

QUANDO A PUBLICIDADE E O PROGRAMA SE MISTURAM NA TV ABERTA: O CHAMADO “PRODUCT PLACEMENT” NA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA DEVE SER PROIBIDO?

Leonardo Martins*

“Product placement” é uma prática muito difundida na economia da comunicação social. Hoje, ela já compõe uma parte significativa do financiamento de programas televisivos. Bastante em voga em muitos países, principalmente nos EUA, vem se impondo cada vez mais nas últimas décadas. Também o mercado publicitário televisivo brasileiro vem aderindo a ela há aproximadamente dez anos.

Trata-se da troca, por dinheiro ou outras vantagens econômicas, da integração do nome, produto, embalagem, serviço ou logotipo de algum artigo de mercado ou empresa na programação televisiva, sem que o destinatário da publicidade possa considerá-la invasiva ou entediante, como geralmente acontece na recepção dos spots publicitários tradicionais dos intervalos comerciais. Produz-se esse efeito, conforme estudos já comprovam, quando o telespectador não percebe a publicidade como tal.

Existem várias formas mais ou menos amenas do *product placement*. Na mais radical delas, mesmo o telespectador mais crítico é incapaz de perceber a inserção publicitária na programação. Por exemplo, distingue-se entre o *product placement* em sentido estrito - caracterizado por um destaque exagerado e perceptível pelo telespectador mediano de uma marca de produto inserido na trama, como a marca do automóvel do protagonista que reforça a forma visual de inserção com construções de diálogos *taylor made* - e o chamado *On-Set-Placement*, caracterizado por um sutil destaque da marca de um produto em frente à camera em momentos estratégicos.

O desenvolvimento deste fenômeno econômico e de *management* da empresa de radiodifusão tem causas muito claras.

* Prof. Dr. iur. Leonardo Martins, LL.M. é professor de direito constitucional e direitos fundamentais na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), doutorado pela *Humboldt-Universität zu Berlin* (HUB), Alemanha. Atualmente, é fellow da Fundação *Alexander von Humboldt* (AvH) junto ao *Erich Pommer Institut* (Direito das Mídia / Economia das Mídia) da Univ. Potsdam (EPI), Alemanha. Autor, entre outros, de “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais” (com *Dimitri Dimoulis*, RT, 2007), atual ganhador do 2º Prêmio *Jabuti* na categoria “Melhor Livro de Direito de 2007”. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

Primeiro, os envolvidos no processo de financiamento das produções televisivas, movidos pela comezinha busca de maximização dos resultados empresariais, começaram a recorrer à inserção de mensagens publicitárias, mais ou menos sutis, subliminares ou “encobertas” no bojo da programação. Para tanto, inspiraram-se no que já ocorria no cinema há muito tempo. Só para mencionar alguns clássicos e bem sucedidos casos de *product placement* no cinema internacional, lembre-se da série de filmes sobre a personagem *James Bond*, além do Filme E.T., responsável pelo aumento entre 60 e 75% dos lucros da fábrica de chocolates americana *Hershey’s*, cujo produto introduzido no filme, o “Reese’s Pieces Candy”, era usado pelo menino *Elliot* para atrair a presença do extraterrestre. Com a intenção oposta de questionar o abuso da prática, vale a pena lembrar do excelente filme “The Truman Show”, de *Peter Weir*, com *Jim Carrey* na papel principal, o primeiro dramático de sua carreira.

Outra causa foi o exponencial e irrefreável avanço da tecnologia da radiodifusão, responsável por um leque muito maior de opções ao telespectador: lembre-se, para ilustrar, quando do início desse processo, do impacto para a uso da TV aberta pelo telespectador mediano causado pelo advento do controle remoto, que veio para facilitar a troca de canal a cada intervalo comercial, para desespero dos anunciantes. As opções abertas ao telespectador não param de crescer em progressão geométrica, principalmente nestes tempos de convergência midiática e revolução digital. Houve uma progressiva exaustão do modelo tradicional de exploração publicitária na TV aberta, sendo que os profissionais da publicidade cada vez mais são instados a desenvolver sua reconhecida veia criativa. Este processo ainda está em pleno curso.

Percebe-se, claramente, que os administradores das empresas de radiodifusão têm e terão sempre pela frente o problema de buscar alternativas para o financiamento daquele que é o seu negócio. O que se afigurou no início como uma alternativa de maximização dos lucros pela exploração publicitária, torna-se paulatinamente substrato de sobrevivência.

A principal fonte de receita das instituições privadas de radiodifusão continua sendo a publicidade. Mesmo os emergentes mercados como o do comércio internacional de formatos televisivos ainda estão longe de superá-la. Todavia, o problema que aflora à primeira vista, é que o telespectador, como aludido, nem sempre é capaz de reconhecer a mensagem publicitária como tal. No caso extremo, há uma total confusão entre ficção e publicidade ou mesmo entre jornalismo supostamente isento e publicidade (inclusive de idéias).

Em ambos os campos do entretenimento e do jornalismo televisivos o *product placement* encerra, para expressá-lo ainda eufemisticamente, um considerável potencial

ofensivo de direitos individuais e/ou coletivos e de uma ordem social midiática que cumpra a função jurídico-constitucional a ela atribuída.

Ausência e necessidade de regulamentação do *product placement* no Brasil

Desse reconhecimento depreende-se o questionamento a seguir. No Brasil, o *product placement*, popular e erroneamente alcunhado de “merchandising”, ainda não foi expressamente proibido. Não obstante, começam a ser ouvidas vozes questionadoras da permissibilidade de uma prática com o mencionado claro e vultoso potencial ofensivo. Além da defesa dos interesses dos telespectadores enquanto consumidores, os quais deveriam ter conhecimento prévio sobre a natureza do programa que estão assistindo, há questões de ordem constitucional, que, presentes algumas condições que não têm como serem aqui aprofundadas, embasariam até mesmo um dever do legislador de cominar a conduta com alguma sanção. A ordem constitucional midiática reforça, no plano normativo, a defesa dos interesses dos telespectadores enquanto consumidores ao assegurar o conhecimento prévio sobre a natureza do que estão assistindo: a uma peça ficcional/jornalística ou publicitária. No último caso, a técnica empresarial do *product placement* geralmente retira do telespectador a distância crítica que teria caso a identificasse imediatamente.

Neste sentido, bastante oportuna e profícua a atuação da ONG “Intervozes”, que realizou audiências públicas e há pouco publicou uma sistematização de vários aspectos sócio-políticos relevantes por ocasião da discussão sobre a renovação da concessão de exploração da radiodifusão pelas principais instituições privadas brasileiras na área. “Intervozes”, como muitas outras entidades da mesma natureza, é necessariamente parcial, sendo esperável e salutar que o seja. Da perspectiva objetiva regulatória, no entanto, quando se busca um modelo regulatório compatível com a ordem constitucional midiática vigente, tem que se levar em consideração, por assim dizer, também o “outro lado do balcão”.

Assim, pode-se criticar, até mesmo com bastante fundamento, a escolha que a sociedade brasileira realizou na década de cinquenta por um sistema privado de radiodifusão. Por certo, essa “escolha” da “sociedade” também se deveu à omissão do Estado brasileiro que não construiu um sistema público (não estatal!) de radiodifusão, como ocorreu em boa parte dos países europeus (modelo BBC de TV pública). Porém, essa escolha é historicamente consolidada e o caminho de volta até existe, mas pressupõe decidido fomento, inclusive por parte das instituições privadas de radiodifusão e dos telespectadores - ou seja, não somente pelo Estado - de uma TV pública que independa totalmente da exploração da publicidade. Num sistema dual de radiodifusão (público/privado), a TV pública assumiria o papel de

vanguarda na busca do cumprimento das metas constitucionais, podendo e devendo sofrer uma bem-vinda e saudável concorrência do sistema privado. O que não se pode ignorar é que, no sistema predominantemente privado (no momento, com investidas estatizantes obtusas), a empresa depende da exploração publicitária que seja eficaz para o cliente, o que é o caso do método de *product placement*, conforme já apontam muitas pesquisas.

Porém, isso não tem o condão de ofuscar o reconhecimento de que, mesmo quando não é enganosa, a publicidade pode exagerar - e, em regra exagera - deliberadamente nas virtudes e qualidades dos produtos e serviços oferecidos. Se o telespectador não estiver preparado, sentir-se-á motivado a consumir um produto ou serviço que não consumiria, caso não fosse ele influenciado por uma personagem fictícia com a qual simpatize e que, na ficção, consuma o produto ou serviço, sem que os autores e produtores se preocupem com os liames e justificativas dramaturgicos. Principalmente os telespectadores com menor grau de instrução são os mais atingidos. Aqui, os exemplos são os mais óbvios e o *product placement* nas telenovelas, uma vez reconhecido como tal, pode-se revelar intragável aos olhos do telespectador crítico. Mas, em geral, o telespectador encontra-se numa situação de ludíbrio duplo: tanto a obra ficcional, documental ou jornalística, quanto a informação publicitária são erráticas em razão da combinação - não transparente ao telespectador, consumidor em potencial - entre programação e publicidade. Enfraquece-se ou, melhor, sacrifica-se a peça ficcional, documental ou jornalística em prol de uma inserção publicitária, não reconhecível como tal pelo telespectador.

Experiências nacionais e comunitária europeias

Na Europa em geral, e especialmente na Alemanha, as formas mais intensas do *product placement* são vedadas e a argumentação gira justamente em torno da criação de uma ordem social dos meios de comunicação social que seja compatível com seus fundamentos normativo-constitucionais. Em face destes, fala-se, em termos técnicos, no “conteúdo jurídico-objetivo” da liberdade de radiodifusão. Este corresponde a preceitos co-genitores de uma televisão capaz de assumir um papel relevante no contexto do processo político democrático, repercutindo, de maneira equilibrada, as principais correntes sócio-político-ideológicas encontradas na sociedade. Só assim o processo legislativo tocado pelos seus representantes é capaz de encerrar legitimação democrática material.

O *product placement*, ao representar uma tomada decisiva de influência da indústria publicitária na programação, implica também, quando ilimitado ou não regulamentado, um retrocesso na busca da concretização de uma ordem midiática, que pudesse ser considerada compatível com os princípios constitucionais para ela predeterminados.

Até mesmo o entretenimento, que também cumpre sua função social e política, podendo refletir ideais midiático-constitucionais - tais como o fomento do pluralismo e diversidade na televisão -, acaba sendo comprometido pelas (cada vez mais) frequentes e indisciplinares inserções publicitárias na programação.

Não faltam exemplos de regulamentação relativamente bem sucedida na Europa, tanto no âmbito da União Europeia (UE), quanto no plano nacional. Na Alemanha, o § 7, III do Estatuto Interestadual da Radiodifusão firmou o princípio da separação de publicidade e programação e o § 7, VI, proíbe a “Schleichwerbung”, a publicidade insidiosa e/ou não perceptível pelo telespectador.

Em Portugal, onde o *product placement* é também uma realidade da televisão aberta há pelo menos uma década, houve um grande debate suscitado pela aprovação da Diretiva Europeia alcunhada “Televisão Sem Fronteiras”, em novembro de 2007. A intenção liberalizante da diretiva europeia parece, paradoxalmente, ter suscitado o espírito crítico dos lusitanos em relação à prática. Todavia, segundo uma página publicada no site da RTP (www1.rtp.pt/noticias/index.php?article=313844&visual=26&rss=0, último acesso em 15/12/08), “os representantes da indústria dos media em Portugal defenderam hoje, numa reunião do conselho consultivo da Entidade Reguladora da Comunicação Social, que os problemas relativos à chamada publicidade encoberta (‘product placement’) sejam resolvidos por via da auto-regulação.”. Por sua vez, juristas especialistas e demais estudiosos dos chamados “Direito e Economia dos Media” propugnam por um sistema de co-regulação ou, na expressão anglo-saxã, de “regulated self-regulation”, ao qual me filio, por não excluir a possibilidade de intervenção estatal caso a auto-regulação fracasse em relação aos propósitos constitucionalmente predeterminados.

Certo é que a UE criou várias exceções à regra da proibição de *product placement*, mas a manteve na “Diretiva Sobre Serviços Audiovisuais de Comunicação Social (Media)”, em seu art. 3g, segundo o qual: “Product placement shall be prohibited” (“É vedado o *product placement*”). Na Alemanha, várias publicações acadêmicas dos últimos meses e até *essays* publicados na grande imprensa ocupam-se com a questão sobre como tal diretiva, promulgada em 11 de dezembro de 2007 (*Directive 2007/65/EC ‘Audiovisual Media Services’ Directive*), deva ser concretizada na legislação nacional até 19 de dezembro de 2009.

Necessário debate com vistas à regulamentação

Um amplo debate em torno da regulamentação específica do *product placement* é urgente também no Brasil, pois não se pode esperar da casuística implícita nas ações de órgãos do MPF ou da sociedade civil organizada a solução para esta relevante questão da ordem social midiática, inobstante, evidentemente, o relevante papel de tais atores. Acontece, porém, que estes buscam a tutela jurisdicional com fundamentos mais ou menos difusos, suscitando uma jurisprudência de natureza semelhante. Homens e mulheres de boa vontade passam pela cena sócio-política de maneira muito mais célere do que se deseja. De outra feita, um sistema midiático pautado num modelo consistente tem maior fôlego, além de contribuir decisivamente para a estabilização de expectativas sociais em longo prazo.

O debate deverá levar em consideração, de um lado, os direitos fundamentais envolvidos das empresas e, de outro, dos telespectadores, na sua diversidade. Deverá ser instruído com estudos minuciosos sobre os potenciais ofensivos das diversas formas de *product placement* e da intensidade da intervenção na liberdade de radiodifusão das empresas televisivas.

Tais estudos deveriam classificar os variados fenômenos de *product placement* na televisão aberta de acordo com sua nocividade em face dos direitos e bens jurídicos constitucionais envolvidos. Deve-se partir de prognósticos quanto ao resultado do uso de meios interventivos estatais que levem em consideração, a um só tempo, de um lado, o critério da proporcionalidade, ou seja, a busca dos objetivos específicos a serem perseguidos pela legislação (alguns dos quais expressamente predeterminados nos art. 220 e seguintes da Constituição Federal brasileira) e, de outro, as liberdades de radiodifusão atingidas que devem ser poupadas ao máximo. Isso porque, além de também serem titulares de direitos fundamentais de comunicação social, as empresas de radiodifusão não podem sofrer intervenções e limites às suas liberdades que se configurem como inadequados aos legítimos propósitos perseguidos pelos órgãos reguladores (configuradores dos mesmos art. 220 e seguintes, Constituição Federal), ou que onerem suas liberdades além do necessário.

Como uma ordem constitucional da comunicação social leva em consideração, de forma equidistante, a complexidade do sistema econômico midiático e todos os demais direitos fundamentais dos telespectadores e outros bens jurídico-constitucionais envolvidos, o debate há de ser intermediado pelas competentes autoridades científicas.