

# Publicidade Subliminar e Direito Positivo Brasileiro

Gustavo Trancho de Azevedo

A luno de graduação em Direito

"Por trás dos teus pensamentos e sentimentos, meu irmão,  
há um senhor mais poderoso, um guia desconhecido."  
(Nietzsche)

## 1. Existem subliminares? O que é mensagem subliminar?

Quando se pergunta por essa estapafúrdia sandice, geralmente vem um porra-loca e conta a história inacreditável do experimento vicarista: em 1956, em Nova Jérsei, resolveram fazer um teste com a platéia do cinema que assistia ao filme *Picnic*. Além do projetor do filme, havia um taquioscópio,<sup>1</sup> que projetava no telão a frase *Drink Coke*<sup>2</sup> por um três mil avós de segundo a cada cinco segundos. Comparado com outras sessões em que não se projetava a maldita frase na tela, as vendas do refrigerante aumentaram 57,7%.

Subliminar é o impulso que não é suficientemente intenso para que se tenha consciência dele, mas que, mesmo assim, afeta quem o recebe. A resposta à primeira pergunta é sim, existem subliminares e há pessoas que duvidam de sua existência como fazem os que duvidam da existência do ar e da redondeza da terra. Para melhor entender as subliminares, é preciso um mínimo de conhecimento em psicologia.

Vou expor a metodologia comportamentalista apenas para posteriormente excluí-la. Rudemente, defino essa vertente da psicologia como psicofísica, aplicação do método das ciências naturais ao ser humano. Como um fenômeno físico, aplica-se o mecanicismo estímulo-resposta e somente a análise do comportamento resultante dos estímulos, empiricamente observável, é considerado relevante. Subliminar seria, sob essa ótica, um estímulo imperceptível que afeta o comportamento.

A abordagem tomada será psicanalítica. A tese de que há inconsciente altera significativamente a definição de subliminar: estímulo insuficiente para ser captado pelo consciente, entretanto suficiente para afetar o inconsciente. Freud estuda o inconsciente sob vários pontos de vista, sendo, a meu ver, o estrutural o mais relevante nesse contexto:

"O id é entendido como a parte mais antiga da mente, como um depósito de forças instintivas inteiramente inconsciente. (...) o ego organiza a defesa, assegura a adaptação à realidade, regula os conflitos, opera a censura e representa a razão, a sabedoria, a motilidade(sic), a percepção, a memória".<sup>3</sup>

O superego tem durante a obra de Freud várias formulações, mas sempre relacionado com os valores que os pais e a sociedade impõem à criança. Seria como a moral internalizada pelo indivíduo.

Dissociadas as estruturas, percebe-se o id como totalmente amoroso. Como resíduo dos instintos, é guiado unicamente pelo princípio do prazer, produzindo exigências para uma satisfação imediata de todos os impulsos. O ego, guiado pelo princípio da realidade, medeia o conflito entre os impulsos do id e a sociedade. Diante da impossibilidade de satisfação dos desejos do id, o ego pode lhe dar vários tratamentos, como a *repressão* e a *sublimação*. Esta consistiria na superação ou substituição ou válvula de escape das necessidades instintivas por meio de atos culturais como a arte, a religião, o esporte etc.

Para uma compreensão das subliminares, é importante a distinção figura/fundo da psicologia Gestalt. O fundo seria a percepção que não passa pelo discernimento consciente, portanto, tomar uma mensagem como figura exclui a subliminabilidade. O ambiente sempre contém múltiplos estímulos, mas o ser humano não se concentra em todos ao

mesmo tempo, e sim recorta a realidade deixando todos os outros estímulos como fundo. Essa distinção é facilmente percebida em exemplos:

"(•••) ao se ouvir um jogo de futebol pelo rádio, uma ópera de Wagner tocando o som do vizinho seria um ruído, um fundo subliminar despercebido do padrão sonoro eleito como principal. Por outro lado, caso se estivesse ouvindo Wagner, o jogo de futebol é que seria o fundo subliminar indiferente".<sup>4</sup>

A fisiologia do olho humano contribui para essa distinção: a fóvea, parte central do olho, seria o foco da visão consciente, apontaria para a figura; a visão periférica captaria o fundo e, portanto, seria a entrada dos estímulos subliminares.

Até agora, todas as teorias apresentadas classificam a percepção de modo binário: consciente ou subliminar. Não há meio termo. Mas há um segundo modo de se classificar a subliminabilidade, proposto por um dos maiores especialistas no assunto, William Bryan Key. Para ele, a velocidade é a principal razão por que se torna uma mensagem subliminar. Key propõe uma fórmula para a subliminabilidade: uma mensagem é tão mais subliminar quanto maior for a quantidade de informações por uma quantidade de tempo. Se se aumenta a quantidade de tempo para a mesma quantidade de informações, torna-se a mensagem menos subliminar e se tem a possibilidade de percebê-la mais conscientemente.

Apesar de a maioria dos estudos sobre subliminares se concentrar na visão, qualquer estímulo, mesmo tátil ou gustativo, pode ser subliminar, basta cumprir as condições. O mito de que somente uma ou outra mensagem que são meticulosamente planejadas podem ser subliminares, ou de que não existem, é totalmente abandonado. **A maior parte da percepção é subliminar, sendo a consciente uma exceção.**

## 2. Relações entre o consumismo e a indústria cultural. A grande conspiração.

Há uma distinção corrente no vocabulário técnico entre publicidade e propaganda, apesar de sinônimas na linguagem ordinária. Propaganda seria ligada a difusão e defesa de idéias e se propõe fins humanitários, políticos ou sociais. Publicidade seria ligada à promoção de produtos e vendas, com fins comerciais. Tentarei tratar apenas da publicidade, e a distinção foi apresentada somente para excluir a propaganda dos fins do artigo.

A publicidade tem um importante papel na sociedade de massa. No momento em que as técnicas produtivas da sociedade ocidental evoluíram a um ponto tal que se pode produzir mais que consumir, os produtores passaram a *buscar* os mercados consumidores. A mediação entre produção de massa e consumo de massa se dá pela publicidade. Sua função é estimular o consumo, seduzir o possível comprador, incitá-lo, fazer as vendas aumentarem, em suma, conquistar para quem detém os meios de produção o mercado consumidor.

A uma produção de massa em estágio inicial corresponde a publicidade rudimentar, "quanto mais aperfeiçoado for o modo de produção dentro do sistema de livre mercado, tanto mais se necessita investir em publicidade (...) para dar saída aos produtos é preciso convencer as pessoas a optar pela

marca",<sup>5</sup> e quanto mais se investe em publicidade, mais ela desenvolve suas técnicas, entre elas, as subliminares. Como a concorrência capitalista não é baseada em critérios éticos, humanitários, a que chamaria de *excelência*, mas somente nos critérios pragmáticos, de *eficiência*, a discussão sobre se deve ou não ser usada uma técnica subliminar se restringe à questão: vai ser mais eficiente? Podem-se observar, na história do século XX, dois fenômenos surgindo e crescendo quase que conjuntamente: um desenvolvimento assombroso das técnicas de publicidade e dos meios de sua divulgação, e um consumismo crescente, que poderia caracterizar a sociedade pós-moderna como a da estética, do espetáculo, do desperdício e do supérfluo. Na imprensa burguesa, na coluna de fofoca, pode-se comprovar a hegemonia do consumismo, pois sempre há uma estatística que não chega mais a chocar: x% das mulheres do(a) \_\_\_\_\_ preferem fazer compras no lugar de transar.

Se o "custo do marketing, do qual a propaganda é um dos componentes, já representa mais da metade do custo final da maioria dos produtos de consumo",<sup>6</sup> (grifo nosso) paga-se mais pela imagem do que pelo produto. Entretanto, há quem defenda que, com uma massificação maior proporcionada pela publicidade, o que ocorre é uma redução dos preços (visto que quanto maior a escala da produção, menor o custo de cada produto individualmente).

Contra essa argumento, pode-se dizer que a crítica não se limita ao preço pago pelo produto, mas o seu consumo sendo um fim em si mesmo. Ilustração paradigmática: "Convenceram-me, eu precisaria comprar o produto. E agora, o que farei com ele"?<sup>7</sup> Independentemente do custo da publicidade (sendo que não há dúvidas que é paga pelo consumidor), há uma crítica endereçada a ela: de que não propõe ao consumidor a satisfação de suas necessidades e, sim, busca criar novas. Pois, se "Em média, cada brasileiro dispõe de mais ou menos quinze vezes o que tinha o brasileiro do início do século",<sup>8</sup> porque tanto se trabalha contemporaneamente? Uma resposta possível é que hoje se tem mais necessidades que no início do século, criadas pela mídia. "Sem dúvida, a pseudonecessidade imposta no consumo moderno não pode ser oposta a nenhuma necessidade ou desejo autêntico, que não seja, ele próprio, modelado pela sociedade e sua história".<sup>9</sup> Levanto, a partir do exposto, esse questionamento: **Até que ponto se pode afirmar que o consumismo é causado pela publicidade?** Uma tentativa de resposta:

"Uma senhora, cinqüenta anos de idade, um metro e sessenta de altura, pesando setenta e oito quilos. Assiste à TV. Um comercial garante: basta colocar um adesivo (patch) no braço para perder vinte quilos em dois meses. O produto, afirma o comercial, não é vendido em lugar algum, só pode ser adquirido por telefone e vem dos Estados Unidos. A senhora acredita, telefona e compra. Que se trata de propaganda enganosa é indiscutível, mas que a respeitável senhora é descuidada, também é indiscutível".<sup>10</sup>

Em primeiro lugar, a publicidade é do interesse do produtor, por essência. Pode ser do interesse do consumidor somente por acidente. Penso em duas situações possíveis: caso ele já esteja procurando um tipo de produto e a propaganda o informe sobre tal produto, ou caso ele tenha necessidade do produto e a propaganda o informa onde comprar ou onde é menor o preço. Para fazer o consumidor pensar que, na publicidade, o interesse contemplado é sempre o seu, Jahr identifica, dois recursos como principais: "a generalização e a transferência. Pela generalização procura-se demonstrar que certas concepções não têm relação com os interesses dos que a defendem, mas com os de todos. D. Pedro jamais disse que ficaria no Brasil para atender aos objetivos do Império Britânico, da elite organizada na maçonaria e dele próprio. Em verdade afirmou: "Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação, diga ao povo que eu fico." As grandes empresas não dizem que visam obter lucros exorbitantes, mas que querem contribuir para

o desenvolvimento do país".

Pela transferência se atribui o objetivo de certas práticas à consecução dos interesses de quem recebe a mensagem e não dos que a emitem. O apresentador de TV nunca disse que, se recebesse as prestações dos carnes em dia, poderia ganhar mais rápido e reinvestir o dinheiro, garantindo maiores lucros. Não, diz que se pagarem no prazo poderão ganhar prêmios, carros 0 KM e até casa própria. O gerente do banco, quando propõe um novo investimento, insiste apenas nos rendimentos que o cliente irá auferir, mas nunca menciona a comissão que ele irá ganhar."

Analisando o fenômeno consumismo, a psicanálise pode contribuir significativamente para superar o simplismo de colocar toda a culpa nos meios de comunicação ou nos indivíduos isoladamente, para corretamente reparti-la. Partindo da psicanálise, acredito que há uma outra técnica mais importante que as citadas: a associação do consumo do produto com o prazer, com felicidade, com a idéia de satisfação sexual e social. Não é um mero acidente, os publicitários também estudam psicologia, e a aplicam. É comum destacar seis impulsos fundamentais, distribuídos em três grandes níveis vitais:

**1º nível:** psicobiológico, com impulsos de autopreservação e sexual.

**2º nível:** psicossocial, com os impulsos de sociabilização e autoafirmação

**3º nível:** psicorracional, com os impulsos de racionalidade e moralidade.<sup>12</sup>

Os publicitários utilizam apelos para esses níveis nos comerciais. O apelo publicitário ao 3º nível tem de ser necessariamente consciente, pois utiliza argumentos, e são julgados pelo ego. E o tipo de publicidade mais louvável e ético, e também o mais eficiente. Os apelos para os dois primeiros níveis visa associar o ato de comprar e consumir com os impulsos naturais do ser humano, aos impulsos do id.

Podem ser subliminares, seu alvo é o inconsciente. Quanto mais discretos, mais eficazes, pois o ego pode construir uma barreira, se percebidos. Como o sistema capitalista preza pela *eficiência*, com o detrimento da *excelência*, a forma de publicidade dominante (hegemônica) é a segunda, programando os indivíduos sem que percebam para consumir como forma de *sublimação*. Revendo Freud, consumir constituiria um outro modo de sublimação, pois substituição dos impulsos fundamentais. São 3% do PIB investidos em publicidade, em todas mídias (televisão, cinema, jornal, revista, cartazes, rádio, embalagens) associando prazer ao consumo. Muitos partem daí para uma teoria da grande conspiração, mas não são obra de uma pessoa, e sim decorrência da economia de mercado. Dessa perspectiva, entende-se facilmente tudo o que a publicidade subliminarmente oferece na compra do produto: segurança, felicidade, *status*, poder—modos de satisfação dos níveis psicobiológico e social.

"A indústria cultural continuamente priva seus consumidores do que continuamente lhes promete. O assalto ao prazer que ação e apresentação emitem é indefinidamente prorrogado: a promessa a que na realidade o espetáculo se reduz, malignamente significa que não se chega ao quid, que o hóspede há de se contentar com a leitura do menu. Ao desejo suscitado por todos os nomes e imagens esplêndidos serve-se, em suma, apenas ao elogio da opaca rotina da qual se queria escapar. (...) Este o segredo da sublimação estética: representar a satisfação na sua própria negação. A indústria cultural não sublima, mas reprime e sufoca. Expondo, continuamente, o objeto do desejo, o seio no sweater e o busto nu do herói esportivo, ela apenas excita o prazer preliminar não sublimado, que, pelo hábito da privação há muito tempo se tornou puramente masoquista. Não há situação erótica que não una à alusão e ao excitamento a advertência precisa que não se deve e não se pode chegar a este ponto".<sup>13</sup>

Eu iria mais longe, a indústria cultural e modo de produção privam os consumidores da satisfação natural dos impulsos. Em busca de uma maior produtividade, exige-se cada vez mais um número maior de horas de trabalho por dia, sendo o capitalismo o modo de produção em que o indivíduo mais é exigido pela coletividade.<sup>14</sup> O prazer, a sexualidade, o ócio, a alegria de se deitar na grama, de ficar seis dias por semana com os amigos, em festas, farreando, com um sistema de ensino facultativo, nadando, andando descalço nas primaveras, contemplando amanheceres e brincando com as crianças ... tudo isso é um devaneio e uma loucura para a ideologia do deus-trabalho, antiético e repugnante à boa moral.

"A moral capitalista, lamentável paródia da moral cristã, fulmina com o anátema o corpo trabalhador; toma como ideal reduzir o produtor ao mínimo mais restrito de necessidades, suprimir as suas alegrias e as suas paixões e condená-lo ao papel de máquina entregando trabalho sem tréguas nem piedade."<sup>15</sup> Lafargue já diagnosticara que a sociedade da superprodução "Obriga os burgueses a dedicarem-se ao superconsumo dos produtos que ela manufatura desordenadamente".<sup>16</sup> O Grupo Krisis potencializa essa crítica, feita ainda no final do século XIX, em que os burgueses podiam se dizer ociosos: "Nenhuma casta dominante viveu, em toda a história, uma vida tão miserável e não livre como os acossados executivos da Microsoft, Daimler-Chrysler ou Sony".<sup>17</sup>

Conforme Adorno e Horkheimer, à indústria cultural não cabe a sublimação. Sua função é a promessa da satisfação no consumo, visto que a maneira natural de satisfazer ao id é bloqueada pelo modo de produção e pela moral. A satisfação no consumo também não é completa, o que coloca o indivíduo em situação de dependência, vendo como ameaçados seus desejos de sobrevivência, de auto-confiança, de inclusão social e sexual:

"Na imagem da unificação feliz da sociedade pelo consumo, a divisão real está somente suspensa até à próxima não-completa realização não consumível. Cada produto particular que deve representar a esperança de um atalho fulgurante para aceder, enfim, à terra prometida do consumo total, é, por sua vez, apresentado cerimoniosamente como a singularidade decisiva. Mas como no caso da difusão instantânea das modas de nomes aparentemente aristocráticos que se vão encontrar usados por quase todos os indivíduos da mesma idade, o objecto do qual se espera um poder singular não pôde ser proposto à devoção das massas senão porque ele foi tirado num número de exemplares suficientemente grande para ser consumido massivamente. O carácter prestigioso deste qualquer produto não lhe vem senão de ter sido colocado por um momento no centro da vida social, como o mistério revelado da finalidade da produção. O objecto, que era prestigioso no espectáculo, torna-se vulgar no instante em que entra em casa do consumidor ao mesmo tempo ue em casa de todos os outros. Ele revela demasiado tarde a sua pobreza essencial, que retira da miséria da sua produção. Mas é já um outro objecto que traz a justificação do sistema e a exigência de ser reconhecido".<sup>18</sup>

Colocando o poder no paradigma da guerra de Foucault, em que "o que caracteriza o poder que estamos analisando é que traz à ação as relações entre indivíduos (ou grupos). Para não nos deixar enganar, só podemos falar de estruturas ou de mecanismo de poder na medida em que supomos que certas pessoas exercem poder sobre outras",<sup>19</sup> podem ser classificados os subliminares como uma técnica de poder, que um grupo da população, os publicitários, utiliza contra todos os outros e, talvez, até contra si mesmo. São um dos sustentáculos do sistema capitalista, que vem exercendo um papel importante desde a segunda guerra mundial e a popularização da televisão. Vítimas da indústria cultural não são somente aqueles que como a velha gorda do exemplo de Jahr é enganada, mas todos, até aqueles isolados da sociedade ocidental, como os índios. Somos culpados na medida em que poderíamos contribuir para o fim desse sistema ou para sua

mudança e não o fizemos.

### 3. As Implicações das Subliminares no Direito e seu Papel na Mudança Social.

Uma questão que surge, além da legitimidade dessa utilização dessa técnica de poder, é sua legalidade (mesmo sendo um contra-senso separá-los). Calazans, um dos principais midiólogos brasileiros, escreve que "os subliminares são antiéticos e "criminosos", embora não haja lei explicitando ser uma tecnologia ilícita quando aplicada com fins comerciais ou eleitorais" e "no Brasil *nenhuma* lei proíbe expressamente qualquer modalidade de propaganda subliminar"<sup>20</sup> e critica que nos países desenvolvidos sua proibição se limita ao taquioscópico, técnica já considerada obsoleta, haja vista outras muito mais ... *eficientes*.

Lendo o artigo 36 do CDC,<sup>21</sup> que consagra o princípio da identificabilidade, pode-se, à primeira vista, pensar que proíbe as subliminares, na publicidade (não proibindo portanto na propaganda). Entretanto, esse dispositivo não impede as subliminares na publicidade, que facilmente se percebe como tal. Elas constituem, aliás, a maior parte das propagandas. Entretanto, há o *merchandising*, e ele viola flagrantemente esse princípio, sendo usado correntemente na televisão brasileira e no cinema. Não adianta perguntar: *Como ninguém tinha visto isso antes?* Minha explicação é simples e dogmática: o poder econômico influencia a aplicação das leis. Proponho como sanção ao *merchandising*, conforme o art. 56 do CDC, multa e imposição de contrapropaganda. Um problema que surge é de mais difícil solução: se, no Brasil, a maior parte dos filmes exibidos nas salas de cinema são estrangeiros, e muitos deles utilizam *merchandising*, como efetivamente fazer cumprir a lei? "Agora cada Estado tem que levar em conta a situação internacional para promulgar leis de carácter nacional",<sup>23</sup> eis a dura globalização, e as alternativas acabam sendo não-soluções: ou proibir a entrada de todos filmes estrangeiros que façam *merchandising* ou não poder aplicar a seus responsáveis, já que estão no exterior, as sanções, deixando que se lese o consumidor. Uma solução dura, que o mercado (ou seria melhor escrever deus-mercado) veria com maus-olhos, seria a aplicação da sanção no produtor, distribuidor ou vendedor, no Brasil, do produto anunciado imoralmente.

Pode-se pensar que as subliminares são ignoradas pelo direito porque constituem uma ameaça a um axioma sobre que se funda o direito moderno: o livre-arbítrio. Em linhas gerais, no direito penal, pune-se na medida em que o criminoso poderia ter realizado outro comportamento e *escolheu* executar o tipo e todos os atos jurídicos que têm como suporte fático, elemento indispensável, a livre vontade. Penso que a publicidade que apela ao consciente é ameaça à liberdade: pode-se escolher acatar seus argumentos ou rejeitá-los. Quanto à publicidade subliminar não se pode dizer o mesmo, o indivíduo seria vítima dos seus argumentos, pois não há como escolher não aceitá-los. Um sartreano poderia contra-argumentar que na hora de agir, não importaria a faticidade, seu ato é livre. Aceito o contra-argumento, mas não abro mão do ponto. Eis minha síntese: as subliminares não *determinam* a vontade, viciam-na, são um *fator* que dificulta, sem, em última instância, impedir a livre vontade.

Seguindo essa linha, um conceito jurídico sob que poderiam cair as subliminares é o dolo,<sup>24</sup> podendo ser definido como "todo artifício empregado para enganar alguém",<sup>25</sup> um dos vícios na vontade. Como boa parte das subliminares na publicidade consiste em associar o consumo do produto à felicidade e à sexualidade, no momento em que o produto não garante a satisfação das promessas feitas, a propaganda engana. Constituiria dolo, nesse caso, se o consumidor comprasse o produto com anúncio em que ele é associado à felicidade subliminarmente e não ficasse feliz. A compra (negócio jurídico) poderia ser anulada.

Ficariam fora do campo de incidência da proibição de propaganda enganosa, todas as subliminares que contém somente ordens, imperativos. Conforme a teoria dos atos de fala, "Dizemos ... que um enunciado é verdadeiro ou falso, que uma ordem é cumprida ou quebrada".<sup>26</sup> As ordens não podem ser falsas, suas condições de satisfação se limitam ao seu cumprimento. Nos enunciados, ele deve se adequar ao estado das coisas, entretanto, nas ordens, as coisas é que se devem ajustar a elas. Fogem da proibição da publicidade enganosa as que apenas ordenam sua compra, entre elas, boa parte das subliminares.

Restringindo a análise às publicidades que são imorais nas assertivas, com a adoção do CDC, garante-se que se o produto díspar ao prometido em mensagem publicitária, o consumidor poderia exigir a restituição do dinheiro, o abatimento proporcional do preço ou a substituição por um produto que satisfaça o anúncio. Sendo o CDC especial em relação ao CC, deve prevalecer sua disposição, que dá mais poder ao consumidor.

De tanto se falar em satisfação do consumidor, o leitor poderia questionar nesse momento: como um produto poderia satisfazer a promessa de felicidade, potência, libido etc.? Caso se aceite a tese 69 de *A sociedade contra o espetáculo*, já não seria possível satisfação da promessa de *status* por meio do consumo na sociedade de massas. Se somada a ela a tese de que a maior parte dos desejos de consumo não são autênticos e sim pseudonecessidades criadas pelo mercado por meio da propaganda, quase todo o consumo dessa sociedade seria, no plano jurídico, constituído de atos anuláveis. Apesar disso, a eficácia dessa proteção ao consumidor é nula. Eis o poder das subliminares: a vítima não se sente lesada, confia em sua liberdade e acredita que comprou a mercadoria por causa de desejos autônomos e autênticos. Não faz sentido, nesse contexto, pedir judicialmente seus direitos.

Visando à justiça, caberia então ao Estado obrigar as pessoas a fazê-lo ou encarregar o Ministério Público de investigar todos os negócios jurídicos feitos sob influência das subliminares e anulá-los? Para responder completamente a essa pergunta, há de se considerar qual é a função do Estado. A resposta do iluminismo, dos contratualistas, é que os homens se reúnem visando proteger sua liberdade. Essa concepção já foi rechaçada, não se formou o Estado assim, mas assim é como ele deve ser. Cabe discutir o que é liberdade e há uma distinção muito útil: liberdades positiva e negativa.

A primeira consiste na "coerção de alguns homens por parte de outros a fim de alçá-los a um nível de liberdade superior". Mas o que propicia a esse tipo de linguagem a plausibilidade que ela tem é que reconhecemos que é possível e algumas vezes justificável coagir os homens em nome de algum objetivo (digamos, justiça ou bem-estar público) que eles mesmos perseguiriam se fossem mais esclarecidos", sobre a liberdade negativa "diz-se normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem interfere nas atividades desse alguém" e diz Kant contra a primeira concepção de liberdade "ninguém pode obrigar-me a ser feliz à maneira dos outros".<sup>27</sup>

Postas as definições vimos que a aplicação extremada da liberdade positiva, o que se estaria sugerindo caso se proibissem as pessoas de ver filmes ou comprar os produtos que elas querem por que são alienadas ou influenciadas por subliminares, acabar-se-ia caindo em uma moderna forma de fascismo. A aplicação extremada da liberdade negativa permitiria a defesa e o incentivo à discriminação de homossexuais e judeus, as páginas pedófilas na rede de computadores, e a livre circulação de capitais na bolsa de valores mundiais, que submete povos inteiros à pobreza em nome do lucro especulativo. A livre difusão das subliminares também seria indesejável. Os grupos e as relações sociais se apoiam, no campo de disputa política, nesses ideais e essa

antinomia ainda não pode ser superada. Hodiernamente, vem se adotando uma postura intermediária, criticada duplamente, mas superior às formas puras. Essa antinomia também ocorre no caso das subliminares. Na busca do papel do Estado frente a essa questão, chega-se a um impasse: as duas formas de liberdade puras levam a resultados indesejados. Como melhor escolher nessa questão o meio-termo aristotélico?

Tendo em mente os diversos entraves levantados, pode surgir a questão de se o direito tem capacidade real de regular as subliminares. Proibir as subliminares na publicidade constitui um desafio à técnica legislativa. Primeiramente, há várias definições de subliminar, e seria um grande problema de interpretação julgar o que é e o que não é subliminar. O taquioscópico pode ser facilmente proibido, assim como o *merchandising*, que apresenta outros problemas. Mas como excluir a associação de um produto com a beleza e com pessoas felizes? Proibindo de se contratar modelos bonitas e de se sorrir nos comerciais? Considero as possíveis soluções esdrúxulas e descabidas. A solução correspondente à liberdade negativa é liberar geral e a correspondente à liberdade positiva é autoritária: toda propaganda deve ser argumentativa, sem imagens, com letras de tamanho e tipo iguais em preto. O avanço tecnológico constitui também um obstáculo à regulação das subliminares, pois a cada dia surgem novas técnicas. Quantas páginas de legislação, em linguagem técnica e chata, a população teria que ler para saber seus direitos? Sendo que, para acompanhar os avanços da ciência, uma comissão legislativa permanente investigaria as novas subliminares editando sempre legislação complementar. Essa é a solução tecnocrática, que seria proposta pela mentalidade burocrática reinante no Estado hodierno. "O fim das ideologias é a ideologia tecnocrática, isto é, aquela que se apresenta como não ideologia. A neutralidade científica (...) vira as costas para a história e para os interesses e valores que reclamam tomada de decisão".<sup>28</sup> A solução tecnocrática resultaria ou em ineficácia, talvez até em rede de corrupção, ou em eficácia totalizante: uma anti-solução.

Outro assunto a ser considerado é que o direito vive um *big-bang* normativo, como também o afirma Lorenzetti. Seguem informações introdutórias sobre o problema. A meu ver, o desenvolvimento tecnológico que permite criar, transmitir, reproduzir e armazenar signos e idéias em larga escala é pré-condição para essa inflação normativa. Um dos fatores é também uma complexidade e uma diferenciação cada vez maior na sociedade, visível numa divisão do trabalho cada vez maior, em nível mundial, na hiper-especialização. Ela também ocorreu nas profissões mentais, e os pensadores complicam cada vez mais questões relativas a um campo muito pequeno do saber. A crítica a todo um sistema torna-se quase impossível, pois cada intelectual fala a sua tecnolinguagem ininteligível para os demais... A consideração seguinte me convence totalmente de que se deve abandonar as soluções tecnocráticas:

"Esse tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível seu acatamento por seus supostos destinatários e sua aplicação efetiva pelo Judiciário, ocasionando, por consequência, a "desvalorização" progressiva do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras. No limite, esse processo leva à própria anulação do sistema jurídico".<sup>29</sup>

Penso que chegamos enfim ao cerne do problema. Deve-se vencer a concepção de que as leis transformam o mundo, correspondente ao idealismo em que se vê "o direito como um *ser em si*, constituído de nor-mas e de conceitos que se auto-explicariam".<sup>30</sup> Não sendo o direito auto-suficiente, para sair do senso comum das análises dos ditos cientistas do direito, "a única via fecunda ... consiste pois em procurar um 'outro lado' as razões da existência e do desenvolvimento do direito. Este outro lado ... é a existência de um modo de produção".<sup>31</sup> As

condições sociais são um fator muito mais importante que a edição ou não de uma norma, esta precisa das condições sociais para sua eficácia sendo que aquela resiste mesmo se proibida. Isso, entretanto, não significa a irrelevância da norma.

Voltando os fatos, à disputa real de poder, percebe-se que "entre cada ponto do corpo social, entre homem e mulher, entre membros de uma família, (...) entre cada um que sabe e cada um que não sabe, existem relações de poder".<sup>32</sup> O saber é um dos instrumentos mais poderosos na luta política: nenhum regime nunca se impôs somente por meio da violência física, o que não exclui que no futuro se possa fazê-lo. Se "a poluição semântica já de há muito se tornou um fator determinante dos processos das sociedades humanas. Os Estados e Nações não são coletivos naturais, como o são os rebanhos e enxames do mundo animal, mas efeitos do uso interminável de símbolos. E aquilo que são na realidade é determinado pelo que se *pen*sa que são. Destas configurações fazem parte as estruturas de poder".<sup>33</sup>

Não saber da mera existência das subliminares significa estar muitos degraus abaixo da disputa real do poder. Tanto os juristas quanto a população em geral nada sabem sobre elas. Não sou eu quem vai, unilateralmente, dizer como lidar com a difícil questão. Primeiro, é preciso que 10% da população brasileira entre na discussão, sabendo o máximo possível sobre subliminares, para decidir como lidar com elas. O correto seria a participação de toda a população na discussão, mas considerando a taxa de analfabetismo funcional altíssima do Brasil, acho que pedir modestos 10% é ser otimista. Quanto à discussão, passará, se efetiva, pelos pontos tratados nesse artigo tomando posição em cada ponto e decidindo qual seu fim. As posições tomadas, é importante lembrar, serão de caráter provisório, sendo que suas perspectivas para um mais longo prazo é a inclusão progressiva de toda a população nas decisões, estando em constante reformulação. O boicote de produtos anunciados com subliminares pelas associações de consumidores pode ser muito mais eficiente que atos legislativos. Isso mostra quem detém o poder real. Cabe encontrar, para o direito, seu espaço e seu poder na sociedade, por exemplo, incluindo no currículo escolar uma leitura crítica da publicidade, uma proposta já antiga.

<sup>1</sup> Taquioscópio é um tipo de projetor que consegue expor um fotograma por um tempo curtíssimo.

<sup>2</sup> Depois de muitas pesquisas, eis a tradução feita por mim: *Beba Coca-Cola*. Não beba, porém.

<sup>3</sup> *A história das grandes idéias do mundo ocidental*. Capítulo 57: Freud. Faz parte da coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Abril; 1974-5, p. 772

<sup>4</sup> CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia*, 3ª edição — São Paulo: Summus; 1992, p. 26 Esse é provavelmente o livro que mais divulgou (denunciou) as subliminares no Brasil. Os principais dados sobre subliminares desse artigo, devo-os inteiramente a Calazans.

<sup>5</sup> SOARES, Ismar de Oliveira. *Para uma leitura crítica da publicidade*. São Paulo: Paulinas; 1988, p.27-8

<sup>6</sup> *Ibid*, p.46.

<sup>7</sup> GARCIA, Nelson Jahr. *Técnicas de persuasão*. Artigo publicado em "O Atibaiense" de 31.12.98, primeira frase.

<sup>8</sup> WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. *Economia* Tradução de Celso Seiji Gondo - 2ª edição, revisada — São Paulo: Makron; s.d., p.23 - Alerta: esse é um livro de economia neo-liberal, a resposta que eles dão a essa pergunta é pura ideologia: nossos desejos são ilimitados. Não explica com sucesso outras culturas que não a capitalista, constitui, portanto, o que Merleau-Ponty chama de pensamento de sobrevôo.

<sup>9</sup> DEBORD, Guy E. *A sociedade do espetáculo*. Peguei na internet (<http://planeta.clix.pt/obeco/>), não tenho paginação nem editora. A citação é localizada na tese 68, do 3º capítulo. - Esse livro constituiu uma das bases teóricas da revolução de 1968

<sup>10</sup> GARCIA, Nelson Jahr. *Propaganda enganosa* Artigo publicado em "O Atibaiense" de 29.05.99, § 2º

<sup>11</sup> GARCIA, Nelson Jahr. *Op.cit.* §s 4º e 5º

<sup>12</sup> SOARES, Ismar de Oliveira. *Op.cit.*, p. 64

<sup>13</sup> ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max. *A indústria cultural. O iluminismo como mistificação da massa* Tradução: Júlia Elisabeth Levy In: LIMA, Luis Costa. *Teorias da cultura de massa* s.e — Rio de Janeiro:

Saga; 1969, p. 175

<sup>14</sup> Leia-se por exemplo KURZ, Robert. *Totalitarismo econômico*. Tradução de José Marcos Macedo — Foi publicado no Mais! da Folha de S.Paulo, em agosto de 1999. "Na verdade, estamos às voltas com uma patente continuidade da história capitalista, na qual as ditaduras dos Estados totalitários e a 'mobilização total' das guerras mundiais não são um modelo fundamentalmente oposto, antes representam um determinado continuum histórico e uma forma de imposição da própria "economia de mercado" e da "democracia": a sociedade como um todo foi posta em movimento acelerado em todos seus níveis e esferas, a fim de poder suportar a acumulação acelerada e concentrada do capital".

<sup>15</sup> LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça* Mesma página do *Sociedade do Espetáculo*. A primeira publicação foi em 1883, e a citação se encontra na introdução, § 2º

<sup>16</sup> *Ibid*, citação no terceiro capítulo, § 6º.

<sup>17</sup> Grupo Krisis. *Manifesto contra o trabalho*. Obtido na internet.

<sup>18</sup> DEBORD, Guy E. *Op.cit.* tese 69, no cap 3º.

<sup>19</sup> MAIA, Antônio C. *"Sobre a analítica do poder de Foucault"* p.83-104 In: *Tempo Social*, Rev.Sociol. - São Paulo: USP; outubro de 1995, p. 89

<sup>20</sup> CALAZANS, Flávio. *Op.cit.*, p.95 e p.76

<sup>21</sup> Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/1990. Assinada pelo Collor, mas progressista. Seu *caput*: "A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal"

<sup>22</sup> CALAZANS, *Op.cit.*, p. 73: "a Globo chega a criar um completo departamento de *merchandising*, a Apoio"

<sup>23</sup> ROTH, André-Noël. *O direito em crise: fim do estado moderno*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, s.e. — São Paulo: Malheiros; 1996, p. 21

<sup>24</sup> Leia-se no Código Civil, Lei nº 3071/1916, o artigo 92: "Os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa."

<sup>25</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, Iº vol - Parte Geral — 8ª edição, revista e ampliada — São Paulo: Saraiva; 1971, p. 202. Só uma indagação: Washington é nome de brasileiro?

<sup>26</sup> SEARLE, John R. *Intencionalidade*. Tradução: Julio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes; 1995, p.14

<sup>27</sup> BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. Conferência pronunciada na Universidade de Oxford em 31 de outubro de 1958 e publicada pela Clarendon Press no mesmo ano. Também presente em *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Respectivamente as três citações de, p. 142,136e146

<sup>28</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica* s.e. — Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris; 1989, respectivamente, p.23 e p.21-2

<sup>29</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica* *Op.cit.*, o organizador além de um texto, também escreveu uma introdução para o livro, a citação está nela, p. 9

<sup>30</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática ...* *Op.cit.*, p. 24

<sup>31</sup> MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª edição — Lisboa: Estampa; 1989, p. 70

<sup>32</sup> MAIA, Antônio C. *"Sobre a analítica do poder de Foucault"* p.83-104 In: *Tempo Social*, Rev.Sociol. -- São Paulo: USP; outubro de 1995, p. 88 citando FOUCAULT, Michel *L'impossible prison, recherches sur le système pénitentiaire au XIX siècle*. Paris: Seuil; 1980, p.187

<sup>33</sup> STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea* Trad. Edwino Royer Vol. 2 - São Paulo: EdUSP; 1979, p.2