

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONTRAPROPAGANDA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Renato Ubukata

Presidente Prudente/SP
2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONTRAPROPAGANDA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Renato Ubukata

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Maurício Kenji Yonemoto.

Presidente Prudente/SP
2008

CONTRAPROPAGANDA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Maurício Kenji Yonemoto

Jefferson Fernandes Negri

Elyne Portaluppi

Presidente Prudente, ____ de novembro de 2008.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, pelo apoio nos momentos difíceis, pela tranquilidade passada nos meus momentos de tensão, e por toda a base que me foi dada em todos estes anos de vida.

Aos meus colegas de faculdade, pelos bons momentos vividos aqui na Toledo, e por outros que ainda estão por vir em 2009.

Aos professores, pelas lições que aprendi nesta inesquecível trajetória pelo mundo jurídico; em especial ao Prof. Maurício, orientador deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho analisa o instituto da contrapropaganda, sanção administrativa elencada no art. 56, XII, do Código de Defesa do Consumidor. Tem como objetivo principal aferir sua eficácia e aplicabilidade como instrumento de controle da publicidade enganosa e abusiva, e sua relevância na tutela dos interesses consumeristas. O tema da pesquisa, além de se localizar no Direito do Consumidor, guarda estreita relação com a disciplina da Comunicação Social. De início, faz breve exposição sobre o processo de comunicação, bem como de alguns elementos técnicos da atividade publicitária, através da compilação de alguns ensinamentos da doutrina especializada. Expõe também, de forma sucinta, a história da publicidade e da propaganda, traçando um paralelo com o desenvolvimento econômico e social do homem. Posteriormente, a pesquisa doutrinária se concentrou na bibliografia jurídica, demonstrando o papel da contrapropaganda dentro do Código de Defesa do Consumidor e ilustrando o contexto que a acolhe. Em sua parte final, com amparo nos dados e informações anteriormente pesquisados, passou-se à fase de estudo de casos, no qual se avalia de forma crítica a aplicação atual da contrapropaganda, apontando algumas limitações e aspectos a serem ressaltados. Examina, outrossim, a atuação dos órgãos competentes para sua imposição, com base na pesquisa quantitativa e qualitativa de casos reais. Por fim, através do método indutivo e, principalmente, do dedutivo, considera que a contrapropaganda, apesar de sua importância teórica e de seu prestígio perante a doutrina, não é instituto perfeitamente acabado, e necessita de uma série de aperfeiçoamentos e correções.

Palavras-chave: Defesa do Consumidor. Publicidade abusiva. Publicidade enganosa. Controle. Correção da publicidade ilícita.

ABSTRACT

The present project analyzes the contrapropaganda institute, administrative sanction listed on article 56 XII, of Consumer Defense Code. It has as main goal to evaluate its effectiveness and applicability as instrument of control of the dishonest and abusive advertising, and its relevance in the management of the consumer interests. The research subject, besides being located in Consumer Right, has close relation with of the Social Communication discipline. In the beginning, it shows a brief exhibition about the communication process, as well as of some technical elements of the advertising activity, through the compilation of some lessons of the specialized doctrine. Also displays concisely, the advertising and the propaganda history, tracing a parallel between the economic and social development of the man. Later, the doctrinal research was concentrated on the legal bibliography, demonstrating the contrapropaganda role inside of the Consumer Defense Code and illustrating the context that receives it. In its final part, based on the data and information previously searched, it was transferred to the phase of study of cases, in which it is evaluated in a critique way the current application of the contrapropaganda, pointing some limitations and aspects to be salient. Besides, it examines the performance of the competent agencies for its imposition, based on the quantitative and qualitative research of real cases. Finally, through the inductive method and, mainly, the deductive one, it considers that the contrapropaganda, although its theoretical importance and its prestige before the doctrine, is not a perfect finished institute, and needs a series of refinement and corrections.

Keywords: Consumer Defense. Abusive advertising. Deceptive advertising. Control. Illicit advertising correction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 COMUNICAÇÃO.....	10
2.1 O Meio.....	12
2.2 A Mensagem e os Sujeitos.....	14
3 CONCEITOS GERAIS	17
3.1 Marketing.....	17
3.1.1 O plano de marketing	18
3.2. Propaganda.....	19
3.3 Publicidade.....	20
3.3.1 Técnicas publicitárias	21
3.4 Merchandising.....	22
3.5 Mídia.....	23
3.6 Público-alvo e Consumidor.....	24
4 HISTÓRICO	26
4.1 Antecedentes	26
4.2 Propaganda Política.....	27
4.2.1 Propaganda bolchevista.....	27
4.2.2 Propaganda nazista.....	28
4.3 Surgimento da Contrapropaganda	29
4.4 Contrapropaganda na Publicidade	31
5 O CONTROLE DA PUBLICIDADE.....	34
5.1 Sistemas de Controle	34
5.2 Princípios Referentes à Publicidade.....	35
5.3 Fundamentos do Controle.....	37
5.4 O Poder de Influência da Publicidade	39

6 CONTRAPROPAGANDA	41
6.1 Localização no Ordenamento Jurídico Brasileiro	41
6.2 Outras Sanções Administrativas do CDC.....	42
6.3 Contrapropaganda	44
6.3.1 Constitucionalidade	45
6.3.2 Competência	46
6.3.3 Sujeitos.....	47
6.3.4 Características	48
6.3.5 Hipóteses de aplicação	49
6.3.5.1 Publicidade enganosa	49
6.3.5.2 Publicidade abusiva.....	52
6.4 Elaboração da Contrapropaganda	54
6.5 Veiculação.....	57
7 CENÁRIO ATUAL.....	60
7.1 Atuação Judicial, Administrativa e Auto-regulamentar	60
7.2 Aplicação nos Casos de Enganosidade	63
7.3 Aplicação nos Casos de Abusividade	63
7.3.1 Publicidade direcionada ao público infantil.....	65
7.3.2 Publicidade discriminatória ou ofensiva.....	68
7.3.3 Publicidade de tabaco	71
8 CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	76

1. INTRODUÇÃO

O Direito, como ciência, é um instituto autônomo e independente, mas que, na prática, convive regularmente com várias outras ciências e áreas do conhecimento humano. Com a sociologia e a filosofia, por exemplo, guarda grande afinidade. Com outras, nem tanto. Mas nem nos casos em que há conflito em “terrenos distantes”, a ciência jurídica pode deixar de apreciar a questão. Assim, até o início do século passado, o direito via a publicidade com uma certa indiferença. Até que, com o *boom* dos meios de produção dos bens de consumo, assim como o advento dos meios de comunicação de massa, a atividade publicitária ganhou contornos extremamente relevantes, exigindo do Estado uma postura ativa na proteção do consumidor

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar a importância do mundo publicitário como um dos fatores de influência da sociedade – tão relevante que se faz necessária a intervenção do Estado através de leis. Em segundo lugar, o controle estatal só será eficiente se houver estreita ligação entre o Direito-ciência e o Direito como fato social. Mas há, ainda, certo descompasso entre a atividade publicitária e o ramo jurídico, até porque o choque entre ambos é recente. Ademais, as técnicas de comunicação e persuasão notadamente evoluem com mais desenvoltura do que as leis, exigindo do aplicador do direito uma constante atualização de conhecimentos. Todavia, esta tarefa é árdua, haja vista que a publicidade ainda não foi profundamente estudada pelos especialistas jurídicos.

Nosso Código de Defesa do Consumidor estabelece, no caso de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, a imposição de contrapropaganda como sanção administrativa, que é o tema deste trabalho acadêmico. Seu estudo exige não só uma abordagem exclusivamente jurídica, mas também a análise de matérias fora do âmbito jurídico como a publicidade.

Assim, o presente trabalho focou, em sua parte inicial, na apresentação de aspectos do processo de comunicação, além dos conceitos relativos à publicidade, bem como sua evolução no decorrer da recente história humana, com base em pesquisas na doutrina especializada na referida área. Tal exposição se faz

necessária para fundamentar melhor o estudo do tema que, como foi demonstrado mais adiante, é multidisciplinar.

Posteriormente, desta vez por meio de pesquisa na doutrina jurídica, realizou-se um breve esboço acerca do controle de publicidade, suas justificativas e elementos estruturais, para só então, atingir o núcleo do trabalho, ou seja, a contrapropaganda em si. Tal percurso foi necessário para apontar os obstáculos que o tema propõe, assim como as (in)compatibilidades que o instituto preserva em relação a todo o sistema jurídico de controle da publicidade. Esse aspecto foi melhor explorado na parte final desta monografia, na qual foram pesquisados e analisados alguns casos da jurisprudência e seu posicionamento. Com efeito, através de toda a base de informações levantadas nos capítulos anteriores, foi apreciada a atuação dos aplicadores da contrapropaganda, no intuito não só de questionar, mas de buscar aprimoramentos, novas perspectivas ainda não visualizadas pelo direito.

Este trabalho não pretende apenas analisar as características da contrapropaganda e seus desdobramentos jurídicos. Portanto, aqui, são dois objetivos: um imediato, que é estudar a própria contrapropaganda, como instituto jurídico de controle da publicidade; e um mediato, que entender a maneira como o direito e a publicidade se relacionam.

2. COMUNICAÇÃO

Podemos afirmar com toda segurança que o ato de se comunicar, bem como o de se socializar, é uma necessidade básica do ser humano. Desde sua mais remota existência, o homem jamais deixou de se expressar – seja por meio de pinturas rupestres, ou por sinais corporais e gestos. Posteriormente houve o desenvolvimento da linguagem oral, escrita, e da vida em sociedade, ressaltando também o advento de meios de comunicação que, de maneira espantosa, contribuiu para aumentar o poder de alcance e difusão de qualquer mensagem.

Se o ato de comunicar faz parte da natureza humana, a persuasão está embutida na própria comunicação. Na Antigüidade, os gregos já se utilizavam de técnicas lingüísticas com o fim de persuadir: é a chamada retórica¹ – tão célebre devido aos ensinamentos de Aristóteles e Sócrates. Os romanos, através da oratória², privilegiavam a eloqüência da mensagem, e não propriamente o seu conteúdo. Assim, enquanto a primeira escola se utiliza do conteúdo da argumentação, a última se concentra na forma, no discurso.

Em meados do século XX, iniciaram-se os estudos acadêmicos acerca da teoria da comunicação, que até hoje englobam esforços das mais variadas áreas das ciências humanas. Estabeleceu-se, desde então, uma divisão dos componentes do processo comunicativo. Tais elementos (BORDENAVE, 1992, p. 38-40) são cinco: a realidade, os interlocutores, a mensagem, as formas e os meios.

A realidade é o contexto que nos cerca. A comunicação pode ocorrer no meio de uma multidão, durante um discurso político, ou numa sala de estar, enquanto pessoas assistem à televisão. “as pessoas não se comunicam num vazio, mas num ambiente, mas dentro de um ambiente, como parte de uma situação, como momento de uma história” (BORDENAVE, 1992, p. 38).

Os interlocutores são os sujeitos ativo (o que fala, desenha, gesticula) e passivo (o que recebe a mensagem) que participam do processo. Isso porque as

¹ A retórica “não visa distinguir o que é verdadeiro ou certo, mas sim fazer com que o próprio receptor da mensagem chegue sozinho à conclusão de que a idéia implícita no discurso representa o verdadeiro ou o certo” (WIKIPEDIA, s.d., s.p.)

² “Trata-se de método de discurso. Arte de como falar em público. Conjunto de regras e técnicas que permitem apurar as qualidades pessoais de quem se destina a falar em público.” (WIKIPEDIA, s.d., s.p.)

“pessoas desejam partilhar alguma coisa: conhecimentos, emoções, informações. (...) Num momento dado cada interlocutor é fonte de comunicação e noutro é receptor” (BORDENAVE, 1992, p. 38).

A mensagem é o objeto que se transmite entre o emissor e o receptor. Em seu nascimento “as mensagens vivem apenas na mente dos interlocutores, (...) durante a comunicação, elas aparecem de modo a que possam ser ouvidas, vistas e tocadas” (BORDENAVE, 1992, p. 39). Ou seja, há a fase de elaboração (interna), que se passa na mente do emissor, mas a mensagem só atingirá seu impacto depois de exteriorizada;

As formas são a maneira “como a mensagem se apresenta”. O comunicador pode se expressar através de desenhos ou da linguagem escrita, por exemplo. Ou da linguagem oral ou de gestos, ou usá-los conjuntamente, aumentando o impacto da própria mensagem;

Os meios são os instrumentos “que os interlocutores utilizam para levar suas palavras ou gestos às outras pessoas” (BORDENAVE, 1992, p. 40), que amplificam o alcance da mensagem e a materializam perante o receptor. Como exemplos, temos os próprios meios de comunicação, que serão detalhados posteriormente.

Na Antiguidade, dava-se muita importância à forma e ao conteúdo da mensagem. Basicamente, a propagação da mensagem se dava em grandes espaços públicos, como nas famosas ágoras gregas. Nos tempos modernos, com o desenvolvimento da tecnologia, o estudo dos meios de comunicação tornou-se imprescindível. E se no início do século passado o número de aparelhos de rádio por habitante ainda era baixo, hoje em dia até o cidadão mais pobre possui, pelo menos, um aparelho de TV. Ou seja: atualmente, os milhões de destinatários podem receber a mensagem de maneira direta, sem interferência ou ruídos externos das grandes aglomerações urbanas.

Trata-se, todavia, de um processo complexo. O estudo da comunicação não se traduz numa ciência exata, assim como é a matemática. Há muitos fatores que influem em todo o processo comunicativo, e vários decorrem da própria natureza dinâmica do ser humano, que varia cultura e comportamentalmente de tempos em tempos, de lugares para lugares. Tais mudanças refletem nas próprias mudanças de perspectiva das ciências humanas ao decorrer da história.

A seguir, far-se-á uma breve explanação dos elementos mais importantes e estudados no processo comunicativo, no intuito de ilustrar melhor seus componentes.

2.1 O Meio

Como foi dito em tópico anterior, o meio de comunicação se tornou uma extensão do próprio homem, tornando bem maior o alcance da mensagem e fazendo com que ela atinja os espectadores mais distantes e diversos. Se na Idade Antiga, para alcançar o coração do público, o orador necessitava do comparecimento de uma multidão em praça pública, atualmente os meios se encarregam de atingir em cheio o público, esteja onde ele estiver. Hoje, temos como os principais a televisão, o rádio, os jornais e revistas, e a internet.

O meio pelo qual a mensagem é transmitida tornou-se tão relevante que costuma-se dizer que “o meio é a mensagem, porque é o meio que configura e controla a proporção e a forma das ações e associações humanas” (MCLUHAN, 1971, p. 23).

Todavia, cada meio de comunicação possui peculiaridades, devido às formas pelas quais cada um transmite a mensagem. Nesse sentido, criou-se a célebre e controvertida classificação dos meios em quentes e frios, conforme o exposto em sua obra (MCLUHAN, 1971, p. 23):

Um meio quente é aquele que prolonga um único de nossos sentidos e em “alta definição”. Alta definição se refere a um estado de alta saturação de dados. Visualmente, uma fotografia se distingue pela ‘alta definição’. Alta definição se refere a um estado de alta saturação de dados. Já uma caricatura ou um desenho animado são de ‘baixa definição’, pois fornecem pouca informação visual. O telefone é um meio frio, ou de baixa definição, porque ao ouvido é fornecida uma magra quantidade de informação. A fala é um meio frio de baixa definição, porque muito pouco é fornecido e muita coisa deve ser preenchida pelo ouvinte. De outro lado, os meios quentes não deixam muita coisa a ser preenchida ou completada pela audiência. Segue-se naturalmente que um meio quente, como o rádio, e um meio frio, como o telefone, têm efeitos bem diferentes sobre seus usuários.

Assim, se o rádio é considerado pelo estudioso como um meio “quente”, por oferecer alta carga de informações ao ouvinte, a TV é, portanto, um meio que oferece muito mais “calor” ao espectador, ao oferecer uma alta saturação

de dados sonoros e, principalmente, visuais”. Com base nesse poderio audiovisual, acredita-se que a televisão pode, inclusive, alterar a percepção da realidade (MORAN, s.d., s.p.):

A televisão estabelece uma conexão aparentemente lógica entre mostrar e demonstrar, isto é, se mostra, está comprovando o que diz. Mostrar é igual a demonstrar, a provar, a comprovar. A força da imagem é tão evidente que torna-se difícil não fazer essa associação comprobatória (“se uma imagem me impressiona, é verdadeira”). Também é muito comum a lógica de generalizar a partir de uma situação concreta. Do individual, tendemos ao geral. Uma situação isolada converte-se em situação padrão. A televisão, principalmente, transita continuamente entre as situações concretas e a generalização. Mostra dois ou três escândalos na família real inglesa e tira conclusões sobre o valor e a ética da realeza como um todo. Ao mesmo tempo, o não mostrar equivale a não existir, a não acontecer. O que não se vê, perde existência. Um fato mostrado com imagem e palavra tem mais força que se somente é mostrado com palavra. Muitas situações importantes do cotidiano perdem força, por não ter sido valorizadas pela imagem-palavra televisiva.

Atualmente, a internet é um meio que encontra-se em franca disseminação, concorrendo, inclusive com a própria televisão, utilizando-se também de formas audiovisuais de conteúdo. Ademais, exerce grande influência sobre o modelo de TV digital interativa que será adotado no futuro. No entanto, a internet apresenta uma situação tão diferente que, infelizmente, não será objeto de pesquisa no presente trabalho. Nos outros meios, o receptor da mensagem é mero espectador; no ambiente *web*, ele é usuário. Ou seja: “a internet tem como grande diferencial a inversão do controle da comunicação. Quem recebe a mensagem assume esse controle, determinando o que, de quem, quando e como recebe a mensagem” (ERENBERG, 2003, p. 40).

Graças aos novos meios de comunicação, o processo de globalização se concretizou. No entanto, adverte-se (BORDENAVE, 1992, p. 18): “a comunicação social é muito mais do que os meios de comunicação social. Estes meios são tão poderosos e importantes na nossa vida atual que às vezes esquecemos que representam apenas uma mínima parte de nossa comunicação total.”

Assim, os estudos dos meios jamais se esgotarão, haja vista que a evolução tecnológica, além de proporcionar novos meios de comunicação, aprimora a utilização de outros. Veja-se, por exemplo, a transmissão de rádio via internet.

2.2 A Mensagem e os Sujeitos

Principal objeto da teoria da comunicação, a mensagem pode ser analisada através de dois aspectos: o do seu conteúdo e o de sua forma. Este último mereceu um estudo mais profundo, através da semiótica e da linguística³:

Como forma de se comunicar, constantemente o homem se utiliza de signos, símbolos e sinais. De maneira simplificada, podemos dizer que “signo é todo objeto perceptível que de alguma maneira remete a outro objeto” (BORDENAVE, 1992, p. 62). O carro, por exemplo, é signo de velocidade; o giz é signo de aula. Por outro lado, “símbolos são objetos físicos a que se dá significação moral fundada em relação natural” (BORDENAVE, 1992, p. 64), como a bandeira nacional e a pomba branca. Sinais, por sua vez, “são indícios que possibilitam conhecer, reconhecer, adivinhar ou prever alguma coisa” (BORDENAVE, 1992, p. 64), como as placas e o semáforo que controlam o trânsito de automóveis.

Todavia, a variedade de culturas e de classes sociais produz uma infinidade de indivíduos no processo comunicativo, que possuem distinções tanto no repertório de conhecimento quanto na maneira de codificar, decodificar e interpretar as mensagens. Assim, para a definição da forma correta, é necessário, previamente, conhecer o sujeito a quem o emissor se dirige.

O homem sempre foi objeto de estudo das ciências humanas, como a filosofia, sociologia, antropologia e psicologia, que formaram toda uma base de conhecimentos e informações não só para o estudo da comunicação em si, mas para o próprio desenvolvimento das mais variadas atividades, tanto para o jornalismo quanto para o fomento às práticas comerciais.

Assim, todas as ciências humanas, lingüísticas, estéticas, formaram não apenas uma base de conhecimento para a propaganda, publicidade e marketing, mas proporcionaram um verdadeiro arsenal para que determinado emissor atingisse, com precisão, o alvo e o efeito desejados.

³“A Semiótica é a ciência geral dos signos e da semiose. Ocupa-se do estudo do processo de significação ou representação, na natureza e na cultura, do conceito ou da idéia. Em oposição à lingüística, que se restringe ao estudo dos signos lingüísticos, ou seja, do sistema sógnico da linguagem verbal, esta ciência tem por objeto qualquer sistema sógnico - artes visuais, música, fotografia, cinema, culinária, vestuário, gestos, religião, ciência, etc” (WIKIPEDIA, s.d., s.p.)

Importante ressaltar que a comunicação, a persuasão, a construção e adequação das mensagens de acordo com o objetivo desejado, sempre estiveram presentes na civilização desde seus primórdios – muito embora seus estudos tenham adquirido status “científico” apenas no século XX. Para exemplificar, podemos citar propagação da mensagem religiosa: os valores e os ícones da Igreja Católica – que com o tempo foram se tornando cada vez mais próximos aos ideais dos fiéis. A imagem serena, europeizada de Cristo, a figura maternal de Maria, bem como os ideais da salvação cristã, foram constantemente sincronizados com os valores dos povos ocidentais, principalmente latinos. Fenômeno equivalente é o que ocorreu com o islamismo, que possui grande penetração nos povos do Norte da África e mesmo em sua parte subsaariana, e no Sudeste Asiático.

Quanto ao estudo da ciência da comunicação, relativo à mensagem e ao sujeito que a recebe, podemos citar em primeiro lugar a teoria hipodérmica ou da “bala mágica”, em voga no início do século XX, baseada no behaviorismo⁴, seguindo uma linha de que todo o público é atingido de maneira uniforme pela comunicação de massa. Ou seja, tal teoria concentra-se basicamente na face objetiva do processo, levando em conta apenas o estímulo (propaganda) e a resposta (comportamento), desconsiderando o componente psicológico do indivíduo.

Posteriormente, em tempos da Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se outra corrente teórica: a chamada teoria crítica, da Escola de Frankfurt (Alemanha), lastreada no neobehaviorismo, passando a incluir no processo de comunicação, entre o estímulo e a resposta, o próprio sujeito e seus caracteres pessoais. Dessa forma, o impacto da mensagem será distinto, dependendo de cada indivíduo, e gerando respostas variadas. Esta teoria foi o ponto de partida para o nascimento de várias correntes (FERNANDES NETO, 2005, p. 39):

Pode se mencionar, entre outras, as teorias de influência seletiva e de influência indireta, v.g., teorias que se concentraram no estudo psicológico-experimental analisando a persuasão – ou seja, nos fatores pessoais dos destinatários da comunicação (tais como interesse na informação fornecida, grau de instrução do público, percepção e memorizações seletivas, credibilidade do comunicador etc.) – , e em pesquisa empírica de

⁴ Behaviorismo “é o conjunto das teorias psicológicas que postulam o comportamento como único, ou ao menos mais desejável, objeto de estudo da Psicologia, propondo a observação de modo mais objetivo do comportamento, tanto humano quanto animal, dando atenção à comportamentos observáveis através de estímulos e respostas, não fazendo uso do método de introspecção. Os behavioristas afirmam que os processos mentais internos não são mensuráveis ou analisáveis, sendo, portanto, de pouca utilidade para a Psicologia empírica.” (WIKIPEDIA, s.d., s.p.)

campo de cunho sociológico, partindo da análise da mensagem transmitida, passando pelas características dos destinatários, analisando, por fim, o contexto social onde são ou deveriam ser sentidos os efeitos da comunicação de massa, inclusive o efeito dos formadores de opinião, entre diversas outras teorias. Pela abordagem empírico-experimental o processo comunicativo é visto sob o enfoque psicológico, pelo qual se busca persuadir o destinatário, meta plausível que depende da forma e do conteúdo da mensagem.

Há várias outras teorias, que buscam sistematizar e aperfeiçoar o comportamento humano frente às mensagens, sempre considerando o grande número de variáveis internas e externas à mente humana. No entanto, ainda permanecemos sem a resposta definitiva, em razão da complexidade do tema.

Importante ressaltar que, paralelamente ao desenvolvimento de tais correntes científicas, houve o aperfeiçoamento dos meios de comunicação (v. item 2.1), que foram fundamentais para o estudo comportamental humano, visto que possibilitaram atingir o indivíduo-alvo de forma direta.

No próximo capítulo, delimitaremos o assunto, fazendo uma breve introdução aos conceitos da comunicação social, delimitando a discussão na área da atividade publicitária.

3. CONCEITOS GERAIS

O sistema da comunicação social, como um “conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios, com unidade e ordenação” (FERNANDES NETO, 2005, p. 34), possui um vocabulário próprio e terminologias específicas. No entanto, em nosso cotidiano, vários termos são usados de forma indistinta, e nem sempre o legislador faz uso de tais conceitos da forma mais apropriada. É necessário, então, fazer uma distinção entre os principais conceitos que serão utilizados neste projeto – não só para situar o tema e para seu melhor entendimento, mas também para apontar críticas à elaboração da lei que regula tal atividade, como se verá posteriormente.

3.1 Marketing

Proveniente da língua inglesa e derivada do latim *mercari*, “que significa comércio, ato de mercar, comercializar ou, ainda, transacionar”. No Brasil, quando o marketing chegou em meados da década de 50⁵, trazido por multinacionais americanas, alguns autores usaram expressões traduzidas como “comercialização”, “mercado” e “mercadologia”, mas todas caíram em desuso, visto que atualmente há farta utilização de estrangeirismos em nosso dia-a-dia.

Em seus primórdios, o marketing possuía orientação voltada à produção e, posteriormente, à venda. Atualmente, tal atividade orienta-se ao mercado, tendo, como meta, “facilitar as trocas para que se aumente a satisfação de todas as partes envolvidas”.

Philip Kotler (2002, p. 30), o principal especialista no assunto, assim explica que “*marketing* é um processo social por meio do qual pessoas e grupos de pessoas obtêm aquilo que necessitam e o que desejam com a criação, oferta e livre negociação de produtos e serviços de valor com outros.”

⁵ “o termo marketing começou a ser empregado nos Estados Unidos em princípios do século XX. Em 1930, foi fundada a American Marketing Association. Na época, as universidades norte-americanas ofereciam os primeiros cursos de marketing, enfocando técnicas de distribuição, de vendas e de pesquisa de mercado” (PINHO 2002, p. 19).

Francisco Gracioso (1971) apud Pinho (2002, p. 23) sugere uma definição um pouco mais clara:

Marketing é o planejamento e execução de todos os aspectos de um produto (ou serviço), em função do consumidor, visando sempre maximizar o consumo e minimizar os preços, tudo resultando em lucros contínuos e a longo prazo para a empresa.

Portanto, o marketing se traduz num processo complexo, que envolve “operações que ocorrem desde a criação de um produto (ou serviço) até a sua destruição (término da sua vida útil) pelo consumidor final”. Como explica Maria Elizabete Vilaça Lopes (1992, p. 150):

Isto significa dizer que o marketing empresarial acompanha o produto desde o seu nascedouro, antes mesmo do seu nascimento, até a realização da venda e também durante a pós-venda. O marketing, antes da concepção, analisa e investiga as necessidades e anseios do mercado. Concebido o produto, o objetivo do marketing volta-se para sua colocação (compra-e-venda mercantil ou aquisição do serviço). Realizada a venda, as ações de marketing continuam, no sentido de proporcionar ao consumidor a plena fruição do bem ou serviço adquirido, estabelecendo as estratégias de garantia e assistência técnica.

Há, portanto, que se fazer distinção entre marketing e vendas: “enquanto o primeiro tem foco nas necessidades do cliente por meio dos produtos e dos serviços que estão associados com a sua criação, distribuição e consumo final”, o último “se preocupa em garantir que o vendedor realize a conversão do seu produto em dinheiro” (PINHO, 2002, p. 24)

Assim, propaganda e a publicidade são ferramentas do marketing, pois visam aumentar as vendas de determinado produto/serviço, com base nas necessidades do consumidor. Ou seja, é aquele último que atua como direcionador das mensagens publicitárias ou propagandísticas, tanto na forma, quanto no conteúdo e no meio utilizado. Para uma exposição mais didática, demonstrar-se-á como se formaliza o marketing dentro de uma empresa.

3.1.1 O plano de marketing

Usualmente utilizado nas grandes corporações, mas também podendo ser aplicado em empresas menores, o plano de marketing é “um documento que

formula um plano para comercializar produtos e/ou serviços” (WESTWOOD, 1991, p. 19), e que “estabelece objetivos, metas e estratégias do composto de marketing em sintonia com o plano estratégico geral da empresa” (LAS CASAS, 2001, p.18). Enfim, é o instrumento que norteará todas as ações institucionais ou comerciais para determinado negócio.

O plano de marketing deve incluir, inicialmente, a missão da empresa, e levantamentos de dados macroambientais e microambientais⁶ do setor econômico determinado. Nessa etapa, é muito comum as grandes empresas solicitarem os serviços de institutos de pesquisa mercadológica, para que forneçam um panorama mais detalhado do mercado. A partir da leitura conjunta de todas essas informações, traça-se um diagrama com os pontos fortes e pontos fracos do produto ou serviço, frente às oportunidades e ameaças que se vislumbram no mercado. Somente assim poderão ser estabelecidos os objetivos, metas e ações de marketing a serem tomadas. Assim, se o objetivo da empresa é aumentar a venda de seu produto na Região A em 20% (vinte por cento), por exemplo, isso poderá ser alcançado através de ações promocionais no ponto de venda, de patrocínio de eventos, ou pela realização de campanhas publicitárias nos meios de comunicação. Assim, se evidencia que a publicidade é, portanto, apenas um dos meios do qual dispõe o fornecedor para divulgar seu produto

3.2 Propaganda

Há, atualmente, uma grande confusão no que diz respeito à utilização dos termos “propaganda” e “publicidade” – não só no uso cotidiano, mas também no Código de Defesa do Consumidor, como se verá mais adiante.

De acordo com Sant’anna (2002, p. 75):

⁶ “No microambiente, os agentes participam diretamente do funcionamento operacional de mercado; são os fornecedores, os distribuidores, os concorrentes e os consumidores. (...) No macroambiente, são fatores que influenciam os agentes e o processo mercadológico como um todo; são as decisões políticas e econômicas, inovações tecnológicas, hábitos culturais e a disponibilidade de recursos naturais” (KOTLER, 2000, p. 162). “O microambiente consiste em forças próximas à empresa que afetam sua capacidade de servir seus clientes - a empresa, os fornecedores, os canais de marketing, os mercados de clientes, os concorrentes e os públicos. O macroambiente consiste em forças sociais maiores que afetam todo o microambiente - forças demográficas, econômicas, naturais, tecnológicas, políticas e culturais” (KOTLER e ARMSTRONG, 1998, p.47).

Propaganda é definida como a propagação de princípios e teorias. Foi traduzida pelo Papa Clemente VII, em 1.597, quando fundou a Congregação da Propaganda, com o fito de propagar a fé católica pelo mundo. Deriva do latim *propagare*, que significa reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, enterrar o rebento de uma planta no solo. *Propagare*, por sua vez, deriva de *pangere*, que quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Seria então a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido.

Hodiernamente, a idéia de propaganda compreende “implantar, incluir uma idéia, uma crença na mente alheia”. Assim como a publicidade, possui natureza persuasiva, mas se diferencia “no propósito básico de influenciar o comportamento e a opinião das pessoas por meio da criação, mudança ou reforço de imagens e atitudes mentais, estando presente em todos os setores da vida moderna” (PINHO, 2002, p. 129).

3.3 Publicidade

Pode-se dizer que, de forma genérica, publicidade significa tornar público, divulgar. Possui como origem a palavra latina *publicus* e, como se sabe, não se aplica tão-somente no campo da comunicação social, sendo utilizada, inclusive, em nosso ordenamento jurídico.

Sant’anna (2002, p. 76) ensina que:

a publicidade é uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender produtos ou serviços. A publicidade serve para realizar as tarefas de comunicação de massa com economia, velocidade e volume maiores que os obtidos através de quaisquer outros meios.

Como se vê, é tênue a distinção entre publicidade e propaganda. Assim, Rabaça e Barbosa (s.d.) apud Pinho (2002, p. 130) acentuam a diferença nos seguintes pontos:

Em alguns aspectos, porém, pode-se perceber algumas distinções no uso das duas palavras: em geral, não se fala em publicidade com relação à comunicação persuasiva de idéias (neste aspecto, propaganda é mais abrangente, pois inclui objetivos ideológicos, comerciais, etc.); por outro lado, a publicidade mostra-se mais abrangente no sentido de divulgação (tornar público, informar, sem que isso implique necessariamente em persuasão).

No entanto, há que se ressaltar, ainda, outras diferenças: embora ambos possuam conteúdo persuasivo, a publicidade possui, também, o dever de informar, pelo disposto na Seção III do CDC. Além disso, em seu conceito moderno, trata-se de atividade paga, na qual terceiros elaboram e veiculam a mensagem do fornecedor. Já na propaganda nem sempre ocorrerá contraprestação, pois poderá ela se difundir por meio de opinião.

A doutrina faz distinção entre dois tipos de publicidade: a institucional⁷, que visa fortalecer a imagem de determinada marca e/ou empresa; e a publicidade promocional, esta sim objetivando o aumento da vendas do produto ou serviço.

A publicidade goza, atualmente, de status extremamente elevado em nossa sociedade, utilizando-se de técnicas para persuadir e manipular o consumidor, tanto como para burlar as restrições impostas pela lei.

3.3.1 Técnicas publicitárias

O publicitário moderno, além de dominar o uso de imagens que representam os mais variados significados, deve ser mestre na arte de utilizar as palavras de maneira impactante e concisa. Há, no entanto, uma série de técnicas que são rotineiramente utilizadas. Bordenave (1992, p. 86-88) cita algumas delas:

- *Generalidades brilhantes*: uso de expressões ambíguas e vagas, que insinuam efeitos inverificáveis mas atraentes, bem como de substantivos e adjetivos insinuando qualidades desejáveis quer do produto quer da pessoa que o usa. Exemplos: “delicadamente feminina”, momentos inesquecíveis”, “raro prazer”, “dá mais vida”, “elite”, “status”, “triunfador”, “sabe o que quer”, “elegância”, “distinção”.
- *Todos estão conosco*: expressões gregárias indicando que o produto ou a causa reúne os ganhadores, os que “tiram vantagem” das coisas. Exemplos: “de cada 10 estrelas de cinema, 9 usam...”, “ganharemos de maneira fragorosa!”, “MM, o cigarro que mais se vende no mundo”, “Todos usam X”, “Não fique sozinho...”.
- *Testemunho ou transferência de prestígio*: o produto ou a causa é associado a figuras de prestígio e/ou estas dão um testemunho de que favorecem ou usam o produto. Exemplos: “Eu tomo ***, tome você também”, “O Partido de Abraham Lincoln”, “Faça como X... Use N”.
- *Mostrar só o melhor*: destacar as qualidades e silenciar os defeitos e limitações próprios, fazendo o oposto com o adversário.

⁷ Valéria Falcão Chaise (2001, p. 13) exemplifica: “a clássica campanha da Ford, nos EUA, durante a II Guerra Mundial. (...) estando a produção voltada para necessidades da guerra, a marca estava correndo o risco de ser esquecida pelo consumidor. Lançou-se, então, uma campanha rigorosamente institucional sob o título e tema de ‘Há um Ford no seu futuro’.”

- *Palavras de países avançados*: no tempo em que a França exercia grande influência sobre a América Latina, muitas palavras francesas foram adotadas porque davam *status*. Hoje, com a dominação dos EUA, são palavras inglesas as que “vendem”. Marcas de cigarros, nomes de conjuntos musicais, nomes de locais comerciais, a maioria são palavras inglesas: “Charm”, “Hollywood”, “Beverly Hills”, “shopping center”, etc.

- *Rótulos e etiquetas*: com a finalidade de desacreditar pessoas ou grupos, colocou-se neles rótulos ou etiquetas verbais, tais como “fascista”, “comunista”, “subversivo”, “agitador” etc. Isto é feito na propaganda política. Na publicidade o procedimento é inverso: colocam-se rótulos ou etiquetas positivos que individualizam o produto. Exemplos: “Líder”, “campeão”, “A melhor” etc.

O publicitário possui, em seu arsenal, várias outras técnicas ou meios de persuasão. Pode empregar *jingles* ou *slogans* que a princípio podem parecer tolos, mas que são de fácil assimilação; ou apelar para a emoção, buscando “por meio da criação de situações que envolvem ‘crianças ou animais’ ou demonstração de amor, afeto, sexo”, pois “emoções potencializam a percepção inconsciente” (FERNANDES NETO, 2005, p. 136). Tais mensagens são repetidamente exibidas nos meios de comunicação de massa, o que dificulta ainda mais uma eventual resistência a seus elementos persuasivos.

Outro recurso amplamente discutido nos dias atuais é a chamada publicidade subliminar, que é aquela que não pode ser captada pelo consciente humano, direcionando-se para o subconsciente. Tal tema é tão complexo e extenso que, por si só, mereceria um trabalho de pesquisa. Porém, o mais utilizado é o chamado merchandising, exposto logo a seguir.

3.4 Merchandising

De acordo com a doutrina especializada, merchandising pode ser aplicado nas mais variadas áreas do marketing, podendo concentrar ações no ponto-de-venda ou até mesmo na área de relações públicas da empresa. No entanto, popularmente, o conceito de merchandising tornou-se bem menos abrangente, como explica Fernandes Neto (2005, p. 52):

Verifica-se, na realidade, a existência de dois conceitos básicos de merchandising: um técnico, lato, e outro usual, mais restrito. O primeiro abrangia desde a origem do produto e seu planejamento, enquanto o

último, reduzido, é jungido à técnica de divulgar o produto na mídia de forma indireta, ou seja, não ostensiva e tem esta última concepção prevalecido.

Portanto, merchandising é a “inclusão de menções ou aparições de produto, serviço ou marca, de forma aparentemente casual, em programas de televisão ou de rádio, filme cinematográfico, espetáculo teatral etc.” (PINHO, 2002, p. 80). Atualmente, é utilizado exaustivamente não só na TV brasileira, mas no mundo todo, pois foi uma forma que os anunciantes descobriram de burlar o “efeito zapping”⁸, que permeia o comportamento do telespectador e, de certa forma, a próprio controle legal da publicidade.

3.5 Mídia

Conforme ensina Pinho (2002, p. 183):

mídia é a grafia aportuguesada do inglês *media*. Tem origem no latim *médium*, palavra que significa meio, empregada para designar o canal ou cadeias de canais que liga a fonte ao receptor, como também o sistema (constituído por elementos físicos) em que ocorre a transmissão de mensagens.

Assim, mídia é o meio pelo qual se transmite a mensagem ao público. Se divide em três categorias: mídia impressa (jornais, revistas e outdoors), mídia eletrônica (rádio, televisão, e cinema) e mídia interativa (internet).

A seleção do meio é extremamente importante, pois como já foi exposto, cada meio atinge diferentes aspectos sensoriais do ser humano. Um comercial de creme dental, no qual se ressaltasse a sua qualidade de “refrescância”, seria muito mais expressivo se transmitido pela televisão do que por veículo impresso.

Entretanto, o homem de mídia necessita ir além. Deve, com base em pesquisas de audiência e circulação de mídia impressa, conhecer espectador dos meios (televisão ou rádio, por exemplo). Cada um deles possui penetração variada nas diferentes classes sociais, da mesma forma que cada veículo pode gozar de maior ou menor prestígio diante de públicos distintos. Exemplificando: sabe-se que

⁸ É a mudança constante de canais de TV, via controle remoto, pelo telespectador, o que impõe à rede de TV veicular uma programação mais atrativa, visando reter a audiência.

as classes C e D costumam assistir à TV com muita freqüência, e que raramente lêem jornal. E não é só: o profissional desta área deve conhecer, também, as especificidades de cada veículo (canal de TV, emissora de rádio, revista semanal etc.) e o perfil exato de seu espectador. Assim, supõe-se que o canal “X”, que exhibe várias telenovelas durante sua programação diária, possui menor audiência perante o público de estudantes da classe A e B, que têm predileção por canais fechados de esporte ou de cinema. Se eu quero vender um produto voltado ao público jovem, não devo optar pelo canal “X”, e sim pelos tais canais fechados.

Portanto, é extremamente importante a seleção do meio pelo qual se veiculará a mensagem. Uma escolha equivocada poderia, em tese, anular o impacto que se almejaria atingir com a propaganda ou publicidade.

3.6 Público-Alvo e Consumidor

O público-alvo, ou *target*, é aquele conjunto de consumidores de determinada região, classe social, cultural ou profissional, ou faixa etária, que o anunciante deseja atingir, ou seja, aquela parcela de pessoas, num universo populacional, que a empresa deseja como clientes. Já o conceito de consumidor é muito mais amplo, pois cabe à lei oferecer proteção a todos. Todavia, nossa lei consumerista não se limita a oferecer um conceito único de consumidor. O art. 2º, caput, traz um conceito geral, enquanto o parágrafo único daquele mesmo dispositivo, bem como os artigos 17 e 29 nos trazem outros por equiparação. O último artigo se aplica às práticas comerciais, nas quais se situa a publicidade.

No entanto, enquanto o art. 2º se refere apenas ao usuário ou adquirente do produto ou serviço como destinatário final, o art. 29 se contenta com a mera exposição à prática comercial, seja publicidade ou não. Este conceito facilita o controle preventivo às práticas ilícitas, como expõe Benjamín (2001, p. 228):

Um tal conceito é importante, notadamente para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas. O implementador – aí se incluindo o juiz e o Ministério Público – não deve esperar o exaurimento da relação de consumo para, só então, atuar. Exatamente porque estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso, é mais econômico e justo evitar que o gravame venha a se materializar.

Não é demais lembrar que o nosso Código se utiliza do conceito de consumidor médio, tal como ensina Maria Elisabete Vilaça Lopes (1992, p. 166):

Com efeito, parece-nos que a constatação da existência de publicidade enganosa, p. ex., deve ser pautada, no geral, em relação ao consumidor médio, cujo conceito é intuitivo: trata-se do homem comum, normalmente crédulo e de poucas letras. Esse homem é que terá de perceber, v. g., se as formas superlativas e exageradas, empregadas no anúncio, são mera fantasia ou expedientes enganosos. Acreditamos que o consumidor médio facilmente perceberá que expressões do tipo: o melhor em todo o mundo, 1.001 utilidades, e assim por diante configuram exagero fantasioso do anunciante. Na questão da publicidade, é necessário ainda destacar que o consumidor médio não é uniforme: existem vários consumidores médios de mensagens publicitárias, de acordo com o público alvo que o anunciante quer atingir.

Por fim, há a debate envolvendo a abrangência do conceito de consumidor, no qual existem duas correntes doutrinárias: uma finalista, que “restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável”; e outra maximalista, “que defende a maior extensão na definição de consumidor, que vai além da proteção do consumidor não-profissional” (CHAISE, 2001, p. 20).

Tendo como base que o consumidor profissional é menos vulnerável do que o comum, e que a publicidade praticada para este público-alvo é mais técnica e informativa⁹, os critérios de escolha do comprador são baseados em custo/benefício. Além disso, o anunciante se utiliza de veículos específicos de comunicação, ao invés dos meios de massa; pode-se considerar que a primeira corrente é a mais correta, por ser mais compatível com o sistema de proteção criado pelo Código.

⁹ Conforme expõe Telles (2003, p. 75): “O relacionamento entre organizações que transacionam produtos está fundamentalmente baseado na racionalidade, associada ao desempenho esperado do produto e à análise custo-benefício que este representa”.

4 HISTÓRICO

A evolução da publicidade e da propaganda se deu conjuntamente com o aprimoramento tecnológico e cultural da humanidade. A contrapropaganda, por sua vez, nasceu num ambiente distinto do qual atualmente está inserida, também passando por modificação ao longo do tempo. É necessária, portanto, uma breve explicação histórica, abrangendo fatos que transformaram não só a comunicação social, mas a sociedade humana como um todo.

4.1 Antecedentes

Acredita-se que a propaganda tenha surgido nos primórdios da humanidade, na época em que a principal atividade produtiva das tribos era a do pastoreio. Já aptos a produzirem além do necessário para o consumo próprio, tais grupos se comunicavam, basicamente, oralmente, por sinais, imagens, gestos e, posteriormente, por símbolos e signos, como os brasões.

Outro marco histórico foi a invenção da imprensa, por Gutenberg, em 1450. Tal advento foi fundamental para a propagação de idéias religiosas de Lutero e sua Reforma, através de panfletos (1529). Este movimento foi responsável pela grande evasão de fiéis da Igreja Católica Romana e que deu origem à Igreja Protestante. Pressionados pelo crescimento do protestantismo, os católicos, liderados pelo Papa Clemente VII, realizam a Congregação da Propaganda (1597), com o intuito de promover a religião no mundo todo.

Na atividade comercial, o maior impulso à propaganda se deu na era da Revolução Industrial (1750). Houve uma grande evolução das técnicas produtivas, o que ocasionou num acúmulo de estoque de mercadorias sem precedentes até aquele momento histórico, o que obrigou os empresários a buscar meios para estimular vendas. Além disso, vários fabricantes passaram a atuar num mesmo setor produtivo, numa mesma área territorial. Surgiu dessa forma a concorrência de mercado, que gerou a necessidade de elaboração de publicidade mais agressiva, como fator de diferenciação.

Contudo, foi no século XX – mais especificamente entre a Revolução Russa (1917) e o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) – que a propaganda sofreu sérias influências e transformações em decorrência do embate político e bélico entre as grandes potências. É nesse cenário em que a contrapropaganda nasce com contornos extremamente bem delimitados, e se torna um dos instrumentos persuasivos mais poderosos perante a grande massa populacional.

4.2 Propaganda Política

A utilização desse tipo de propaganda não é recente, sendo sua prática recorrente desde os primórdios da civilização, como na Grécia Antiga: “Foram, por certo, uma espécie de campanha de propaganda, aquelas movidas por Demóstenes contra Felipe ou por Cícero contra Catilina” (DOMENACH, 1950, s.p.). Napoleão Bonaparte também era plenamente consciente da importância da opinião pública e da força que esta representava: “para ser justo, não é suficiente fazer o bem; é igualmente necessário que os administrados estejam convencidos. A força fundamenta-se na opinião. Que é o governo? Nada, se não dispuser da opinião” (DOMENACH, 1950, s.p.).

No entanto, a propaganda política atingiu seu auge no século XX, pois “sem ela, os grandes acontecimentos da nossa época, a revolução comunista e o fascismo, não seriam sequer concebíveis” (DOMENACH, 1950, s.p.), se institucionalizando, basicamente, em dois poderosos Estados: o soviético e o nazista. Principalmente neste último, a propaganda ganharia um caráter muito mais científico, dotada de princípios e leis específicas; e ganharia um alcance muito maior, em vista da evolução dos meios de comunicação.

4.2.1 Propaganda bolchevista

Primeiramente, não podemos deixar de citar a propaganda política bolchevista, implementada por Lênin e Trotsky. Tendo como base a teoria marxista,

foi o movimento político pioneiro na utilização dos meios de comunicação de massa, como ensina Sant'anna (2002, p. 50):

A fim de trabalhar o meio fazendo a difusão, o bolchevismo passou a distinguir duas espécies de agentes: os propagandistas e os agitadores. O papel desses homens, de início, é o de fazer propaganda e a agitação por todos os meios, diligenciando no sentido de adaptar seus argumentos ao meio em que se encontram. A grande diversidade de sua imprensa constitui uma das características da propaganda comunista. Existem jornais para cada região e cada profissão; todos repetem a mesma coisa, mas o dizem de maneira apropriada às diversas mentalidades. (...) É incontestável que, sob a sua forma moderna, a propaganda política foi inaugurada por Lênin e Trotsky. O primeiro lançando suas palavras de inovação sem precedentes ao dirigir-se pelo rádio às massas, passando por cima dos governantes. Criaram eles uma vasta rede psicopolítica que, por meio de múltiplos canais – imprensa, rádio, teatro, cinema, jornais locais e de fábrica, conferências, comícios e outros meios – atingiam os pontos mais afastados do país.

Assim, têm os soviéticos importância por seu pioneirismo no campo da propaganda política na era moderna.

4.2.2 Propaganda nazista

A política hitlerista, por sua vez, contribuiu de maneira vital para a evolução da propaganda, dando-lhe um caráter extremamente científico, penetrando no inconsciente coletivo da população germânica. Inclusive, conta a História que o *Führer* conseguiu, “sem recorrer à força militar, a anexação da Áustria e da antiga Tcheco-Eslováquia ao Reich e o desmoronamento da estrutura política e militar da França”. (PINHO, 2002, p. 143)

Sant'anna relata (2002, p. 51):

É enorme a contribuição de Hitler e Goebbels à propaganda moderna. Eles não a inventaram, mas a transformaram. Hoje, o mundo sabe a que ponto chegaram os resultados dessa mecânica gigantesca. O grande número de técnicas e processos introduzidos pelo nazismo em matéria de propaganda, todavia, subsiste (...) O hitlerismo corrompeu a concepção leninista de propaganda. Transformou-a numa arma em si, utilizada indiferentemente para todos os fins. (...) Desde essa época a propaganda não está mais vinculada a uma progressão tática, converte-se ela mesma em tática, numa arte particular com leis próprias, tão utilizável como a diplomacia e os exércitos.

A própria História assinala que a propaganda foi um dos pilares que sustentaram o Terceiro Reich, ao lado do grande poderio militar alemão. Deixaram, como herança para a publicidade moderna, vários princípios básicos adotados pela publicidade, como a teoria da simplificação – defendida por Hitler em sua obra – que ensinava que a propaganda deve ser popular, nivelada “por baixo”, para manipular as massas.

4.3 Surgimento da Contrapropaganda

O embate no campo da propaganda política se estendeu do início do século XX até as décadas subseqüentes ao pós-guerra. Eram batalhas tão ferrenhas que não bastava apenas criar formas de persuadir, mas também se fazia necessário atacar as mensagens adversárias. Nasce, nesse contexto, a contrapropaganda.

Garcia (1982) apud Pinho (2002, p. 150) ensina:

Entendida como a propaganda que visa a anular ou contrabalançar os efeitos persuasivos de uma determinada campanha de propaganda política, a contrapropaganda atua para mostrar a contradição das idéias do adversário com a realidade dos fatos ou, indiretamente, para ‘desmoralizar as idéias (...) pela crítica à personalidade ou ao comportamento daqueles que as sustentam.

Domenach (1950, s.p.), grande estudioso da propaganda política, enumera sete princípios básicos atinentes à contrapropaganda: assinalar os temas do adversário, atacar os pontos fracos, jamais atacar frontalmente a propaganda adversária quando for poderosa, atacar e desconsiderar o adversário, colocar a propaganda do adversário em contradição com os fatos, ridicularizar o adversário e fazer predominar o seu “clima de força”.

Assim, durante todo esse período, que se iniciou o primeiro quarto do século passado, até a derrocada dos Estados totalitários, em que predominava o monopólio da informação por parte dos governos ditatoriais, a contrapropaganda exerceu seu papel de manipulação das massas, sem encontrar qualquer limitação ética, moral ou legal.

A História contemporânea é recheada de casos ilustrativos. Na Primeira Guerra Mundial, por exemplo, os alemães empreenderam

contrapropaganda contra os russos, ao passo que os aliados bombardeavam ideologicamente os austro-húngaros, numa clara utilização da estratégia de atacar os mais vulneráveis. Já na Segunda Guerra Mundial, a resistência francesa, por meio de boletins clandestinos e cartazes, contradizia as afirmações publicadas pela imprensa nazista.

Na ditadura militar brasileira pós-64, conforme relata Pinho (2002, p. 153), os slogans governamentais sofreram um forte processo de ridicularização: “A frase ‘Brasil, ame-o ou deixe-o’ teve como resposta ‘O último a sair apaga a luz; para o tema ‘O Brasil é feito por nós’, a resposta foi ‘O difícil é desatá-los’.”

Fora do âmbito da disputa política, ocorreu caso extremamente interessante no próprio Estado nazista. Obcecado com a idéia de pureza de pureza racial e de combate aos vícios e fraquezas humanas, Hitler empreendeu uma verdadeira campanha antitabagista, conforme narra o jornalista português Coutinho (2005, s.p.):

Robert Proctor (...) explicou tudo em *The Nazi War on Cancer* (Princeton University Press, 379 pp.) (...) as campanhas antitabagistas do mundo moderno nasceram na Alemanha das décadas de 1930 e 1940. Nasceram com a preocupação nazi em combater o vício e, óbvio, humilhar publicamente os viciosos. (...) Quando Hitler chegou ao poder em 1933, o tabaco era reconhecido como semente do mal. Causa de tudo. Infertilidade. Impotência. Câncer. Enfarte. Comunismo. Uma ameaça direta à pureza da raça ariana e sua excelência física e mental. (...) A partir de 1933, as campanhas estavam nas ruas. Gigantescas imagens onde o fumante típico era tratado como débil sem dignidade ou vergonha (tradução: um judeu manipulador que introduzira o cigarro na Alemanha para exterminar o povo nativo). Ninguém escapou. As donzelas viciosas eram pintadas em pose masculina (...) e homens fumantes eram seres sexualmente arruinados, com traços femininos, lânguidos, tristemente adocicados. O tabaco surgia em sagrada aliança com tudo que era condenável (...). Seis anos depois, os alemães estavam fumando a dobrar. Em 1933, o alemão médio fumava 570 cigarros por ano. Em 1939, antes da Segunda Guerra, fumava 900.

Segundo o próprio Coutinho (2005, s.p), “as campanhas modernas que correm atualmente nas ruas (no Brasil, no México, na Europa) encontram inspiração direta nas campanhas nazistas da época de 30 ou 40”. Porém, atualmente, tais campanhas conseguiram frear o crescimento do consumo de cigarros, sendo que houve queda de vendas desse produto em alguns países do chamado Primeiro Mundo.

Embora possa se traçar um paralelo entre os conteúdos das mensagens propagandísticas das diferentes épocas, cada campanha se insere em

contextos distintos. Nas décadas anteriores à metade do século, os maiores personagens cinematográficos – com muita frequência – apareciam fumando cigarros nos filmes, numa clara tática comercial. Aliás, eis um símbolo clássico que permaneceu por décadas no imaginário do espectador: o de uma diva do cinema *hollywoodiano*, envolta de fumaça, enquanto traga um Marlboro. Fumar era algo sensual, que proporcionava status. E contra tal “inimigo”, até mesmo a mais violenta contrapropaganda nazista sucumbiu.

Atualmente, o cenário é bem diferente. Ao invés do prazer inconseqüente, nossa sociedade prioriza o prazer com responsabilidade. Valoriza-se muito mais a ciência e suas pesquisas, a saúde, o bem-estar. Qualquer pessoa, famosa ou não, que se declare abertamente favorável à indústria tabagista, certamente será mal vista, assim como o merchandising de cigarro, tanto em cinema como em televisão.

Portanto, a lição que fica é que não basta apenas a trabalhosa elaboração de uma mensagem, se ela não for adequada ao meio em que se insere. Mais adiante, voltaremos discutir mais detalhadamente sobre o assunto em tópico apropriado.

4.4 A Contrapropaganda na Publicidade

Durante muito tempo, a publicidade não sofreu nenhum tipo de restrição. O acirramento da concorrência de mercado nos vários setores da economia, bem como a adoção de técnicas de persuasão – por influência da propaganda política – assim como a consolidação da TV como o principal meio de comunicação de massa, foram alguns dos principais fatores que influenciaram o desenvolvimento da atividade publicitária no século passado.

Nos Estados Unidos, a maior economia capitalista do pós-guerra até os dias atuais, o cenário era o seguinte: até os anos 60, praticamente inexistia alguma espécie de controle sobre a publicidade. Pesquisas relatavam que os consumidores estavam céticos em relação aos anúncios da época, devido aos seus exageros, fraudes e insinuações, dentre outras características enganosas ou abusivas. As associações de defesa dos consumidores freqüentemente reclamavam; os próprios

profissionais da publicidade reconheciam que era necessário um controle maior da atividade para coibir determinados abusos por parte dos anunciantes.

No final da década de 60, mais precisamente desde 1968, a *Federal Trade Commission* (FTC) – uma agência independente do Governo norte-americano cujo um dos principais objetivos é a proteção do consumidor – iniciou uma série de medidas de regulamentação de mercado, que incluía o programa de *corrective advertising*. Conforme explica Fernandes Neto (2005, p. 238):

A FTC, considerado o órgão estatal pioneiro a aplicar a contrapropaganda, já impôs esta sanção em casos de publicidade enganosa, retificando mensagens anteriores, determinando aos fornecedores a obrigação de incluir nas publicidades futuras a mensagem de que as anteriores eram falsas e enganosas no entender da FTC.

Portanto, aqui, a contrapropaganda possui uma conotação diferente: não se trata de uma “arma para contra-atacar o inimigo”, e sim de sanção aplicável nos casos de publicidade antijurídica. Embora não tenha sido utilizada com larga frequência no território norte-americano, gerou enorme repercussão quando foi aplicada. O caso mais célebre foi o Warner-Lambert, em anúncios do anti-séptico bucal Listerine nos quais se dizia que o produto era eficaz contra resfriados e dores de garganta. Após constatada a enganiosidade, a FTC impôs o seguinte (JACOBINA, 2002, p. 102):

Se uma publicidade enganosa desempenhou um papel substancial na criação ou no reforço, na mente do público, de uma imagem falsa e material, capaz de sobreviver após a cessação do anúncio, há um dano, claro e contínuo, contra a concorrência e a massa consumidora, na medida em que os consumidores persistam em efetuar suas decisões com base na falsa imagem. Uma vez que o prejuízo não possa ser evitado, com a simples exigência de que o anunciante cesse a veiculação da mensagem, podemos, apropriadamente, ordenar uma ação positiva de sua parte no sentido de pôr fim aos efeitos do anúncio, que, de outra forma, perdurariam.

Tal instituto só passou a ser regulamentado na Europa na década de 80. Primeiramente, na França, com a Lei Royer (1982), que foi revogada pelo *Code de la Consommation*. Todavia, no direito francês, a *contre-publicité* “tem outra função, que é a de difundir críticas sobre produtos e serviços encontráveis no mercado” (FEDERIGHI apud FERNANDES NETO, 2005, p. 237). Já em 1984, “a Diretiva 84/450 do Conselho das Comunidades Européias, impunha também como

sanção, a ‘publicação de um comunicado retificativo’, que pode ser aplicada judicial ou administrativamente” (FERNANDES NETO, 2005, p. 236).

Na Espanha, a *publicidad correctora* foi positivada na Lei 34, de 1.988 (Lei Geral de Publicidade espanhola), “que concedeu ao Poder Judiciário a possibilidade da imposição de contrapropaganda”, e que possui algumas peculiaridades: “a sentença deve ordenar a publicação total ou parcial da sentença na forma que estime adequada, ao encargo do anunciante” (art. 31, letra c) e “Exigir a difusão da publicidade corretiva quando a gravidade do caso assim o requerer e sempre possa contribuir à reparação dos efeitos da publicidade ilícita, determinando o conteúdo daquela, as modalidades e o prazo de difusão”.

Em Portugal, “a contrapublicidade é uma forma de pressão, sem reconhecimento legal, normalmente coordenada pelas associações de consumidores. É a forma mais comum de exercer o chamado ‘direito de crítica’; é lícita, desde que o seu conteúdo prestado seja verdadeiro, pois se presumem de boa-fé as informações prestadas pelas associações de consumidores” (ALMEIDA apud CHAISE, 2001, p. 31).

5 O CONTROLE DA PUBLICIDADE

No Brasil, o controle da publicidade encontra fundamento constitucional, basicamente, nos princípios da ordem econômica (art. 170, V, CF), bem como nos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXII). Em sede infraconstitucional, localiza-se nos artigos 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, no âmbito auto-regulamentar, situa-se no Código Brasileiro de Auto-regulamentação publicitária (CBAP). Trata-se, portanto, de um modelo de controle misto, como se detalhará logo a seguir.

5.1 Sistemas de Controle

De acordo com a doutrina, são três os modelos de controle existentes, além da opção de não controlar a publicidade – medida que é adotada somente nos países menos desenvolvidos do planeta. O primeiro é o da auto-regulamentação pura, no qual o controle é feito pelos próprios publicitários, através de códigos de ética e de órgãos privados. É, certamente, o modelo mais defendido pelos profissionais do setor publicitário, que alegam que “o próprio mercado tem incentivos de sobra para a correção dos desvios acaso surgidos, seja para fazer com que os anunciantes forneçam informações precisas sobre seus produtos e serviços, seja para contestar, pelos seus próprios canais de comunicação publicitária, os anúncios enganosos veiculados pelos seus concorrentes” (BENJAMÍN, 2001, p. 265). Todavia, o controle privado não impede que o próprio consumidor ou qualquer anunciante possa pleitear judicialmente, sem intervenção do Estado, medidas preventivas ou reparatórias contra eventuais abusos no meio. Entre outras vantagens deste sistema está a gratuidade para o consumidor, sua celeridade e o grande peso moral de suas decisões sobre os regulados. Todavia, por suas normas não possuírem caráter legal, não vinculam sujeitos que não sejam membros do órgão auto-regulamentar; e mesmo sobre aqueles inexistente poder coercitivo real, por serem as sanções privadas.

No modelo estatal puro, só cabe ao Estado disciplinar a atividade publicitária. Esse controle se daria através de órgãos especializados que, ao contrário dos órgãos privados, contariam com poder de coerção. Mas ocorre que, no sistema exclusivamente estatal, haveria “lentidão e formalismo da atuação oficial, dificuldades de acompanhamento e ajustamento às rápidas alterações do mercado, etc” (BENJAMÍN, s.d., p. 38).

Por fim, há o modelo misto, no qual o controle estatal e o auto-regulamentar convivem lado a lado. Neste sistema, “parte-se do pressuposto que a auto-regulamentação não exerce sobre os seus regulados uma autoridade suficiente ao ponto de tornar desnecessária a atuação estatal, e que esta, ao ser aplicada isoladamente, apresenta igualmente riscos para o consumidor” (BENJAMÍN, s.d., p. 39). Segundo a doutrina, este é o sistema ideal, oferecendo proteção repressiva, reparatória ou preventiva. Como se ressaltou anteriormente, é este o adotado pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, no qual há possibilidade de atuação dos organismos auto-regulamentares (como Conar e o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária) e do próprio Estado (seja a administração pública, seja o Judiciário).

5.2 Princípios Referentes à Publicidade

O Código de Defesa do Consumidor elenca em seu texto alguns princípios aplicáveis à publicidade. Não se fará, aqui, uma exposição de modo exaustivo; mas não podemos nos esquecer deles, haja vista que, “concebido como ponto de partida, alicerce de alguma coisa, irremediavelmente, o princípio será uma pedra angular de um determinado sistema” (BULOS, 1997, p. 40)

Dentre os princípios relativos à atividade publicitária no diploma consumerista, BENJAMÍN (2001, p. 279-280) destaca sete: o da identificação da publicidade, da vinculação contratual da publicidade, da veracidade da publicidade, da não-abusividade da publicidade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação da publicidade e o da correção do desvio publicitário.

O princípio da identificação da publicidade, previsto no art. 36, *caput*, afirma que “a publicidade há que ser identificada pelo consumidor. O legislador não

aceitou nem a publicidade clandestina, nem a subliminar” (BENJAMÍN, 2001, p. 279).

Pelo disposto no princípio da vinculação contratual da publicidade “o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária” (BENJAMÍN, 2001, p. 279), de acordo com o texto dos artigos 30 e 35 do CDC.

O princípio da veracidade da publicidade, expresso no art. 37, § 1º, se faz presente ao vedar a publicidade enganosa, traçando os seus limites. Por sua vez, o princípio da não-abusividade da publicidade: “tem por objetivo reprimir desvios que prejudicam igualmente os consumidores” (BENJAMÍN, 2001, p. 279), ou seja, a publicidade abusiva (art. 37, § 2º).

O princípio da inversão do ônus da prova, descrito no art. 38, é “decorrente, de certa maneira, dos princípios da veracidade e da não-abusividade da publicidade, assim como do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor” (BENJAMÍN, 2001, p. 280). Tal inversão não se encontra no âmbito da discricionariedade do juiz, tendo caráter obrigatório. Assim, “sempre que o anunciante fizer uma afirmação factual, o ônus da prova de que sua informação é correta fica a seu encargo” (DIRETIVA 84/450, da CEE, apud BENJAMÍN, 2001, p. 315).

O princípio da transparência da fundamentação da publicidade, adotado no parágrafo único do art. 36, parágrafo único¹⁰, “é um aperfeiçoamento da teoria do *ad substantiation* dos norte-americanos” (BENJAMÍN, 2001, p. 280). Significa que (BENJAMÍN, 2001, p. 284):

O fornecedor tem ampla liberdade para anunciar seus produtos ou serviços. Deve, contudo, fazê-lo sempre com base em elementos fáticos ou científicos: é sua fundamentação. De pouco adiantaria exigir a fundamentação da mensagem publicitária (cuja carência está incluída no conceito de publicidade enganosa) sem que se desse acesso aos consumidores.

Por fim, há o princípio da correção do desvio publicitário, acolhido no art. 56, XII. “Uma vez que o desvio publicitário ocorra, ao lado de sua reparação civil e repressão administrativa e penal, impõe-se, igualmente, que os seus malefícios

¹⁰ Art. 36, parágrafo único, CDC: “O fornecedor (...) manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos e científicos que dão sustentação à mensagem.”

sejam corrigidos, ou seja, que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado” (BENJAMÍN, 2001, p. 280).

Através de uma leitura atenta de tais princípios, nota-se que nosso CDC possui uma nítida inclinação ao aspecto informativo da publicidade, e certamente isso pode determinar a aplicação do aparato de defesa do consumidor. Tal constatação fica mais explícita no próximo tópico, no qual se delineia os fundamentos da regulamentação publicitária.

5.3 Fundamentos do Controle

O fenômeno da publicidade, embora causador de vários males da sociedade, é reconhecidamente essencial e necessário para a manutenção da estrutura econômica capitalista. De nada adiantaria eliminá-la. É necessário, portanto, que exista o controle de tal atividade, visando a coexistência pacífica entre fornecedores, seus vários concorrentes, e o mercado consumidor.

Assim, existem paradigmas na regulamentação da publicidade, que funcionam como fundamentos ou justificativas de controle nos quais se baseiam os modelos adotados por cada Estado. São quatro os mais relevantes (BENJAMÍN, s.d., p. 24):

Controla-se a publicidade com o intuito de: a) favorecer e ampliar a concorrência entre diversos agentes econômicos (modelo concorrencial); b) garantir um fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços (modelo informativo); c) evitar abusos no exercício do poder de persuasão (modelo da manipulação de preferências); e, d) limitar seu potencial de modificação de padrões culturais (modelo cultural).

O primeiro modelo visa o equilíbrio entre os agentes comerciais que atuam num mesmo ramo, em que a veiculação de publicidade enganosa poderia desequilibrar uma concorrência justa e implodiria totalmente a confiabilidade no mercado. Baseia-se, no entanto, numa visão ultrapassada, por ignorar completamente a existência da parte mais vulnerável de toda a cadeia: o consumidor, que eventualmente estaria desprotegido contra as publicidades abusivas que não resultassem em dano concorrencial.

O modelo informativo apresenta-se como predominante e o mais atraente, no qual se assegura a veiculação adequada de informações ao consumidor, partindo do pressuposto de que este, corretamente informado, tornar-se-á soberano. “A ‘via informativa’ tem uma aparência de neutralidade política. Não parece favorecer um grupo político e tem como único objetivo fazer uma instituição social central (o mercado) funcionar mais eficientemente. Privilegia o conhecimento técnico na economia da informação, como base de uma decisão política” (RAMSAY, 1992, p. 28).

Todavia, falha ao desconsiderar o caráter persuasivo da publicidade, bem como seus reflexos e raízes culturais. Assim, ao encará-la como uma mera peça informativa, se reduz a uma análise superficial da questão. Desta forma, é bastante eficaz no combate à publicidade enganosa, pois se foca essencialmente na correção da informação.

No ponto onde o modelo anteriormente citado falhou, surge outro, baseado na idéia de que os gostos do consumidor podem ser determinados pela publicidade. Assim, o modelo da manipulação de preferências se posiciona de forma que se criem desejos; ao invés de simplesmente responder às necessidades do mercado. Ou seja, num determinado setor econômico, onde atuam vários concorrentes e a distinção de produto e serviço com base no preço, qualidade e quantidade é impossível, se faz necessária a utilização de meios persuasivos, que criem uma diferenciação artificial. É o que ocorre na publicidade de estilo de vida e imagem, por exemplo.

Por fim, há o modelo mais atual e moderno, que é o cultural. Este enxerga na publicidade um instrumento capaz de alterar as bases das relações sociais, capaz de construir, substituir e fortalecer estereótipos e matizes culturais. Assim, “regula-se a publicidade porque se reconhece a sua dimensão cultural e estrutural, que leva o consumidor, inserido em um mercado dominado por uma indústria cultural, a ter dificuldades de pensar criticamente” (BENJAMÍN, s.d., p. 33). No entanto, os Estados modernos ainda costumam se basear no modelo informativo, que se concentra basicamente na enganosidade publicitária, apresentando sérias dificuldades em casos de abusividade (RAMSAY, s.d., apud BENJAMÍN, s.d., p. 34):

Isso porque é no modelo cultural — assim como no da manipulação das preferências — mais do que nos modelos concorrencial e informativo, que podemos localizar a sustentação do controle da publicidade abusiva, aquela que, dentre outros aspectos, é discriminatória de qualquer natureza, incita a violência, explora o medo ou a superstição, se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A partir dessa análise, poderemos entender, mais adiante, os problemas e questões referentes ao controle da publicidade nos dias atuais, bem como a efetividade dos atuais dispositivos de controle, como a contrapropaganda.

5.4 O Poder de Influência da Publicidade

Muito já se falou a respeito do poder da publicidade em nossa sociedade, reconhecido por grande parte da doutrina. Costuma-se dizer que é um fenômeno da comunicação de massa, capaz de criar necessidades padrões e de consumo (MARTÍNEZ, 2001, p. 31), despertar desejos (SILVA, 2003, p. 01), podendo, inclusive, alterar a percepção da realidade por parte do indivíduo, “porque podem implicar a aceitação das mensagens como verdade” (FERNANDES NETO, 2005, p. 138).

Portanto, destacar o poderio da publicidade perante a grande massa consumidora é, basicamente, cair em lugar comum – principalmente devido à posição unânime da doutrina em relação a tal “arma” comercial. Dessa forma, é importante citar as lições do relator do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, aprovado em 1978 (DOMINGUES, 1992, p. 193-194):

A publicidade é muito menos poderosa e sujeita a muito mais limitações do que imaginam os leigos e aqueles que a conhecem superficialmente. (...) A ação da publicidade se exerce sobretudo na fixação das marcas que são o patrimônio maior da empresa moderna, enquanto as mudanças de hábitos e as alterações de natureza comportamental são apenas uma decorrência. (...) De vez que é um reflexo, a publicidade só viceja dentro do condicionamento cultural de sua época. Como o peixe, a publicidade precisa ser fresca... (...), é um fenômeno cultural derivado: ela não inventa, não inova, não revoluciona. E somente lida com aquilo que já é aceito socialmente. É, portanto, completamente fantasiosa a noção de que a publicidade é perigosa porque conduz a sociedade, quando, na realidade, é a sociedade que conduz a publicidade – na linguagem, na visão do mundo, nas atitudes existenciais. A publicidade não cria novos códigos: ela é forçada a seguir os códigos que já são aceitos pelas pessoas; e ocorre

sempre uma razoável defasagem entre a implantação de novos conceitos e sua adoção pela publicidade.

Da mesma forma que as outras áreas que envolvem a comunicação de massa, como jornalismo, artes e entretenimento, a publicidade também não conta com alcance ilimitado. Além disso, está sujeita ao mau exercício por parte dos profissionais desta área, da mesma forma que ocorre em todas as outras. Nesse sentido, Domingues (1992, p. 194) arremata:

Temos de reconhecer que as Agências de Publicidade que, por exemplo, recorrem ao sexo exacerbado e à nudez como expediente criativo visam, com frequência, sua autopromoção e apenas secundariamente vender o produto ou serviço de seus clientes. Nesse contexto, vale repetir aqui uma afirmação que já fiz repetidas vezes: 'Assim como as artes gráficas são mal empregadas pelos falsários, a Medicina pelos charlatães e o Direito pelos advogados inescrupulosos, a Publicidade é vítima dos que a praticam de forma irresponsável; mas nem por isso podemos condenar as Artes Gráficas, a Medicina e o Direito, assim como não podemos condenar toda a Igreja por culpa de meia dúzia de oportunistas que abusam de seu ministério e esposam teorias extremistas'".

O perfeito controle da publicidade passa, teoricamente, pelo correto entendimento da influência e dos efeitos que ela provoca. Inegável é a força deste "fenômeno cultural", mas essa unanimidade em torno de seu poder manipulatório soa exagerado. Todavia, tal meta só será alcançada com o pleno desenvolvimento das ciências comportamentais humanas, fato que está muito distante de ocorrer.

6 A CONTRAPROPAGANDA

Após oferecer um panorama geral do controle da publicidade no Brasil, para ilustrar o contexto no qual se insere a contrapropaganda, passaremos à localização deste instituto no direito brasileiro e à sua análise pormenorizada no CDC, que é o objetivo do presente trabalho.

6.1 Localização no Ordenamento Jurídico Brasileiro

De acordo com Fernandes Neto (2005, p. 239-242), a contrapropaganda, como sanção contra o ilícito comunicativo, encontra sete fundamentos jurídicos diversos em nosso sistema de comunicação:

I) no âmbito estatutário, a prevista no CBAP (Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária), de forma inominada; II) no âmbito do Direito Eleitoral, o direito de resposta (art. 58 da Lei Federal 9.504/97); III) no âmbito do Direito das Relações de Consumo: 1) a positivada pelo CDC, batizada de contrapropaganda nos arts. 56, XII, e 60, 2) como pena acessória, nos termos do art. 78, II, do CDC, 3) como sanção inominada com lastro: a) na legislação regulamentadora do tabaco (Lei Federal 9.294/96 – com a redação fornecida pela Lei Federal 10.167, de 27.12.2000 - , art. 9.º, II, III e VI); b) na legislação da vigilância sanitária, conforme a Lei Federal 9.782/99 – que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; c) no princípio constitucional do direito da inafastabilidade do direito de ação e espeque no princípio da *restitutio in integrum*, e IV) no Direito de Resposta regulado pela Lei de Imprensa (arts. 29 a 36 da Lei Federal 5.250).

Em âmbito estatutário, a contrapropaganda encontra-se no CBAP, descrita no seu art. 50, porém de forma inominada: "divulgação da posição do Conar com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas".

Na esfera de proteção do consumidor, cabe à Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) a fiscalização de produtos por ela controlados, bem como outros que causem risco à saúde, pelo que foi disposto na Lei do Tabaco e também na lei de criação da referida agência (Lei 9.782/99). Mas aqui, "como a suspensão da publicidade é obrigatória, a condenação administrativa terá

unicamente a possibilidade de efetuar dosimetria da multa, haja vista que a retificação não é pena, mas necessidade imposta pelo princípio do desvio publicitário”.

O direito de resposta, embora possua nome diferente, é similar à contrapropaganda, conforme ensina Fernandes Neto (2005, p. 239):

No campo do Direito Eleitoral (CE) e da mídia surge o denominado direito de resposta, que se consubstancia em espécie de contrapropaganda, possuindo ontológica e teleologicamente a mesma função; é uma sanção ao desvio da propaganda eleitoral, ou da mídia noticiosa e objetiva corrigir o rumo da comunicação, eliminando os efeitos funestos da inverdade. Equívoco seria deixar de comparar o direito de resposta – que possui finalidade muito semelhante, senão idêntica – com a sanção específica para o ilícito comunicativo perpetrado em nome da publicidade, traçando um paralelo, apenas porque não possui o nome epigrafado.

Passemos, agora, a estudar as características específicas do instituto, expresso no diploma consumerista.

6.2 Outras Sanções Administrativas do CDC

O Código apresenta em seu Título I, o Capítulo VII, nomeado como “Das Sanções Administrativas”. Mas antes de apresentá-las, é importante destacar que aquele que patrocina a publicidade (o fabricante do produto ou fornecedor do serviço), antes de sofrer qualquer punição, está obrigatoriamente sujeito a um ônus: o de provar a veracidade das informações veiculadas na peça publicitária, pelo disposto no art. 38 do CDC (v. item 5.2). Já as sanções que dão intitulam este tópico encontram-se no artigo 56, que elenca doze (DENARI, 2001, p. 581-582), e que são classificadas em:

- a) pecuniária: a pena de multa, prevista no inciso I;
- b) objetivas: que se aplicam ao produto ou serviço, compreendendo a apreensão (II), inutilização (III), cassação do registro (IV), proibição de fabricação (V), suspensão do fornecimento de produtos ou serviços (VI);
- c) subjetivas: aplicadas ao sujeito que pratica a atividade empresarial, e englobam a suspensão temporária de atividade (VII), cassação de licença do estabelecimento ou de atividade (IX), interdição total ou

parcial de estabelecimento, obra ou atividade (X), intervenção administrativa (XI), imposição de contrapropaganda (XII).

Sobre a aplicação das referidas penas, Vilaça Lopes (1992, p. 178)

leciona:

As sanções administrativas do Código de Defesa do Consumidor vêm previstas no art. 56, cujo parágrafo único estabelece que elas podem ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente e incidente de procedimento administrativo. Em matéria de publicidade, a cumulação seria somente da pena de multa com a de contrapropaganda. As demais sanções seriam inaplicáveis. (...) A pena de multa vem tratada no art. 57, que determina alguns parâmetros para a sua graduação, tais sejam: a) vantagem auferida e b) condição econômica do fornecedor.

Em tese, poderiam ser aplicadas, com a contrapropaganda e multa, outras sanções administrativas, caso o fabricante, além de veicular publicidade enganosa – por exemplo – colocar no mercado produto com vícios de fabricação.

A aplicação das sanções objetivas, com exceção da contrapropaganda, é descrita no art. 59 do Código. Este dispositivo deixa claro que tais penas serão cominadas “quando o fornecedor reincidir na prática das infrações de maior gravidade”. De acordo com Denari (2001, p. 584), “devem ser aplicadas *in extremis*, justamente por envolver restrição ao princípio da livre iniciativa, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”. O art. 60 trata exclusivamente da contrapropaganda, mas não faz referência, a exemplo do artigo anterior, sobre a reincidência ou a gravidade da infração. Porém, entendemos que aplicação desta sanção deve ser pautada através da análise do caso real, sendo utilizada apenas quando for necessária, e não em toda e qualquer hipótese de publicidade enganosa ou abusiva. Inclusive, sua escassa utilização pelos órgãos competentes é um bom argumento para corroborar este entendimento.

A pena de suspensão da veiculação não está expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, encontrando abrigo no art. 50, c, do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, e também no art. 9º da Lei 9.294/96 (a chamada Lei Murad – que restringe a publicidade de bebidas alcólicas, fumíferos, medicamentos e outros). Mesmo estando oculta na lei do consumidor, é perfeitamente aplicável, pois independentemente da necessidade de cominação da contrapropaganda, a publicidade ilícita deve ser obrigatoriamente suspensa.

Não podemos deixar de expor, aqui, as críticas ao Código de Defesa do Consumidor quanto às sanções administrativas, conforme expõe Zenun (1999, p. 93):

O Código em tela ultrapassou todos os limites para se perder na brutalidade de se atribuir ao fornecedor de produto ou de serviço, a pretexto de infrator, uma cumulatividade de penalidades para cada caso, sem tipificar e sem a proporcionalidade entre a suposta infração e o somatório de penas, muitas draconianas e inadequadas.

De fato, o Código não estabelece um escalonamento entre as hipotéticas infrações e suas sanções respectivas, o que não impede a aplicação de tais penas administrativas. Tal “lacuna” deverá ser preenchida pela discricionariedade (e bom senso) do julgador. Àquele que foi punido, caberá buscar sua ampla defesa no procedimento administrativo e, se necessário, no Poder Judiciário.

6.3 Contrapropaganda

A contrapropaganda é a sanção mais temida, segundo a doutrina (DENARI, 2001, p. 586), contra a publicidade enganosa ou abusiva; um meio cautelar, do qual dispõe a Administração Pública, para evitar danos decorrentes da comunicação ilícita. De acordo com Ceneviva (1991, p. 133), é “a punição imponível ao fornecedor de bens ou serviços, consistente na divulgação publicitária esclarecedora do engano ou do abuso cometidos em publicidade precedente do mesmo fornecedor”. Jacobina (2002, p. 101), por seu turno, conceitua o instituto ressaltando algumas de suas qualidades:

preferimos ressaltar o aspecto cautelar e educativo da contrapropaganda, ao invés do seu caráter punitivo, (...) e a definiríamos como a sanção cautelar, imponível administrativamente, mediante procedimento adequado, independentemente das sanções judiciais porventura cabíveis, que visa a desfazer ou impedir os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, pela veiculação de mensagem educativa aos consumidores, às expensas do fornecedor, e de preferência no mesmo veículo, local, espaço ou horário anteriormente utilizados, de forma a desfazer o malefício da publicidade ilícita.

A doutrina ressalta aspecto educativo (FERNANDES NETO, 2005, p. 246) do instituto, principalmente quando a publicidade infratora afronta ou deturpa valores éticos, sociais ou morais.

No entanto, sabe-se que é impossível reparar de forma completa o dano causado pelo anunciante, mas é possível remediá-lo, e a contrapropaganda é instrumento eficaz para tal fim.

É recorrente na doutrina a crítica ao termo “contrapropaganda”, visto que “propaganda” e “publicidade” possuem significados distintos (v. cap. 2). A terminologia mais apropriada seria, portanto, “contrapublicidade” – mas, como se sabe, a equivalência entre os vocábulos já se disseminou tanto nas leis quanto no próprio meio publicitário.

6.3.1 Constitucionalidade

Muito embora se questione, no meio publicitário, sobre o eventual conflito entre controle da publicidade e o direito à liberdade de expressão, tal questão não provoca calorosos debates na doutrina jurídica, que reconhece que a contrapropaganda “nada mais é do que uma manifestação do mandamento constitucional de que o Estado deve promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF), enfatizando a defesa dos hipossuficientes, referente à prática publicitária nociva ou falsa, que cause ou possa causar danos aos destinatários”. (SILVA, 2003, p. 02).

Entretanto, há vozes dissonantes (ZENUN, 1999, p. 99):

A pena equivalente à imposição de contrapropaganda a expensas do fornecedor é imoral e inconstitucional, porque obriga alguém a fazer propaganda contra si, contra o seu patrimônio, donde não ter como ser aplicada, pois se o fizer, desfigura-a por ser asquerosa; admita-se, *ad argumentandum*, que um fornecedor seja obrigado a essa prática antiética e venha a ruína, isto é, conseguiu-se mal muito maior e, às vezes, irreparável, porque, já de início, pode-se afirmar que é desumana, donde também ser inconstitucional.

Por outro lado, sabe-se que a publicidade não é um exercício de liberdade de expressão, mera arte ou informação, mas uma ciência da persuasão. Além disso, a contrapropaganda jamais deverá ser utilizada para punir

desproporcionalmente, pois tem como propósito desfazer o dano causado pela publicidade enganosa ou abusiva.

6.3.2 Competência

Por ser sanção de natureza administrativa, cabe ao órgão governamental da esfera Federal, Estadual ou Municipal aplicar a pena, pelo disposto no Decreto 2.181/97 (que criou o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor). Em tese, o Procon (seja estadual ou municipal) teria competência para aplicar esta sanção. O dispositivo infralegal também atribui expressamente à Anvisa tal responsabilidade, no caso de produtos controlados pela vigilância sanitária. Importante ressaltar que, mesmo em processo administrativo, vigora a garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa.

Como dito anteriormente, vigora no país o sistema de controle misto. Portanto, mesmo sem a utilização do aparato administrativo, a contrapropaganda pode ser aplicada pelo Conar, pelo disposto no Código de Auto-regulamentação Publicitária.

No entanto, há um debate acerca da possibilidade de imposição de contrapropaganda pelo Poder Judiciário, haja vista que, pelo art. 56, XII, do Código de Defesa do Consumidor, tal competência caberia apenas à autoridade administrativa. No entanto, a jurisprudência já se posicionou em sentido contrário, aplicando-a como sanção judicial em casos de ação civil pública. A maior parte da doutrina também se mostra favorável a esta corrente¹¹, com fundamento nos arts. 83 e 84, do CDC, “que asseguram o apelo a todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela, no caso através de uma ação mandamental ou cominatória, e permitem que o juiz conceda a tutela que assegure o resultado prático equivalente” (RODYCZ, 1994, p. 67).

¹¹ “A imposição dessa penalidade decorre das medidas judiciais à disposição do magistrado para a proteção dos consumidores, uma vez que é intenção da lei consumerista dar ampla tutela para a garantia dos direitos dos consumidores” (NUNES, 2005, p. 457)

6.3.3 Sujeitos

No processo comunicativo, há o emissor, o receptor e a mensagem. Quanto ao primeiro, inexistente dúvida: será o consumidor, ao qual se direciona a mensagem. A dúvida se concentra na responsabilização do emissor. Dispõe o art. 60, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que a contrapropaganda “será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa e abusiva”. A responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço é indiscutível. Embora caiba a terceiro contratado a elaboração da mensagem, incumbe ao anunciante aprovar o anúncio.

Quanto à agência de publicidade, entende-se que, por ser esta quem deu forma à publicidade ilícita, poderia perfeitamente sofrer tal sanção. Todavia, no caso de publicidade enganosa, a agência poderia se safar alegando que fora enganada pelo anunciante que a contratara, por ter recebido dados inverídicos acerca do produto anunciado.

Discute-se, também, a responsabilidade do veículo de comunicação. A princípio, Jacobina (2002, p. 20) alega que “as pessoas responsáveis pelos veículos de comunicação não têm o dever legal de verificar a sua enganabilidade, ou mesmo abusividade. (...) É que o veículo, normalmente, apenas cede ou aluga o espaço, não tendo responsabilidade pelo conteúdo do que ali é veiculado”.

Entretanto, defende-se que todos estes agentes respondem solidariamente, com base no art. 7º, parágrafo único, e art. 25, § 1º, do CDC. É exatamente o que defende Fernandes Neto (2005, p. 225-227):

Havendo mais de um autor do ilícito comunicativo publicitário, todos responderão solidariamente. O CDC, é bom lembrar, não exige co-autoria para a responsabilização solidária, ou seja, a responsabilidade impõe-se mesmo na hipótese de participação. (...) Quem cria é agência, quem propicia os meios necessários é o fornecedor, mas a execução do ilícito comunicativo não é viável sem a mídia. O veículo de comunicação é o executor do ilícito comunicativo. (...) A mídia tem o dever de fiscalizar as publicidades que exhibe.

Porém, o veículo não responderá objetivamente. Sua participação ou co-autoria dependerá da análise concreta do caso. No caso de publicidade subliminar, por exemplo, não se pode exigir que o veículo vislumbre o ilícito de

plano. Responderá, assim, subjetivamente, em algumas situações ressaltadas pela doutrina, como no caso de exibição de anúncio manifestamente abusivo, ou no caso de veiculação de publicidade que sofre restrição fora dos horários permitidos (a de tabaco, por exemplo), e também no caso de veiculação de publicidade já condenada administrativamente ou judicialmente, desde que tenha conhecimento da decisão. Também, é claro, no caso do merchandising, no qual há parceria entre veículo e anunciante para a divulgação publicitária do produto ou serviço.

6.3.4 Características

Como já foi ressaltado, é uma pena administrativa, que impõe ao infrator a divulgação involuntária com objetivo de, ao menos, amenizar o dano causado pelo anúncio danoso. “Trata-se, portanto, de obrigação de fazer, positiva, como ato pessoal do fornecedor, de natureza material (envolve a prática de atos relacionados com a elaboração e a difusão da mensagem, em dois tempos distintos)” (CENEVIVA, 1991, p. 134).

Dessa forma, a contrapropaganda deve possuir conteúdo para desfazer o mal anterior, e ser veiculada nas mesmas formas e meios da mensagem anterior, para que atinja o mesmo público-alvo de forma equivalente. É o que a doutrina chama de paralelismo da forma de veiculação. Como explicitado em capítulo anterior, cada tipo de mídia atinge consumidores distintos e causa diferentes efeitos na percepção do consumidor, assim como o horário de veiculação é determinante para se atingir determinadas faixas etárias.

Outro aspecto importante é sua natureza cautelar, podendo ser aplicada de forma antecedente ou incidente no procedimento administrativo. Assim, a contrapropaganda deve ser aplicada de maneira mais célere possível, pois a inércia das autoridades diante de publicidade ilícita pode fazer com que esta cause danos irreversíveis. Da leitura do mesmo dispositivo, observa-se também sua aplicação cumulativa com outras sanções¹², conforme se depreende do parágrafo único do art. 56, CDC. No entanto, Ceneviva (1992, p. 137) ensina que em sede de

¹² De acordo com LUZ (1999, p. 125): “as penas agrupadas (no art. 56, CDC) podem ser impostas cumulativamente, à medida que as infrações ocorreram, inclusive por medida de cautela, antes da instauração do processo administrativo ou durante ele”.

procedimento administrativo, é impossível a aplicação de sanção civil (multa) específica para o descumprimento da ordem legal, em razão do veto presidencial ao § 3º do art. 60. Por outro lado, em sede de ação judicial, nada impede que o juiz a utilize, conforme ensina Nunes (2000, p. 458):

Como a imposição da contrapropaganda é típica obrigação de fazer, deve o magistrado, ao impô-la, fixar desde logo a multa diária pelo descumprimento da obrigação, quer a decisão se tenha dado liminarmente, quer de forma definitiva. (...) Lembre-se que a função da multa (*astreinte*) é persuadir o infrator a cumprir sua obrigação. Por isso deve ser ampla o suficiente para tanto. Se seu valor for pequeno, talvez o fornecedor prefira pagá-la, porque todo o custo da divulgação da contrapropaganda é seu, assim como os efeitos de imagem que eventualmente possa ocasionar. Logo, a *astreinte* deve ser bem fixada para a obtenção do resultado prático desejado, que é a veiculação da contrapropaganda.

Portanto, como se percebe, a aplicação da contrapropaganda não esbarra nos limites da localização topográfica do artigo que a legitima, encontrando fundamentos em outros dispositivos legais.

6.3.5 Hipóteses de aplicação

O CDC explicita que a contrapropaganda será cominada nos casos de publicidade enganosa e abusiva, e remete ao art. 37 e seus parágrafos, nos quais as define ou caracteriza. Neste tópico, detalhar-se-á as características de ambos para – em capítulo seguinte – comentar a aplicação prática da lei.

6.3.5.1 Publicidade enganosa

A publicidade enganosa é aquela que tem a capacidade de “induzir o consumidor em erro”, ou seja, não precisa causar danos materiais para ser caracterizada sua enganabilidade¹³. Portanto, como ensina Benjamín (2001, p. 291), na caracterização da publicidade enganosa, “o legislador brasileiro (...) enxerga mais

¹³ Neste sentido (TAPR apud CHAISE, 2001, p. 46): “Ementa: Veiculação de propaganda enganosa – art. 67 da Lei 8078/90 – Consumação – Simples Veiculação.” (3ª Cam. do TAPR, Ap. 78716-6, rel. Juiz Lopes de Noronha, d.j. 8.8.1995)

o anúncio do que propriamente a mente da pessoa que o produziu ou dele se aproveitou. O erro real, consumado, é um mero exaurimento, que para fins da caracterização da enganabilidade é irrelevante”. Ou seja, não se faz necessária a verificação da intenção dolosa ou culposa do anunciante para que haja a enganabilidade. Como adverte Jean Calais-Auloy (1986) apud Vilaça Lopes (1992, p. 173), não se exige “a má-fé, de tal sorte que os anunciantes não podem esconder-se atrás de sua ignorância. (...) pode parecer injusto tratar da mesma maneira as falsidades e negligências, mas os consumidores devem ser protegidos contra ambas”. Porém, no âmbito penal, é necessário que haja o dolo para caracterizar o crime de publicidade enganosa.

Como se nota através da leitura do dispositivo legal, a descrição da publicidade enganosa é bem abrangente, ressaltando a preocupação do legislador em conceituar tal ilícito de maneira ampla. Não é tarefa simples aferir a enganabilidade da informação, conforme ensina Jean Baudrillard (s.d.) apud Vilaça Lopes (1992, p. 171):

Se os publicitários mentissem verdadeiramente, seria fácil desmascará-los – só que não o fazem – e se não o fazem, não é por serem demasiado inteligentes, mas sobretudo porque a arte publicitária consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos, que não sejam nem verdadeiros nem falsos.

Todavia, há vários casos em que a publicidade veiculada possui falso conteúdo não evidente e, portanto, difícil de se enxergar numa leitura menos atenta. Vilaça Lopes (1992, p. 172) exemplifica, ensinando a solução conferida pela própria lei em questão:

as dificuldades se avolumam quando a publicidade não se apresenta, à evidência, inquinada de falsidade. Seria o caso (...) de anúncio infantil há tempos veiculado, afirmando que determinado alimento infantil equivaleria ao valor protéico de um bifinho. Para essas situações, a solução legal é assaz inteligente: o parágrafo único do art. 36 determina que o fornecedor manterá, em seu poder, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem e o art. 38 estabelece que a obrigação de provar a veracidade é do anunciante.

Questiona-se, também, o emprego do exagero publicitário, mais conhecido no meio como *puffing*. Seria demasiadamente rígido um controle que proibisse totalmente tal artifício, sob pena de eliminar uma das técnicas de persuasão mais utilizadas nas mensagens publicitárias. Assim, “as expressões

exageradas de caráter inofensivo, em que os clientes não acreditam, estão excluídas do campo dos enganos prejudiciais dentro de limites variáveis” (BULGARELLI, 1985, apud BENJAMÍN, 2001, p. 296). Ou seja, “para que o *puffing* seja lícito é necessário que não implique inútil expectativa para os consumidores mais humildes. A mensagem não pode causar uma expectativa impossível de ser atingida” (FERNANDES NETO, 2005, p. 230). Ressaltando que, independentemente da maneira como a enganabilidade é empregada na publicidade, basta que esta “seja capaz de induzir o consumidor em erro” – conforme expressa o art. 37 – para que seja enquadrada no referido dispositivo legal.

Um dos tipos mais comuns de publicidade enganosa é a comissiva, na qual o anúncio afirma qualidades do produto que são capazes de induzir o consumidor a comprá-lo. Um exemplo bastante interessante ocorreu no caso das cervejas “sem álcool” (TEIXEIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 31):

Outro caso interessante foi levantado em duas Ações Cíveis Públicas intentadas pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor de Porto Alegre contra as cervejarias Kaiser Brasil LTDA. E Companhia Antarctica Paulista. As demandadas produzem e comercializam cervejas com as marcas Bavária e Kronenbier, respectivamente, em que consta rótulo com a expressão “sem álcool” e no qual se encontra um minúsculo asterisco, que também por meio de letras minúsculas, na parte lateral do recipiente, informa que o teor alcoólico é menor que 0,5% do volume, perceptível somente por pessoas extremamente atentas e de excelente visão. Ora, existem consumidores impedidos de ingerir qualquer quantidade de álcool em razão de prescrição médica, como, por exemplo, doenças hepáticas, cardíacas, diabetes, tratamento de alcoolismo etc., bem como pessoas que ingerem a referida bebida somente em razão de constar no rótulo a inexistência de álcool.

Tal qual se verifica no caso de publicidade enganosa por omissão, que é aquela que provoca o erro ao “esconder” dados essenciais relativos ao produto ou serviço que possam ter influência sobre o ato da compra¹⁴. Para ilustrar melhor a problemática, Benjamín (2001, p. 298) utiliza um exemplo não muito recente, mas bem didático:

O bom exemplo, tirado do mercado brasileiro, é o anúncio, feito pela Philips, de um televisor *stereo*, o primeiro a ser comercializado no País. Só que o anunciante deixou de informar ao consumidor que tal qualidade especial – que o distinguiu de seus similares – só era alcançável com a aquisição, à parte, de uma peça específica. Ora, o dado relevante para

¹⁴ Benjamín (2001, p. 298) explica que dado essencial é o “que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”.

aquela aquisição – e por isso essencial – era exatamente a sua qualidade de sonoridade *stereo*.

Aplica-se a mesma premissa citada acima no caso do merchandising ou publicidade oculta: se este induzir em erro, será enganoso, sendo passível a punição por contrapropaganda. Não obsta a aplicação da referida sanção nestes casos o fato de o Código de Defesa do Consumidor não vedar expressamente tais tipos de publicidade ilícita (FERNANDES NETO, 2005, p. 244).

6.3.5.2 Publicidade abusiva

Nosso Código não oferece um conceito pronto de abusividade, preferindo exemplificar quais seriam as publicidades que se enquadrariam no dispositivo. Assim, “é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência e do julgamento e inexperiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança”.

Através de sua leitura, depreende-se que “a publicidade abusiva transpõe as fronteiras do direito do consumidor” (VILAÇA LOPES, 1992, p. 173), pois “abusivo é o que ofende a ordem pública (*public policy*), ou não é ético ou é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores” (FTC vs. SPERRY & HUTCHINSON CO, 1972, apud BENJAMÍN, 2001, p. 301). Portanto, não há afronta ao patrimônio do consumidor, e sim aos valores sociais da coletividade. Neste sentido, é importante a lição de Ceneviva (1991, p. 68):

A abusividade é tomada na lei com tal amplitude que é contrária ao uso normal e mesmo aos usos e costumes. Todavia, delimita o âmbito do prejuízo admitido, pois refere saúde, segurança (do consumidor), a paz social ou o ambiente (de todos os cidadãos). O interesse juridicamente protegido é o social, não compatível com a consideração individual do consumidor.

Ainda não se encontrou um conceito fixo ou infalível do que seja a publicidade abusiva, pois se trata de algo relativamente novo no Direito. Afirma-se,

então, que é abusivo o que não é enganoso, através de um critério residual. Portanto, podemos dizer que “abusividade é noção distinta de enganabilidade. Aquela pode manifestar-se na ausência desta, e, nem por isso, deixa de ser prejudicial ao consumidor e ao mercado como um todo” (BENJAMÍN, 2001, p. 301).

Assim, como o art. 37, em seu parágrafo 2.º, indica genericamente alguns casos de publicidade abusiva, o julgador deverá enquadrar os casos reais no campo de abrangência do referido dispositivo. Portanto, além de contar com o próprio bom senso, terá o aplicador da lei o amparo da doutrina e da jurisprudência. Há algum tempo atrás, uma célebre campanha publicitária internacional, veiculada em vários países, foi alvo de uma ação cautelar do Ministério Público de São Paulo, conforme relata Valéria Falcão Chaise (2001, p. 40):

A peça publicitária mostrava a fotografia de um paciente de AIDS no exato momento de sua morte. O pedido se fundamentou no dano que a veiculação da publicidade poderia causar aos portadores da doença, inclusive aos assintomáticos, conforme vários depoimentos de especialistas. Ao conceder a liminar, o juiz entendeu que a dignidade da pessoa humana estava sendo violada, “atingindo-se o universo não só dos portadores do vírus, mas também de seus parentes e amigos”. A abusividade da peça publicitária foi admitida.

Em geral, os casos de publicidade discriminatória (que explora diferenças de raça, sexo ou religião), antiambiental, e incitadora de violência são facilmente percebidos por um olhar mais atento. No caso de publicidade que explore medo, superstição ou induza em segurança, há de se ter um cuidado especial com o consumidor infantil, hipossuficiente por excelência, conforme leciona Benjamín (2001, p. 303):

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em consequência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.

Ou seja: um anúncio que, no intuito de persuadir o consumidor a comprar tal produto, provoque o medo ou a superstição do consumidor, ou que o induza a se comportar de forma prejudicial ou perigosa, são muito mais danosos à criança, “porque elas ainda acreditam no que se fala na propaganda” (IMBERDORF, 1986, p. 166).

Por fim, o próprio Conselho de Ética do Conar oferece jurisprudência, passível de ser utilizada pelo Judiciário ou órgão público na tarefa de interpretar o conceito (CONAR apud CHAISE, 2001, p. 41):

O anúncio pode estabelecer o debate de idéias em torno da privatização de serviço público; não deve, no entanto, provocar eventual e injusto pânico entre seus usuários". (Representação n.º 022/97, 2.ª Câmara – Boletim do Conselho de Ética, n.º 101, março 1997)

O anúncio não deve contribuir para a banalização da violência, problema que vem afligindo toda a sociedade brasileira". (Representação n.º 151/96, 1.ª Câmara – Boletim do Conselho de Ética, n.º 96, setembro 1996)

Por fim, há de se fazer uma cisão nesta categoria de publicidade ilícita. Existe a publicidade abusiva que ofende valores morais e éticos da sociedade, mas que não influenciam no processo de compra. Por outro lado, há aquela que afeta a decisão de consumo, através de fatores estranhos ao julgamento, como o medo ou a superstição, afetariam o processo de compra (SPODE, 2002, p. 190). Tal divisão, como se verá, poderá servir como critério para aplicação de penas administrativas, como a própria contrapropaganda.

6.4 Elaboração da Contrapropaganda

Embora reconhecer a ilicitude na comunicação possa ser algo relativamente complexo, esta não é – nem de longe – a etapa mais dificultosa. A grande dificuldade, principalmente para os operadores do Direito, é a de traçar os limites da própria contrapropaganda, devido aos conhecimentos técnicos que esta tarefa exige. Há uma série de fatores, regras e procedimentos que o processo de elaboração da “contramensagem” deve respeitar.

Assim, partindo das regras criadas para a contrapropaganda política, por Domenach (v. item 4.3), Fernandes Neto (2005, p. 243) cita duas que são aplicáveis à publicidade atual:

- a) decompor os argumentos (assinalar os temas do adversário): primeiramente, deve-se entender a mensagem, sua linguagem e seus argumentos;

b) utilizar a linguagem fática (colocar a propaganda do adversário em contradição com os fatos): tal regra encontra abrigo em nosso ordenamento no princípio da informação e no princípio da correção do desvio publicitário. Assim, ao confrontar-se com uma publicidade que distorça a realidade, deverá ser elaborada uma mensagem corretiva que informe precisamente, escorando-se em fatos reais.

Posteriormente, deverá o aplicador – seja ele autoridade administrativa ou judiciária – delimitar a parcela populacional afetada e, dessa forma, proceder “ao estudo de uma linguagem compatível, acessível e interessante ao público atingido, ou seja, a contralinguagem” (FERNANDES NETO, 2005, p. 245). Portanto, se a comunicação comercial se utilizou de uma celebridade para a divulgação do produto ou serviço, a contrapropaganda jamais deverá se utilizar de um protagonista desconhecido. Importante é que a elaboração deve estar sempre de acordo com o que cada caso concreto exige. Assim (FERNANDES NETO, 2005, p. 246):

Sendo falsas as informações, os fatos esclarecerão a verdade; sendo subliminar a publicidade esclarecerá esta disfunção, bem como, eventualmente, se o caso, se foi direcionada para jovens, adolescentes e com a capacidade para atingir crianças. (...) Tratando-se de publicidade enganosa por omissão, a contrapropaganda deverá esclarecer a enganiosidade da omissão e o erro a que esta poderia induzir, não mencionando o produto, mas a empresa. (...) A linguagem da reeducação amolda-se com perfeição às publicidades abusivas e às propagandas antijurídicas. O objetivo deve ser exterminar com os estímulos causados pela disfunção da mensagem, e, simultaneamente, se possível, divulgar a importância do valor atingido, v.g., se a propaganda foi discriminatória, divulgar a aceitação das diferenças; se atingiu valores ambientais, divulgar a importância do ecossistema etc. A reeducação deve ser precedida pela linguagem dos fatos.

Por fim, “para ser eficaz a contrapropaganda deve (...) nivelar por baixo”, de acordo com a teoria da simplificação (COBRA, 1991, p. 33). Além disso, não deve mencionar a marca ou produto, sob risco de sofrer com os “efeitos perversos” (BOURDON, 1971, apud FERNANDES NETO, 2005, p. 247) da referida comunicação, ou seja: ao invés de desfazer os efeitos da comunicação ilícita, a simples menção à marca poderia resultar na divulgação ou fixação da mesma.

No entanto, em seu aprofundado estudo, o Fernandes Neto aponta uma série de fatores que podem influir no impacto da contrapropaganda. Para aplicá-la com efetividade, a autoridade deverá empreender um estudo

multidisciplinar, baseando-se em laudos diversos e buscando auxílio de profissionais de áreas da psicologia, audiovisual, e da própria publicidade.

Como se verá, não se trata de um processo tão simples, haja vista complexidade de se avaliar o impacto da mensagem ilícita, de se elaborar uma mensagem corretiva e, principalmente, de se analisar os fatores psicológicos intrínsecos ao receptor da mensagem, no caso, o consumidor.

Especialistas afirmam que os destinatários das mensagens, de acordo com os fatores sociais e psicológicos, poderiam aceitar ou simpatizar mais facilmente com determinado tipo de mensagem, e rejeitar outras que não lhe parecessem razoáveis. Isto porque cada um possui uma percepção seletiva e, de modo inverso, um “campo de recusa” (WOLF, 2001, apud FERNANDES NETO, 2005, p. 249). Assim, deve o aplicador conhecer o público ao qual se direciona a mensagem, evitando algo que seja rejeitado por este conjunto de pessoas.

Opera também no processo de absorção da mensagem o efeito latente, que “consiste no fato de que o efeito persuasivo aumenta à medida que o tempo transcorre após a exposição”, ressaltando que “a memorização seletiva mitiga eventual resistência inicial do cidadão, do consumidor à mensagem, implicando potencialização dos efeitos persuasivos com o lapso temporal”. Caso a mensagem veiculada tenha se utilizado de protagonista sem credibilidade, estipula-se que o efeito latente comece a ser sentido após quatro semanas, pois “tal desconhecimento do protagonista mitiga-se com o passar do tempo” (WOLF, 2001, apud FERNANDES NETO, 2005, p. 250).

Ainda para a elaboração da contrapropaganda, são citados dois aspectos que devem ser cuidadosamente examinados: a efetividade manipulatória plausível da mensagem antijurídica e a força dos argumentos utilizados na mesma.

No primeiro caso, há que se concentrar um estudo sobre o material elaborado pelo próprio anunciante para sua estratégia de comunicação e marketing. Desde pesquisas de mercado antes da elaboração das peças publicitárias, que servem para adequar a publicidade ao gosto do público-alvo, desde as pesquisas pós-veiculação, que objetivam avaliar o impacto dos anúncios perante o *target*. No entanto, tal instrumento de investigação mercadológica costuma ser utilizado apenas por grandes empresas, devido ao seu alto custo. Portanto, dois documentos imprescindíveis para a análise da capacidade persuasiva da mensagem: o *briefing* e o plano publicitário.

O primeiro é uma peça onde se encontram as “informações preliminares do anunciante, onde estarão incluídos todos os dados do produto, do mercado, do consumidor, da empresa e os objetivos do cliente (...)”. É com base nesse documento que os profissionais de criação deverão elaborar as peças publicitárias. De acordo com Jacobina (2002, p. 18):

é um documento de grande importância jurídica, na aferição da responsabilidade da agência pela publicidade enganosa – pelo *briefing*, a agência poderá, eventualmente, comprovar que ela própria fora enganada pelo fornecedor, que lhe forneceu dados falsos – e que, portanto, seguindo fielmente as suas instruções, não foi responsável pelo conteúdo eventualmente enganoso da publicidade.

Também seria interessante analisar o chamado “plano publicitário”, que engloba a criação da mensagem, bem como a seleção dos meios ou veículos de comunicação que poderiam atingir o público-alvo com maior eficácia.

Por fim, como anteriormente mencionado, cabe ao aplicador da sanção analisar os argumentos utilizados na mensagem, pois trata-se do ponto principal da análise da publicidade ilícita, visto que “fornecem ao aplicador do direito uma diretriz, um parâmetro seguro para verificar o verdadeiro destinatário da mensagem, e se esta foi elaborada com culpa ou dolo” (FERNANDES NETO, 2005, p. 256).

6.5 Veiculação

O art. 60, § 1.º, do CDC, estabelece: “A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.” Assim, via de regra, deverá seguir a mesma forma de veiculação da publicidade ilícita, ou seja, deverá se utilizar da mesma mídia ou veículo de comunicação, com o mesmo tempo de duração, horário e freqüência de inserções etc.

Provavelmente, redigiu desta forma o legislador no intuito de fazer com que a sanção seja proporcional ao dano causado, e atinja o mesmo público da mensagem antijurídica. Todavia, dependendo da realidade de cada caso, nem sempre o aplicador deverá seguir tais parâmetros à risca. Podemos vislumbrar como

exemplo uma situação em que a contrapropaganda pode ser realizada em veículo diverso: suponhamos que determinada publicidade enganosa é veiculada exclusivamente nos cinemas. No entanto, ao punir o anunciante a realizar mensagem corretiva, a autoridade deve ter em mente que esta não deverá ser exibida antes do mesmo filme, até porque os atingidos pelo conteúdo prejudicial não iriam assistir a esta mesma película. E mais: muitos espectadores de salas de projeção não costumam respeitar uma frequência semanal ou mensal, ou seja, só vão ao cinema de acordo com os filmes em cartaz. Dessa forma, uma provável solução seria a veiculação, às expensas do anunciante, de contrapropaganda em televisão, por exemplo, após estudo determinando qual o melhor horário ou canal para se alcançar o público previamente atingido pelo anúncio prejudicial. Assim (FERNANDES NETO, 2005, p. 258-259),

descobrimo a empresa (...) a exata eficácia de sua publicidade/propaganda em razão de pesquisa posterior à veiculação, não poderá o aplicador da lei afastar-se da realidade fática, haja vista que tem como obrigação a efetividade do processo. (...) Assim, a auditoria mercadológica ou pesquisa sobre o impacto da publicidade poderá auxiliar a escolha da mídia ideal para a contrapropaganda.

Quanto ao tempo de veiculação da contrapropaganda, este não poderá ser excessivo, mas tem de ser suficiente para a eliminação dos efeitos da publicidade ilícita. No entanto, tendo em vista a dificuldade de se desfazer o malefício, o tempo estabelecido para a veiculação da mensagem corretiva poderá ser maior do que o da própria publicidade enganosa ou abusiva, dependendo da análise do caso concreto. Ou seja, deve ser compatível com o dano que causou.

Para a gradação da pena, deve o aplicador analisar o elemento subjetivo do ilícito, embora seja caso de responsabilidade objetiva. “O magistrado pode utilizar o elemento subjetivo para a dosimetria, desde que esta apuração não implique a postergação desnecessária do processo, coibindo o julgamento antecipado da lide. Exurgindo dolo direto, repugnante, a sanção deve ser diferenciada da publicidade levemente imprudente” (FERNANDES NETO, p. 257).

Para as publicidades com dolo intenso, admite-se, por analogia, a aplicação gradativa e cumulada com outras sanções da Lei 9.294/96, em seu art. 9º que enumera algumas sanções: “suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias”;

“suspensão da programação da emissora de rádio e televisão pelo tempo de dez minutos, por cada minuto ou fração de duração da propaganda transmitida em desacordo com esta Lei, observando-se o mesmo horário”. E diz o § 1.º do referido artigo: “As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidades do infrator”.

Portanto, além de outras sanções, previstas no próprio CDC (art. 56), que podem ser impostas cumulativamente com a contrapropaganda, não há obstáculo nenhum para que aquelas descritas acima também sejam utilizadas na mesma situação fática (v. item 6.2). Dispondo de todos estes instrumentos, poderá o aplicador impor uma sanção de forma gradativa, compatível com as características do ilícito e seus responsáveis.

De todo o exposto, nota-se que são muitos os pontos importantes para a aplicação da contrapropaganda de forma correta e eficaz. Alguns deles, de tão técnicos, exigirão que o aplicador se socorra de especialistas de áreas estranhas ao Direito para auxílio nesta tarefa complexa.

7 CENÁRIO ATUAL

Após toda a pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada para a confecção deste trabalho, restaram alguns aspectos e críticas a respeito do atual contexto em que se insere o objeto de estudo. Nos tópicos seguintes, será feita uma análise detalhada de cada um deles.

7.1 Atuação Judicial, Administrativa e Auto-Regulamentar

Até o presente momento, não se tem notícia de imposição de contrapropaganda pelo Conselho de Ética do Conar, de acordo com buscas realizadas no próprio site e também na doutrina especializada. Talvez, a pena mais severa aplicada por tal órgão é a sustação da veiculação do anúncio – muito embora, nos últimos dez anos, a aplicação de tal medida esteja decaindo, mesmo com o aumento do número de processos instaurados.

A pesquisa por condenação a tal sanção na esfera dos tribunais estaduais ou superiores trouxe resultados inexpressivos. Ademais, como foi dito anteriormente, a aplicação da contrapropaganda deve ser urgente, a fim de evitar maiores danos ao consumidor, em virtude da repetição da mensagem e da sua exposição cada vez maior com o passar do tempo. O próprio TJSP e já indeferiu condenação a tal medida, em razão de “perda do objeto”, devido ao tempo decorrido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Tutela antecipada deferida para suspender os efeitos das cláusulas contratuais consideradas abusivas, não transmitir propagandas enganosas ou veicular contrapropaganda - Questão da proibição da veiculação de contrapropaganda que se tomou despicienda em razão do tempo decorrido e da manutenção da tutela para impedir a propaganda considerada enganosa – Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento nº 1.315.755-0, 4ª Câmara do TAC-SP, rel. Dês. J. B. Franco de Godói, d.j. 15.06.2005) (grifo nosso)

Assim, quase a totalidade dos poucos casos em que se condena à veiculação da contrapropaganda situa-se em decisões de primeira instância ou em

acordos judiciais, difíceis de serem localizadas, bem como no âmbito do Ministério Público, através dos Termos de Ajustamento de Conduta.

Também não se encontra a imposição da referida sanção na esfera executiva. Embora o próprio Código de Defesa do Consumidor defina-a como uma sanção de natureza administrativa, não há sequer um caso real para que possa servir como exemplo de estudo.

Assim, embora cada instituição desempenhe um papel importante no controle da publicidade, a criação de um órgão técnico seria de importância vital para coibir de forma mais eficiente os abusos na atividade publicitária.

O Conar, embora tenha atuação relevante no atual contexto, não seria a instituição mais isenta para a aplicação da contrapropaganda. Embora tenha como missão evitar a publicidade enganosa e abusiva, seu maior interesse é, na verdade, manter a boa imagem do profissional de publicidade, e não defender o consumidor¹⁵. Inclusive, Silva (2007, p. 301-302) critica pesadamente tal instituição:

Toda vez que o Conselho de Ética é provocado pelo Judiciário para prestar algum tipo de informação, em decorrência de publicidade enganosa ou abusiva, a resposta automática é de que o Conselho funciona apenas como consultoria para o anunciante e a agência. (...) No que tange a um papel de vigilância entre as empresas compõem o Conar há um louvável papel sob o ponto de vista concorrencial. Inclusive, após várias análises de procedimentos fornecidos pelo sítio na Internet da instituição, observou-se que as principais reclamações realizadas no Conar são dos próprios fornecedores questionando os anúncios de seus concorrentes. Acredita-se que a telefonia móvel e as cervejas representam boa fatia desta.

Entretanto, a atuação auto-regulamentar é extremamente importante no sistema de controle misto (v. item 5.1), pois conta com elevado *know-how* sobre a área da publicidade, dispondo de um banco de informações sobre abusividade, enganabilidade, elaboração e desconstrução da mensagem publicitária, suas técnicas de manipulação e seus efeitos nocivos.

Por outro lado, o Poder Judiciário não conta com o mesmo conhecimento acerca da referida área e, pelo que foi exposto no capítulo anterior, a aplicação da contrapropaganda exige um procedimento célere e relativamente complexo, da mesma forma que demanda muito mais do que noções básicas das técnicas publicitárias. A justificativa mais decorrente é de que os dispositivos legais

¹⁵ O Conar (s.d, s.p.) tem, como uma de suas principais missões, “promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial”.

pertinentes à contrapropaganda é lacunosa, não oferecendo parâmetros para sua aplicação pelos magistrados. Mas, assim como o controle exercido pelo Conar, a participação judicial também é relevante, visto que nossa Constituição, em seu art. 5º, XXXV, garante o amplo acesso à tutela jurisdicional.

No âmbito administrativo, o Procon, embora tenha a legitimidade para a defesa dos interesses do consumidor, também carece de especialização técnica no tocante à publicidade. Talvez a melhor solução seria a criação de um órgão administrativo centralizado, nos moldes da *Federal Trade Commission* norte-americana. De acordo com Iain Ramsay (1992, p. 32):

Os argumentos a favor desse estilo de regulamentação incluem fatores tais como a perícia técnica, habilidade para observar analiticamente o mercado de forma contínua e exercer uma gama mais ampla de poderes e soluções do que os tribunais tradicionais. Esses abrangem a regulamentação mais ampla da indústria, poder de determinar o estancamento de condutas, e a publicidade corretiva. (...) Desde o final da década de 1960, os cientistas sociais e os juristas têm sustentado que a tomada de decisões pela Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission*) seria mais confiável, se fundamentadas nas pesquisas científicas do comportamento do consumidor. Esta recomendação foi considerada particularmente necessária nos casos em que a Comissão atacou as alegações implícitas na publicidade, estendeu os limites de abusividade e introduziu soluções inovadoras, como a publicidade corretiva. Nesses casos, os dois lados apoiaram-se nas evidências das ciências sociais e do comportamento humano. De fato, quanto mais inovadora a Comissão se tornava, mais confiança na evidência se observava.

Das lições do autor, resta dizer que a instituição de órgão técnico também seria importante para criar uma base de conhecimento para a utilização da contrapropaganda em casos futuros, bem como no estudo da publicidade abusiva e de seus efeitos, que serão discutidos no próximo tópico. Não podemos nos esquecer de que a instituição de órgão técnico não excluiria a atuação dos outros, haja vista que cada um tem sua importância dentro do sistema de controle da publicidade e de defesa do consumidor. Uma eventual agência de controle da publicidade não seria a solução perfeita para todos os males, pois existem desvantagens. Entre elas, estariam o alto custo proporcionado pelo estudo aprofundado, além da demora proporcionada pelo mesmo.

7.2 Aplicação nos Casos de Enganosidade

Dos poucos casos encontrados em pesquisa para este trabalho, a maioria esmagadora em que se aplicou a contrapropaganda eram de publicidade enganosa. De fato, a adoção de tal medida se mostra muito mais aplicável nos casos citados, pois seus efeitos são mais palpáveis, e o erro a ser corrigido (correção da informação) é algo mais simples de ser realizado e visualizado. Assim, quando houver anúncio que induza o consumidor em erro – seja por meio de alegações falsas ou por falta de informações essenciais –, a mensagem corretiva deverá ter caráter preponderantemente informativo. Aqui, a contrapropaganda se adequa ao princípio da veracidade da publicidade. Abaixo, um dos poucos exemplos da jurisprudência (TJRS, 1999, s.p. apud SPODE, 2002, p. 190):

Ação Civil Pública. Caracteriza-se propaganda enganosa a prática, por estabelecimento comercial, participante da campanha “Liquida Porto Alegre”, de fevereiro de 1997, a veiculação de publicidade anunciando mercadorias, cujos preços estavam iguais e, no caso de alguns produtos, até superiores aos praticados anteriormente à referida campanha, já que os consumidores foram enganados, na medida em que, atraídos pela grande publicidade do evento liquidatório, dirigiram-se ao estabelecimento, pensando encontrar produtos à venda com preços mais baixos, no que foram negativamente surpreendidos. Em assim agindo, infringiu o estabelecimento comercial o CDC no seu art. 37 e correlatos. Condenação para veicular contrapropaganda e pagar indenizações ao Fundo de Restituição de Bens Lesados, de acordo com o art. 13 da Lei 7347/85. (ApCiv 598498970, 4ª Câm. Cív., TJRS, rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. 17.02.1999)

Lembrando que devem ser respeitados o procedimento e as exigências explicadas no capítulo anterior, para que a contramensagem consiga atingir o efeito desejado. Portanto, não há ressalva alguma à utilização do instituto em tal situação, visto que a contrapropaganda pode ser um meio eficiente de corrigir o falso.

7.3 Aplicação nos Casos de Abusividade

Porém, quando o caso é de publicidade abusiva, as circunstâncias são bem mais complexas. O conceito de abusividade não possui limites fixos. Aliás, muito pelo contrário: é totalmente aberto, pois a lei apenas cita alguns casos a título

de exemplo. Mas quando se trata de contrapropaganda, há um outro obstáculo. Além de identificar a publicidade abusiva, o aplicador deve mensurar seus efeitos e, ainda, conceber outra mensagem que combata os danos anteriormente causados. Como foi detalhado em capítulo anterior, trata-se de tarefa extremamente técnica e demasiadamente ingrata, principalmente para os juízes de direito, que em regra preferem não adentrar em terreno tão nebuloso. A própria FTC norte-americana costuma aplicar a *corrective advertising* nos casos de publicidade enganosa. Em pesquisa doutrinária e via internet, não foi encontrado nenhum caso em que se tenha aplicado tal pena à publicidade abusiva.

Outro problema decorre justamente da flexibilidade do conceito de abusividade, que pode mudar conforme a perspectiva do receptor – este, por fim, poderá interpretar de maneira distinta o conteúdo publicitário. E neste caso, são três os sujeitos heterogêneos que atuam de maneira distinta quanto ao impacto da mensagem: o consumidor (sujeito passivo), o aplicador da lei (fiscalizador) e o anunciante ou publicitário (emissor/criador).

Para o julgador ou autoridade fiscalizadora, o critério móvel de publicidade abusiva resulta em dificuldades para sua configuração. Quanto ao consumidor, como foi dito anteriormente, existem variados tipos de público. Em relação ao consumidor médio, dependendo da análise do caso concreto, há certas dúvidas a respeito dos efeitos da publicidade abusiva e da contrapropaganda, embora a doutrina faça alusão ao seu caráter educativo nos casos de abusividade. No caso do consumidor infantil, por ser extremamente vulnerável e por estar em plena formação psicológica, física e cultural, a via educativa da contrapropaganda poderia ser de extrema utilidade.

No que tange à criação das peças publicitárias, há, cada vez mais, uma obrigação de causar impacto na mente do consumidor, para se diferenciar da concorrência. Eis que, na tentativa de elaborar algo ousado, o publicitário acaba por criar algo que seja considerado de mau gosto ou abusivo pelos olhos dos outros, sem ter consciência do erro. Portanto, creio que na maioria dos casos não há dolo algum. Equívocos são intrínsecos ao processo de comunicação: um humorista que pode acabar contando uma piada ofensiva a determinadas pessoas; um ator que exagera em sua interpretação, causando desgosto ao público etc. O mesmo ocorre na publicidade. No entanto, como a defesa do consumidor é atividade de interesse público, é totalmente justificável a intervenção do Estado neste contexto. Quando

ocorre dolo manifesto, o responsável pode sofrer a sanção penal, sem prejuízo das administrativas ou civis.

Assim, seria pretensão demais oferecer uma solução pronta, fixa, para tantos obstáculos. Dessa forma, para enriquecer o presente trabalho e para ilustrar melhor toda a problemática que envolve a publicidade abusiva e a efetividade da contrapropaganda neste contexto, discutiremos, a seguir, alguns dos (poucos) *cases* encontrados.

7.3.1 Publicidade direcionada ao público infantil

O caso abaixo é digno de atenção, por apresentar vários detalhes interessantes. Principalmente por se tratar de um anúncio um público hipossuficiente por natureza – o infantil – e por apontar elementos enganosos e abusivos na publicidade questionada (REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 1992, p. 269-276):

PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA. ACORDO JUDICIAL. VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE CORRETIVA.

Foi homologado pelo Juiz de Direito da 9.^a Vara da Fazenda Pública da Capital, no último 2/10, acordo referente à veiculação de publicidade corretiva, realizado entre o Procon – Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania e a Yakult.

A ação civil pública que o Estado moveu contra a empresa através da Procuradoria Geral do Estado, teve como fundamento a abusividade da publicidade veiculada através do slogan “bom para a boquinha, bom para a barriguinha” que, segundo os técnicos do Procon, dava finalidade terapêutica ao alimento. (...) O acordo mínimo resume-se no compromisso da Yakult veicular pelo prazo mínimo de 40 dias, publicidade corretiva sem qualquer conotação terapêutica, abordando, ainda, o afastamento da idéia da dosagem veiculada anteriormente através da mensagem “todo dia é bom”. A veiculação da publicidade corretiva no lugar da contrapropaganda, além de menos onerosa à empresa, registra a evolução de suas diretrizes e adequação aos novos direitos constitucionais do cidadão, como sinal de conscientização.

(...)

CAPÍTULO III – DOS FATOS

(...) consoante o estudo declinado, verificou-se que o produto não tem efeito terapêutico, caracterizando-se, assim, como publicidade enganosa, pois afirma ter qualidade que o produto não possui. É, também, por outro lado, abusiva a publicidade, pois, ao utilizar-se de crianças, no coro infantil, aproveita-se para explorar a deficiência de juízo própria dos menores. Tanto é assim que, conforme reclamação formalizada por consumidor. Sr. Mário Sérgio Almeida Prado, a sua filha menor foi induzida a ingerir seguidamente quantidade do produto “Yakult” maior do que a

recomendável – três – o que lhe causou desarranjo intestinal sério, tendo sido encaminhada a um hospital.

(...)

CAPÍTULO VI – PEDIDO

(...)

2. A Yakult S/A compromete-se a veicular nova mensagem publicitária, condicionada pelas seguintes diretrizes:

- a) Será retirada da publicidade qualquer idéia de que o produto “Yakult” é remédio ou que, de qualquer forma, possui poderes terapêuticos, comprometendo-se a ré a veicular afirmação de que se trata de alimento.
- b) O produto “Yakult” será sempre servido pela mãe das crianças que figurarem na mensagem publicitária.
- c) Serão retiradas das mensagens publicitárias a expressão “é bom para a barriguinha” e bem assim qualquer idéia de dosagem.
- d) A nova publicidade será veiculada pelo prazo mínimo de 40 dias ao longo do ano em curso.
- e) A eventual colocação de *outdoors* pela ré obedecerá os mesmos princípios ora estabelecidos, deles não podendo constar a expressão “é bom para a barriguinha”, nem isoladamente a expressão “é bom para a boquinha”. (grifos nossos)

Curioso que o texto do acordo judicial faz distinção entre contrapropaganda e publicidade corretiva. Houve neste caso um mau emprego de vocabulário, pois o que se impôs ao anunciante foi a veiculação de uma publicidade corrigida, despida dos elementos considerados enganosos e abusivos, como se verifica acima. Creio que, neste caso, haveria de ser elaborada uma contrapropaganda em razão do seu potencial lesivo. Tal publicidade corretiva (esta sim) deveria esclarecer que o produto não possuía os efeitos terapêuticos alardeados no anúncio, conforme sua análise química. Outro fator é que, embora tenha sido direcionada às crianças, a publicidade eventualmente atingiria os adultos, que poderiam comprar Yakult para seus filhos, ou até mesmo para consumo próprio. Fato é que, nos dias de hoje, é muito difundida a crença de que tal produto realmente seria uma espécie de “remédio” para o sistema digestivo (o produto é associado aos “lactobacilos vivos”), e que o anúncio “bom para a barriguinha” realmente possui *slogan* de forte apelo e fácil memorização, o que justifica plenamente a elaboração de um anúncio verdadeiramente corretivo. Ademais, na imposição do anúncio corretivo, não se exigiu o desfazimento da parte enganosa.

Neste caso, a contrapropaganda deveria ser elaborada nos mesmos moldes da publicidade original, nivelando “por baixo”, adotando a teoria da simplificação (v. item 6.3), e acabaria por atingir tanto os pais quanto as crianças. Todavia, no que tange o consumidor infantil, tal questão não é tão simples (MOMBERGER, 2002, p. 66):

No que diz respeito à contrapropaganda, pode-se afirmar que este pode ser considerado o meio mais adequado quando se tratar de público-alvo adulto, capaz de entender o objetivo e motivo da mensagem da contrapropaganda. Mas, simplesmente, não pode ser aplicada às crianças pequenas que não possuem capacidade de discernimento, não distinguem programa comum de publicidade, elas também não irão entender a contrapropaganda.

Tão complicado é o debate acerca da publicidade para crianças, que alguns países simplesmente proíbem a publicidade direcionada às crianças na TV, como na Suécia¹⁶. Todavia, creio que a contrapropaganda, por mais que não gerasse efeitos perante as crianças mais novas, poderia atingir os adultos que têm filhos, e também as crianças com faixa etária levemente superior e com capacidade de entendimento mais avançada¹⁷.

Entretanto, creio que há casos em que a contrapropaganda não deve ser utilizada, pelo risco de danos colaterais. Como exemplo, cito o caso abaixo descrito (AGÊNCIA DE NOTÍCIAS, 2004, s.p.):

O Procon-PR abriu nesta quarta-feira (14) um processo administrativo contra a Elma Chips e aplicou uma multa cautelar no valor de R\$ 2.128.200,00, além da imposição de contrapropaganda por indícios de infração ao Código de Defesa do Consumidor, pela indução ao consumo de bebida alcoólica na embalagem do salgadinho “Pingo D’Ouro Agito”. (...) A abertura do processo administrativo tem como base os artigos 6 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente sobre a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos; e a proibição da publicidade abusiva. Uma das definições para esse tipo de publicidade é aquela que “aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança ou seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.” No processo administrativo instaurado, o Procon enfatiza a necessidade do cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 4 e 79, que impedem a veiculação de ilustrações e fotografias de bebidas alcólicas em publicações infanto-juvenis, além de ressaltar a decisão de sustação da divulgação do anúncio do Conselho Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária - Conar. Contrapropaganda – A decisão do Coordenador do Procon-PR também impõe como sanção a contrapropaganda, visando anular ou desfazer os efeitos negativos decorrentes da publicidade ilícita. Para tanto, a fornecedora deverá, da mesma forma, frequência, prazo, dimensão e, preferencialmente nos mesmos veículos utilizados para a divulgação e venda do produto, realizar publicidade desvinculando o consumo do salgadinho “Pingo D’Ouro Agito” do consumo de qualquer bebida alcoólica. (grifos nossos)

¹⁶ Em entrevista (FOLHA DE SÃO PAULO, 2008, s.p.) de acordo com a pesquisadora Cecília Von Feilitzen: “Não é permitido fazer propaganda (na TV) nem antes nem depois da programação infantil. Nem para adultos nem para crianças. Durante a programação (em geral, sem ser a infantil), pode haver propagandas, mas não para crianças”.

¹⁷ Na mesma matéria (FOLHA DE SÃO PAULO, 2008, s.p.), Cecília Von Feilitzen fala dos diferentes impactos da propaganda de acordo com a idade da criança: “Há muita diferença entre as formas de influência sobre a criança. Aos 12 anos, elas podem compreender totalmente qual é o objetivo de uma propaganda.”

No caso acima citado, houve exposição de uma imagem de garrafa de cerveja no pacote do salgadinho. O ideal seria retirar de circulação os produtos com tal embalagem. Não sendo possível, o mínimo a ser feito seria a retirada da imagem de cerveja dali, cumulada com multa. A realização de contrapropaganda, tentando desvincular a imagem entre o aperitivo e o álcool, poderia até mesmo causar o efeito inverso, levando à mente da criança a idéia do consumo de bebidas, da mesma forma que a exposição da marca na contrapropaganda pode resultar na sua divulgação (v. Item 6.3). Por isso creio que, neste caso, tal medida não deveria ser aplicada.

7.3.2 Publicidade discriminatória ou ofensiva

A seguir, trechos de um acórdão no qual se julga um anúncio de TV do Fiat Palio, veiculado em data não muito recente:

Ação civil pública. Dano moral difuso. Propaganda vista como ofensiva, preconceituosa, discriminatória e apologista de crime. Legitimidade do Ministério Público. Ilícitudes, no entanto, não ocorrentes. Mau-gosto e pobreza de idéia ferem o intelecto, não a moral, a ética ou os bons costumes. Recurso desprovido.

Foi propaganda exibida em canais de televisão, a mostrar egresso saindo da prisão deparando com veículo Palio. A imagem ficava escura e apenas com a frase Novo Fiat Palio Em seguida, ouvem-se som equivalente à quebra de vidro e som de alarme disparado seguidos da expressão impossível ficar indiferente.(...)

A que violência se refere a lei ficará ao amplo espectro que acompanha o seu conceito, pois o que mais se lê nas incontáveis mensagens de telespectadores irritados, incomodados, ofendidos, magoados, decepcionados, chateados, é o inconformismo, em suma, pelo mau, pelo péssimo gosto dos produtores-criadores-patrocinadores-veiculadores do tal reclame do NOVO FIAT PALIO. E certo haver a explícita referência que o egresso mostrado no filme tornou a delinquir (dano? furto? tentativa de furto) mal saído da cadeia vista ao fundo, fazendo-o sob escuridão (da tela) e sem resistir ao veículo à sua frente. Sem ferir sensibilidades ou suscetibilidades, que cadeia, cárcere, penitenciária "recuperam" quem lá esteja e quem de lá saia?

Com o máximo respeito aos profissionais que elaboraram todos os estudos e chegaram ao produto final, aprovado pelo cliente, vê-se, isso sim, grosseria, mau-gosto, mau uso de uma idéia ruim, atributos negativos para divulgar produto que até deve ser bom e que, por ser bom, haveria de ser mostrado de forma positiva. Afinal, pouca gente vai querer comprar veículo exibido pela própria fábrica como sujeito a danos e a furto.

Criação volta-se contra o criador. Ou talvez fosse excelente propaganda para companhia de seguros' Onde seria colocado o veículo "a ser furtado" também poderia ser problema, embora veículos sejam furtados onde quer

que estejam. Não é chiste. É argumento para mostrar que o subjetivismo da mensagem pode levar a efeito contrário. Esse, aliás, e o grande "problema" da propaganda, convenhamos, pois o tiro pode sair pela culatra. (...)

À evidência não desconheço a possibilidade de decorrerem efeitos danosos de propaganda - enganosa ou abusiva -, passível de ser cessada sua divulgação, porque da divulgação da propaganda enganosa surge o direito a impedir-se sua continuidade, bem como a obter a contrapropaganda e danos morais. (...)

Evidente haver cenas que invadem e violentam nosso sossego, o sossego do telespectador, mas é mais evidente (sic) que só invadem e violentam quando as vemos. Mas, aí já foram vistas, certo?

Em suma, mau-gosto, pouca (ou muita) sutileza, falta de idéias, pouca criatividade e que tais não podem ser impostos ou vedados pela lei. Com o devido respeito, e de novo sem querer ferir sentimentos e suscetibilidades, a propaganda veiculada pelas rês para fazer fama ao NOVO FIAT PALIO não é ilícita, ilegal ou irregular. É mesmo de mau-gosto, fato atípico (grifos nossos). (Apelação nº 5676435/8-00, 13ª Câmara de Direito Público do TJSP, rel. Des. Borelli Thomaz, d.j. 23.04.2008)

De acordo com a descrição do anúncio, creio que há, sim, elementos que configuram a publicidade abusiva. O desembargador apenas vê, de forma subjetiva, o mau gosto da criação publicitária. No entanto, mesmo que fosse reconhecido o ilícito na forma abusiva, a veiculação de contrapropaganda, exigida pelo Ministério Público na inicial, teria alguma utilidade? Eu acredito que não. Neste caso, uma mensagem corretiva (reeducativa, no caso) seria extremamente inócua, sendo que os gastos de criação e elaboração da contrapropaganda aplicável equivaleriam a uma sanção pecuniária.

Caso quisesse se punir tal ilícito, a sanção ao anunciante que desrespeitasse valores sociais – sem causar danos de ordem econômica – deveria ser outra, além da suspensão da veiculação do anúncio e multa. Para a empresa que anuncia, o seu bem mais valioso é justamente a imagem da marca e do produto. Com base nessa informação, poderiam ser adotadas outras formas de punição. Assim, o anunciante que tenta se beneficiar de mensagem ofensiva deveria, então, ser punido de outra forma, como através do “direito de crítica” vigente em Portugal, ou com base no modelo francês. Ou seja: se a empresa afrontou valores do consumidor, que sejam atacados também seus valores não-pecuniários.

Ou então, que seja deixado ao julgamento do próprio consumidor a tarefa de aceitar ou rejeitar o produto ou serviço, sendo-lhe facultado se socorrer Poder Judiciário quando houvesse violação de seus direitos. Aliás, no próprio acórdão utilizado como exemplo, reconhece-se o arbítrio do próprio consumidor que,

cada vez mais, tem se mostrado cada vez mais crítico com a publicidade prejudicial ou ofensiva, utilizando-se dos meios de comunicação para falar mal da empresa que lhe causa danos, bem como do aparato das associações consumeristas.

De minha parte, vejo que neste caso a publicidade abusiva é infração menos grave do que a enganosa, que visa ludibriar o consumidor. Portanto, seria inaceitável que um anúncio abusivo fosse punido de forma mais severa que a publicidade enganosa. A simples suspensão da veiculação do anúncio, além da aplicação de multa, seriam medidas suficientes.

Há, ainda, um outro caso ocorrido em Brasília, através de publicidade em outdoor (MPDFT, [2006], s.p.):

A Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor (Prodecon) obteve sucesso em um termo de ajustamento de conduta (TAC) que utilizou a contrapropaganda como sanção a uma campanha publicitária considerada abusiva. O termo, assinado em setembro de 2005, determinou que a Fórum Confecções Ltda, uma das empresas de vestuário mais conhecidas do país, veiculasse 37 outdoors de apelo social em retratação a uma campanha publicitária da marca que mostrava imagens de forte apelo erótico. A contrapropaganda foi veiculada no mês de janeiro de 2006, e os novos outdoors permaneceram em exibição por um período igual ao da campanha original da Fórum. Os custos de impressão e divulgação correram por conta da empresa. (...) A iniciativa partiu de um grupo de moradores do Setor Sudoeste e do Cruzeiro, regiões onde estavam fixados 34 outdoors que faziam parte de uma campanha publicitária da Fórum. Eles encaminharam ao MPDFT uma representação solicitando providências com relação às imagens, que mostravam, ao lado da marca da empresa, um casal de modelos em posições que sugeriam o ato sexual. Os 27 signatários da representação alegavam que os outdoors, afixados em locais de grande circulação, poderiam causar danos à formação moral de crianças e adolescentes. A alegação foi sustentada posteriormente por meio de um laudo psicológico elaborado pelo Instituto Médico Legal do DF a pedido da promotoria. (...) No caso em questão, a campanha de contrapropaganda foi elaborada por alunos da Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, coordenados pela professora Maria Fernanda D'Angelo Abreu. O tema escolhido foi: Respeito: Marca de Valor. As peças têm a mesma estrutura básica dos outdoors da campanha da Fórum mas mostram, ao lado do slogan da campanha, fotografias de pessoas em situações de respeito ao próximo.

Encontram-se, acima, elementos que configuram publicidade abusiva. Mas poderiam ser os outdoors considerados simplesmente grosseiros ou de mau-gosto? Dependendo do ponto de vista, creio que sim. Independentemente de tal questão, apesar da boa intenção dos aplicadores da referida punição, não acredito que esta tenha alguma utilidade. Penso que os novos outdoors não tenham alguma relevância para a formação moral das crianças e adolescentes. No caso das primeiras, como foi demonstrado (v. Item 7.3.1), talvez nem entendam o objetivo da

contrapropaganda, ainda mais se forem muito novas. Quanto aos adolescentes, se estes são expostos ao sexo e violência através de outros meios de comunicação (em imagem no site, mostra-se um outdoor de um jovem abraçando uma senhora, com os dizeres “respeito: marca de valor”), de nada adiantaria tal mensagem educativa.

Portanto, creio ser duvidoso esse “poder” que se atribui à publicidade de “educar as massas”, ainda mais quando o ambiente não é favorável (v. exemplo da propaganda antitabagista nazista, no item 4.3). Ou seja: é altamente questionável a necessidade de se cominar contrapropaganda em tais hipóteses. Neste caso, se as imagens ofenderam tais moradores, bastava tirá-las de exposição, visto que não causaram nenhum prejuízo, não influenciaram na decisão de consumo, mas apenas causaram mal-estar.

7.3.3 Publicidade de tabaco

O caso mais célebre ocorreu também em Brasília, onde o Ministério Público do Distrito Federal ajuizou ação civil pública contra a fabricante Souza Cruz, a agência de publicidade Standard, Ogilvy & Mather, e contra a produtora Conspiração Filmes em razão de publicidade televisiva do cigarro Free. O Juiz da 4ª Vara Cível de Brasília, Robson Barbosa de Azevedo, condenou as rés ao pagamento de R\$ 14 milhões de reais de indenização por danos morais difusos, bem como veiculação de contrapropaganda elaborada pelo Ministério da Saúde¹⁸.

O promotor e supracitado autor Fernandes Neto (2005, p. 194), descreve o comercial que, além de apresentar estilo de videoclipe – muito apreciado por jovens – apresentava as seguintes características:

A publicidade era dirigida a jovens e o conteúdo podia atingir claramente crianças. Protagonizado por um jovem, expressava a seguinte frase: “(...) Eu trabalho com luz, computador, arte, filmes, sombra, letras, imagens, pessoas. Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz. Eu não vou passar pela vida sem nenhum arranhão. Eu vou deixar a

¹⁸ “A propaganda condenada foi ao ar em 2000, quando os comerciais de cigarros só podiam ser veiculados após as 21h. Em 27 de dezembro daquele ano, a publicidade de cigarro passaria a ser proibida. É a primeira vez no Brasil que uma sentença determina a prática de contrapropaganda, segundo o promotor Guilherme Fernandes Neto, do Distrito Federal, que propôs a ação contra o comercial” (CARVALHO, 2006, s.p.)

minha marca. (...) constatou-se ainda pelo laudo videofonográfico dados interessantes: aparecem flashes de cor branca, além de mulheres e silhueta de mulheres fumando pelo tempo de um quadro ou 0,03 s., ou seja, impossíveis de serem identificados. De difícil e quase impossível identificação era um cone de alto-falante vermelho, que aparecia em 9 quadros ou 0,30 s. O laudo psicológico comprovou o direcionamento aos adolescentes, a possibilidade de atingir crianças e centralizou precioso estudo nas imagens acima mencionadas, entendendo implicarem efeitos subliminares.

Seria um caso emblemático de cominação de contrapropaganda, visto que, além de configurada a abusividade, foram encontradas características subliminares. Seria, porque em razão do tempo decorrido até o julgamento pelo TJDF, não houve a efetivação da sanção: além de ter se passado quase sete anos entre a veiculação do anúncio e o julgamento da apelação¹⁹, a publicidade de cigarros na televisão já havia sido proibida pela Lei 10.167/2000 (a chamada Lei Serra). Ou seja: qualquer que fosse a mensagem antitabagista veiculada, esta poderia ter um efeito inverso, ao fazer referência ao consumo de cigarro num meio de comunicação de massa.

Assim, contrapropaganda pode ser, sim, um eficiente instrumento contra eventuais produtos que sejam prejudiciais à saúde ou que não apresentam os efeitos prometidos (como o caso Yakult), principalmente se o público-alvo possuir baixa faixa etária e, portanto, capacidade reduzida de discernimento, utilizando-se da via educativa da mensagem (v. item 6.3). Contudo, deve-se tomar muito cuidado no caso de se aplicar contrapropaganda contra produtos em que a lei restringe sua publicidade, como no caso das bebidas alcoólicas e do próprio cigarro (que já carrega, como forma de contrapropaganda, mensagens de alerta em sua própria embalagem): qualquer mensagem, por mais que seja contrária ao bem consumível, pode ter efeito inverso, levando à divulgação do mesmo perante adolescentes e crianças, principalmente no casos destas últimas, que, como já ressaltado, podem não entender os fundamentos da mensagem corretiva.

¹⁹ “A condenação à veiculação da contrapropaganda improcede, tendo em vista o tempo decorrido e o advento da Lei 10.167/00. Nessa parte, providas as apelações”. (Apelação Cível nº 2004011102028-0, Quarta Turma Cível do TJDF, rel. Des. Vera Andrighi, d. j. 14.03.07).

8 CONCLUSÃO

Como se demonstrou no desenvolvimento do presente trabalho, a contrapropaganda teve origem nos embates políticos que ocorreram entre as duas grandes guerras mundiais, mas acabou se tornando importante como mecanismo de controle da publicidade. Todavia, precisou sofrer adaptações. Na guerra, seu intuito era desmoralizar o adversário no campo ideológico. Dentro do Direito do Consumidor, não existe propriamente um inimigo, havendo somente o interesse de proteger o consumidor – parte mais vulnerável – do poderio persuasivo do anunciante.

Neste sentido, os norte-americanos foram os pioneiros, incumbindo um órgão administrativo central com especialização técnica para não só aplicar o *corrective advertising*, mas para exercer o controle da publicidade de uma forma geral. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor adotou, em parte, o modelo americano, especificamente no tocante à aplicação de contrapropaganda. Tanto aqui como lá, trata-se de sanção administrativa, aplicável tanto nos casos de abusividade ou enganabilidade. Entretanto, não houve em nosso país a criação de um órgão específico, como a *Federal Trade Commission* (FTC) para o controle da publicidade. Vigora aqui um sistema misto de controle, no qual atuam organismos auto-regulamentares (Conar), a administração pública (via de regra, através do Procon, nas esferas estadual e municipal), sem excluir eventual atuação do Poder Judiciário.

Foi demonstrado que a atuação do Conar, embora tenha seus méritos, não tem a devida confiabilidade para exercer sozinho tal controle, muito menos ter exclusividade na incumbência de aplicar a contrapropaganda. Por seu turno, os Poderes Executivo e Judiciário têm se mostrado tímidos e até equivocados em determinados casos. As razões para tanto, apontadas neste trabalho. A primeira é a lei, que possui pouca utilidade como parâmetro e critérios de aplicação da sanção em estudo. Apenas se limita a apontar que esta deverá ser aplicada em caso de publicidade enganosa ou abusiva, custeada pelo infrator, e será “divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva” (art. 60, *caput* e § 1º, CDC). O segundo motivo é

a falta de conhecimento técnico especializado em publicidade que, por mais que o juiz possa se valer de laudos periciais, acaba por embarçar a aplicação do dispositivo em questão.

Ademais, também foram mostradas as etapas lógicas a serem empregadas no procedimento de cominação da contrapropaganda, exigindo que o aplicador atente para uma série de fatores essenciais para o efetivo emprego da sanção. Entre os principais, destacamos: decompor os argumentos utilizados na publicidade ilícita e buscar uma maneira de rebater os elementos de enganabilidade e abusividade, utilizar linguagem e protagonista que sejam compatíveis com o público atingido, sem deixar de avaliar o impacto causado pelo anúncio danoso (a contrapropaganda não deve causar prejuízos desproporcionais ao anunciante). Também, deve atentar para outras variáveis como a teoria “dos efeitos perversos”, a teoria da simplificação e o efeito latente (v. item 6.3).

Outra questão discutida, já na parte final do trabalho, foi a dificuldade de aplicação da contrapropaganda em casos de publicidade abusiva, nos quais não há prejuízo econômico para o consumidor, nos quais parece não haver eficácia comprovada, tornando-se a sanção apenas uma pena pecuniária. Outro ponto importante discutido é sua utilização nos casos de produtos como o tabaco e bebida alcoólica perante o público infantil e adolescente que, ao serem impactados por uma eventual contrapropaganda, poderiam sofrer os tais “efeitos perversos” já descritos. Para tais casos, bastaria a simples suspensão dos anúncios, sem prejuízo das outras sanções.

De tudo o que foi exposto até aqui, podemos tirar algumas conclusões. Atualmente, a contrapropaganda é, efetivamente, pouco aplicada, embora em vários casos haja pedido de cominação desta em ações judiciais contra anunciantes; o Conar jamais a aplicou, e quanto ao Procon, o único caso que se tem notícia é o descrito no capítulo último. Possui, portanto, um papel muito mais preventivo do que punitivo ou educativo, visto que é raramente empregada.

Além disso, a atual estrutura de controle da publicidade não é a mais propícia para o aperfeiçoamento do instituto em questão. Além de preencher certos vazios da legislação, o que facilitaria sua aplicação, também seria interessante a criação de um órgão administrativo especializado, nos mesmos moldes da FTC americana. Sua existência ajudaria a formar uma base teórica e prática de controle de publicidade e também para a efetivação da contrapropaganda como instrumento

eficaz de informação e correção de desvios. Embora pudesse causar desvantagens, como o alto custo da pesquisa especializada, bem como a demora processual, certamente traria maiores benefícios a médio e longo prazo.

A conclusão que fica é a de que a contrapropaganda, na teoria, é um instrumento notável, que se fundamenta em importantes princípios do direito do consumidor e em pilares do controle da publicidade. Contudo, na prática, seu verdadeiro potencial não é aproveitado. Não só por falta de estrutura legal e administrativa, mas também porque o estudo do direito consumerista e da regulamentação publicitária são fatos recentes; e as próprias ciências humanas, que estudam o homem e a sociedade, ainda não atingiram o seu ápice.

Por fim, cabe dizer que, na nossa realidade, com o atual sistema de controle que possuímos, a contrapropaganda deve ser aplicada com reservas, e somente após uma análise exaustiva de cada caso. Se for empregada reiteradamente em situações desnecessárias, poderá ter sua real função desnorteada. Entretanto, demandará mais cuidado quando houver abusividade em relação a crianças, pois, se forem cometidos equívocos na elaboração da mensagem corretiva, poderão sofrer os já citados efeitos perversos.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA ESTADUAL DE NOTÍCIAS. **Procon multa Elma Chips**. Paraná, 14 de janeiro de 2004. Disponível em:
<<http://www.agenciadenoticias.pr.gov.br/modules/news/article.php?storyid=7688>>. Acesso em: 02 de setembro de 2008

ALMEIDA, José Antonio. **Publicidade e defesa do consumidor**. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, nº 21. Janeiro de 1997. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor.

BENJAMÍN, Antônio Herman de Vasconcellos, **O Controle Jurídico da Publicidade**, Biblioteca Digital Jurídica do STJ. Disponível em:
<<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/>>. Acesso em: 12 de março de 2008

_____. Capítulo V, Seção III, In **CÓDIGO brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed., rev. e atual. até junho de 2001. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 263-318.

BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é comunicação**. 15. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992. 106 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 de setembro de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 11 de dezembro de 2007.

_____. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 de julho de 1996. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm>. Acesso em: 15 de dezembro de 2007.

_____. Decreto 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 de março de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm>. Acesso em: 26/02/2008)

BULOS, Uadi Lammêgo, **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 1997. 168 p.

CARVALHO, Mario Cesar. **Fabricante terá que pagar anúncio antifumo**. Folha Online. São Paulo, 07 de março de 2006. Caderno Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u119115.shtml>>. Acesso em: 11 de setembro de 2008

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 184 p.

COBRA, Marcos. **O impacto da propaganda: um estudo para algumas classes de bens**. São Paulo: Atlas, 1991. 179 p.

CONAR. **Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária**. São Paulo, 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2008.

_____. **Missão**. São Paulo, s.d. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 23 de julho de 2008

COUTINHO, João Pereira. Lauren Bacall, por favor. **Folha Online**, São Paulo, 10 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult2707u1.shtml>>. Acesso em: 14 de abril de 2008.

_____. Crimes e Castigos. **Folha Online**, São Paulo, 21 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult2707u5.shtml>>. Acesso em: 14 de abril de 2008.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001. 120 p.

CÓDIGO brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed., rev. e atual. até junho de 2001. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. 1062 p.

DENARI, Zelmo. Capítulo VII In **CÓDIGO brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 7. ed., rev. e atual. até junho de 2001. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 571-587.

DOMENACH, Jean-Marie. **A propaganda política.** 1950. E-book disponível no site: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/proppol.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. PROPAGANDA ILÍCITA. INDENIZAÇÃO. Apelação cível nº 2004011102028-0. Apelante: Conspiração Filmes Entretenimento Ltda. e outros. Apelado: MPDFT. Relatora: Des. Vera Andrighi. Brasília, 14 de março de 2007.

DOMINGUES, Caio A. **Publicidade enganosa e abusiva.** REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, nº 04. Dezembro de 1992. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003. 127 p.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da Comunicação Social.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 368 p.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Mídia pode subsistir sem afetar criança.** São Paulo, 24 de setembro de 2008. Caderno Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2409200818.htm>>. Acesso em: 25 de setembro de 2008.

FRADERA, Vera M. Jacob de. **A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor.** REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, nº 04. Dezembro de 1992. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor.

IMOBARDORF, Mary. **TUDO o que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995. 432 p.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 126 p.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing**. 10. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002-2005. 764 p.

KOTLER, Philip; ARMOSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. 7. ed. Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1998. 527 p.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. **Plano de marketing para micro e pequena empresa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 160 p.

LUPETTI, Marcélia. **Planejamento de Comunicação**. São Paulo: Futura, 2000. 215 p.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Código do consumidor anotado**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999. 288 p.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo e propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, [2001]. 219 p.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1974. 408 p.

MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002. 174 p.

MORAN, José Manuel. **Interferências dos meios de comunicação no nosso conhecimento**. Disponível no site: <<http://www.eca.usp.br/prof/moran/interf.htm>>. Acesso em: 13 de junho de 2008

MPDFT NOTÍCIAS. **Prodecon obtém sucesso em TAC para coibir publicidade de apelo erótico**. Distrito Federal, [2006]. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/noticias/exibirnoticia.asp?id=38>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001. 216 p.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed., ref. São Paulo: Saraiva, 2005. 838 p.

NUNES, Rizzatto. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. 589 p.

PINHO, J. B. **Comunicação em marketing: princípios da comunicação mercadológica**. 6. ed. Campinas: Papyrus, 2002. 287 p.

RAMSAY, Iain. **O controle da publicidade em um mundo pós-moderno**. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, nº 04. Dezembro de 1992. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor.

RODYCZ, Wilson Carlos, **A obrigatoriedade de o ofertante cumprir a oferta publicitária à luz do Código de Defesa do Consumidor**. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. Revista de Direito do Consumidor, nº 04. Dezembro de 1992. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Pioneira, 2002. 469 p.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação civil pública. Dano moral difuso. Propaganda vista como ofensiva, preconceituosa, discriminatória e apologista de crime. Legitimidade do Ministério Público. Ilícitudes, no entanto, não ocorrentes. Mau-gosto e pobreza de idéia ferem o intelecto, não a moral, a ética ou os bons costumes. Recurso desprovido. Apelação nº 567.543.5/8-00 Apelante: Ministério Público. Apelada: Fiat Automóveis S/A. Relator: Des. Borelli Thomaz. São Paulo, 23 de abril de 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação civil pública - Tutela antecipada deferida para suspender os efeitos das cláusulas contratuais consideradas abusivas, não transmitir propagandas enganosas ou veicular contrapropaganda - Questão da proibição da veiculação de contrapropaganda que se tomou despicienda em razão do tempo decorrido e da manutenção da tutela para impedir a propaganda considerada enganosa – Recurso provido em parte. Agravo de Instrumento nº 1.315.755-0. Agravante: Telesp Telecomunicações de São Paulo

S/A. Agravada: ANADEC. Relator: Des. Franco de Godoi. São Paulo, 15 de junho de 2005.

SHARP JUNIOR, Ronald A. **Código de defesa do consumidor anotado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. 211 p.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. São Paulo: MP Editora, 2008. 319 p.

_____. **Influência da publicidade na relação de consumo**. Disponível no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4982>> . Acesso em: 11 de março de 2008.

SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor**. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, nº 43. Julho de 2002. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor.

TEIXERA DE ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, nº 53. Janeiro de 2005. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor.

TELLES, Renato. **Marketing empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2003. 280 p.

VILAÇA LOPES, Maria Elizabete. **O consumidor e a publicidade**. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, nº 01. Janeiro de 1992. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor.

WESTWOOD, John. **O plano de marketing**. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1996. 275 p.

WIKIPEDIA, enciclopédia virtual. **Comunicação**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Comunica%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 27. de janeiro de 2008.

ZENUN, Augusto. **Comentários ao código do consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 177 p.