto, diferenciar publicidade de propaganda, conceituando-as, bem como explanando suas características e diferenças.

Neste diapasão, necessário se faz buscar a etimologia da expressão "propaganda", pois segundo o Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa, o verbete Propaganda é definido assim: "Do *latin* Propaganda, do gerúndio de *propagare*, coisas que devem ser propagadas. 1. Propagação de princípios, ideias, conhecimentos ou teorias. 2. Sociedade vulgarizadora de certas doutrinas. 3. Publicidade".

Inobstante a constar no estudo da palavra "propaganda" a expressão "publicidade", em especial ao mundo acadêmico jurídico, torna-se capaz de se discutir a conceituação da seguinte forma: Se atém a palavra "propaganda" como ferramenta de divulgação de ideais, ideias, doutrinas, etc., sendo a "publicidade" termo relacionado a produtos e serviços, estimulando o aspecto comercial, pautado em regra na lucratividade.

Noutro ponto há entendimentos exatamente de forma contrária, estabelecendo um paradoxo que a propaganda é mais abrangente, por isso, uma função comunicacional

de um universo enorme de produtos, bens e serviços, pautado sua origem em um orbe criativo e persuasivo. Neste momento, caberia então à Publicidade somente a divulgação, ou seja, o ato de tornar pública alguma coisa, notícia ou fato (governamental, público, etc.).

O legislador originário trouxe na Constituição Federal, em seu art. 220, § 4º, a expressão "propaganda comercial", dando ao entender que uma propaganda poderia ter o fito de ser comercial, ora assemelhando diretamente a expressão publicidade. Frisa-se que a Carta Magna é de 05/10/1988, contendo em seu bojo (ADCT – Atos de Disposições Constitucionais Transitórios, art. 48) a obrigatoriedade da criação de uma lei que estabelecesse a proteção ao direito do consumidor (Lei criada em 11/09/1990), acreditando-se diferenciar "publicidade" de "propaganda" de forma indireta.

Cumpre esclarecer que ao entendimento dos autores com relação aos termos "publicidade" e "propaganda", os quais não são sinônimos para o mundo jurídico, é facilmente verificado quando o CDC em momento algum explicita acerca da expressão "propaganda" (de forma uníssona), mas sim o faz quando transcreve ao texto legal o ícone "publicidade" (trazendo inclusive a vedação de algumas de suas formas).

Para que não sobejem dúvidas, em um estudo mais aprofundado, o interlocutor poderá trazer ao debate que o CDC em "momento oportuno" compreende e avoca a expressão "contrapropaganda" (constante no texto legal), o que de certo, traria a simbologia de sinônimo para as expressões "publicidade" e "propaganda", o que não é verdade, pois com tal prática, ainda se pode melhorar a tese da diferenciação.

Após ocorrer uma publicidade enganosa ou abusiva, de acordo com o CDC em seu art. 60, poderá ser compelido o fornecedor a imposição de uma contrapropaganda, aplicando ao deturpador algumas medidas especiais, isto é, o anúncio exposto será modificado na forma, mantida em regra a frequência, relativizada a dimensão de alcance, ora com espaço equânime e nos mesmos horários, tudo com o intuito de desmistificar o malefício causado (que a medida se efetive a mais próxima possível da repercussão causada com a publicidade ilícita).

Na obra Direito do Consumidor Esquematizado, BOLZAN (2014, pág. 459) estabelece que o CDC ao tratar da contrapropaganda o fez não se importando para qualquer diferenciação entre "publicidade" e "propaganda", ou seja: "[...] Os arts. 56, XII, e 60 do Diploma Consumerista, ao tratar do tema necessidade de veicular nova publicidade escoimada dos vícios de enganosidade ou de abusividade, não denominou o instituto de contrapublicidade, mas contrapropaganda".

Neste corolário cabe-nos a discordância, pois buscou o interlocutor que fosse o fornecedor obrigado a difundir um ideal (desculpas) e não uma "nova" produção comercial (lucro), o que de certo massifica que o teorema de "publicidade" é algo que se busca comercializar - vide lucro, sendo que "propaganda" possui condão ideológico.

Exemplo de caso conhecido e bastante divulgado ocorreu por conta de uma cervejaria que expôs a mulher ao título de "devassa" (sem que possa vir ser considerada tal expressão como publicidade redacional oculta), sendo obrigada a chancelar seus produtos com tarja na cor preta, bem como em rede nacional expor pedido de desculpas e explicação singular do seu caráter intencional. Nesse caso a ideia não era a divulgação da cerveja (publicidade), mas sim o pedido de desculpa com ênfase na publicidade abusiva diagnosticada e repelida.

Salienta-se, também, que não se trata de discussão comercial e lucrativa, mas sim de caráter idealizador e social a respectiva "propaganda partidária" (gratuita) que é exposta em época de eleição (pelo menos o que ideologicamente se pretende), tem por finalidade divulgar, pelo rádio e pela televisão, assuntos de interesse das agremiações partidárias – de acordo com o disposto na Lei nº 9.096/95, arts. 45 a 49.

Finalmente, outro ponto nevrálgico e ao mesmo tempo simples e de fácil explicação, dá-se quando se pode identificar e separar a "publicidade" de uma "propaganda" ao se falar dos mesmos produtos em destaque. Ora, ao aparecer na televisão uma mensagem do governo solicitando que as pessoas utilizem preservativos, pois uma grande festa está para acontecer (Ex.: carnaval), sabedores que são da possibilidade do aumentativo de doenças venéreas, pode-se dizer estar-se-á de frente a uma "propaganda" (caráter educacional, informativo, social e idealizador). No mesmo momento, logo após a exibição do conteúdo social, uma marca de preservativos, após contratar uma cantora de sucesso repentino, resolve expor sua marca e comercializar o produto ("camisinha"), ou seja, estamos diante de uma "publicidade" (informação - que visa lucro, etc.).

Para NUNES JÚNIOR (2001, pág.16), não há se falar em comercialização de produtos ou serviços quando se conceitua propaganda:

> "[...] toda forma de comunicação, voltada ao público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de ideias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade."

13. Conclusão

Conclui-se que a presente pesquisa aborda a diferenciação entre "publicidade" e "propaganda", em especial por estudo mais abrangente da seara de proteção aos direitos do consumidor no Brasil, de modo a esclarecer a tênue diferença entre a publicidade lícita e ilícita, suas espécies e formas de veiculação, seus paradoxos e alicerces, tudo sob a ótica do sistema nacional, afastando a conotação simplista de que propaganda seja seu sinônimo.

Assim, dentro de uma razão lógica de progresso e maior aproximação do homem comum ao conhecimento, prisma o sistema consumerista pelo máximo acesso a informação por parte do consumidor, tornando-se o princípio da informação um dos alicerces do Código que trata da matéria. Neste caminho, o dever de informar pelo fornecedor é consequência lógica da proteção, bem como único meio de impedir alguns tipos de abuso do direito, em especial aqueles advindos da publicidade. Dessa feita, ao se difundir a diferenciação de "publicidade" e "propaganda", consegue-se abranger os conceitos que merecem maiores conotações dentro do CDC, em especial a premissa de que o fornecedor (CDC, art. 3º, §§1º e 2º) visa lucro, independente da visualização e suposta gratuidade (lucro indireto).

Conclui-se, também, que o Código de Defesa do Consumidor trata apenas do instituto "publicidade", olvidando-se de se preocupar com o instituto "propaganda", o que não quer dizer que são idênticos e/ou similares. Assim, a contrário sensu, "publicidade" e "propaganda" são institutos distintos que tem como única semelhança o fato de se serem utilizados por meios de comunicação de massa, como televisão, rádio, jornais, revistas e portais de internet, entre outros. Assim, sustenta-se que "propaganda" teria como objetivo a difusão de uma ideia ou ideologia, enquanto a "publicidade" faz a divulgação comercial de produtos ou serviços.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2008.

ASSIS, Inajara; OLIVEIRA, Francisco de Assis. *et al.* **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

BOLZAN, Fabrício. **Curso de Direito do Consumidor Esquematizado**. LENZA, Pedro (Coordenador), 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros **Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência**, Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª Ed. rev. , atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PASQUOLOTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 1997.

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