

PUBLICIDADE & CONSUMO

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, ÉTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR

“Em nosso sistema jurídico temos leis que controlam, em alguns setores, a liberdade de expressão na sua realidade objetiva. Já os advogados e as partes têm o dever de lealdade processual, proibindo-se que intencionalmente a verdade dos fatos seja alterada, adulterada, diminuída, aumentada etc. Esse dever de lealdade, em todas as esferas do Direito, é a ética fundamental da verdade imposta a todos.”

■ POR RIZZATTO NUNES

Um dos grandes problemas do consumidor na sociedade capitalista é a sua dificuldade em se expressar e se defender publicamente contra tudo o que lhe fazem de mal. Se é enganado, sofre um dano etc., tem de recorrer aos órgãos de proteção ao consumidor ou contratar um advogado. É verdade que, com as redes sociais virtuais e o surgimento de *sites* de reclamações, aos poucos ele vai encontrando um caminho para demonstrar sua insatisfação com os produtos e serviços adquiridos, e também contra toda forma de malandragem perpetrada por muitos fornecedores. Mas ainda é pouco diante do “poder de fogo” de empresários que se utilizam de todas as maneiras de comunicação existentes no mercado, tais como publicidade massiva na TV, rádios, jornais e revistas, que fazem promoções milionárias constantemente, servindo-se de mídias integradas e de artistas e esportistas famosos

para divulgar seus produtos (em profissionais ou por meio de *merchandising* e participação em anúncios). Enfim, é mesmo uma luta desproporcional!

Alguns fornecedores não só dizem que seus produtos e serviços são maravilhosos – o que nem sempre se constata – como se apresentam como “bonzinhos”, cumpridores de seus deveres e paladinos da justiça e da ética. Quem diria?!

Há, inclusive, uma associação de empresários, organizada para combater “consumidores que não são éticos”, e que divulga uma série de anúncios sobre o assunto, muito interessantes. Um deles diz: *“Quantas vezes você já ouviu alguém dizer que o Brasil não tem jeito, que ética é uma dessas coisas que não vingam por aqui e que o País nunca vai mudar. Tem muita gente que vive repetindo isso. Mas, se você reparar bem, são as mesmas pessoas que compram produtos piratas, produtos sem nota, produtos de procedência duvidosa. Pois é, enquanto a* ▷

gente não mudar, o Brasil não vai ter jeito mesmo. Ético. É assim que a gente deve ser”.

Éticos. É mesmo. **Todos** devem ser!

Ética significa tomar a atitude correta, isto é, escolher a melhor ação a tomar ou conduta a seguir. Uma pessoa ética tem bom caráter, busca sempre fazer o bem a outrem. No sistema jurídico – necessariamente ético –, pode-se identificar uma série de fundamentos ligados à ética, tais como o da realização da justiça e a boa-fé objetiva (regra de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica e que é composta, basicamente, pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade; um *standart*, um modelo a ser seguido).

Na sequência, mostro, então, um dos vários pontos em que os fornecedores estão muito longe de uma conduta ética. Falarei um pouco sobre a publicidade¹.

Muito bem. A liberdade de expressão é uma das mais importantes garantias constitucionais. Um dos pilares da democracia. Falar, escrever, expressar-se é um direito assegurado a todos. Mas esse direito, entre nós, não só não é absoluto, como sua garantia está mais atrelada ao direito de opinião ou àquilo que para os gregos, na Antiguidade, era crença ou opinião (“*doxa*”). Essa forma de expressão aparece como oposição ao conhecimento, que corresponde ao verdadeiro e comprovado. A opinião ou crença é mero elemento subjetivo.

A democracia dá guarida ao direito de opinar, palpitar, lançar a público o pensamento que se tem em toda sua subjetividade. Garante também a liberdade de criação.

Mas, quando se trata de apontar fatos objetivos, descrever acontecimentos, prestar informações de serviços públicos ou oferecer produtos e serviços no mercado, há um limite ético que controla a liberdade de expressão. Esse limite é a verdade.

Com efeito, por falar na Grécia Antiga, repito o que diziam: *“Mentir é pensar uma coisa e dizer outra”*. A mentira é, pois, simples assim. Examinando essa afirmação, vê-se que mentir é algo consciente; é, portanto, diferente do erro, do engano, que pressupõe desconhecimento (da verdade), confusão subjetiva do que se expressa ou distorção inocente dos fatos.

Em nosso sistema jurídico temos leis que controlam, em alguns setores, a liberdade de expressão na sua realidade objetiva. Veja-se, por exemplo, a imposição para que a testemunha, ao depor em juízo, fale a verdade. Do mesmo modo, os advogados e as partes têm o dever de lealdade processual, proibindo-se que intencionalmente a verdade dos fatos seja alterada, adulterada, diminuída, aumentada etc. Esse dever de lealdade – em todas as esferas: administrativa, civil e criminal – é a ética fundamental da verdade imposta a todos.

O mesmo se dá no regime de produção capitalista. Com base nos princípios éticos e normativos da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulou expressamente a informação e, também, a publicidade enganosa, proibindo-a e tipificando-a como crime.

No que diz respeito, pois, às relações jurídicas de consumo, a informação e a apresentação dos produtos e

serviços, assim como os anúncios publicitários, não podem faltar com a verdade daquilo que oferecem ou anunciam, de forma alguma, quer por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio: o consumidor. A lei quer que a verdade surja exposta por qualquer que seja o meio e, por isso, determina que o fornecedor mantenha a comprovação dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Aproveito esse ponto para eliminar uma confusão corrente quando se trata de criação e verdade em matéria de relações de consumo: NÃO EXISTE uma ampla garantia para a liberdade de criação e expressão em matéria de publicidade. O artista goza de uma garantia constitucional de criação para sua obra de arte, mas o publicitário não.

Um anúncio publicitário é em si um produto realizado pelo publicitário ou, coletivamente, pelos empregados da agência. Sua razão de existir se funda em algum produto ou serviço que se pretenda mostrar e/ou vender. Dessa maneira, se vê que a publicidade não é produção primária, mas instrumento de apresentação e/ou venda dessa produção. Ora, como a produção primária de produtos e serviços tem limites precisos na lei, com mais força de razão o anúncio que dela fala.

Repito: a liberdade de criação e expressão da publicidade está limitada à ética que dá sustentação à lei. Por isso, não só não pode oferecer uma opinião (elemento subjetivo), como deve sempre falar e apresentar a verdade objetiva do produto e do serviço e as maneiras de uso, consumo, suas limitações, os riscos para o consumidor etc. Evidentemente, todas as frases, imagens, sons etc. do anúncio publicitário sofrem a mesma limitação.

Infelizmente, nada disso impede que haja anúncios publicitários que enganam o consumidor, e com métodos bem antigos. Uma forma bastante usada é o “chamariz”. Este é uma modalidade de enganação que não está necessariamente atrelada ao produto ou serviço em si. Por exemplo, ouve-se no rádio o seguinte anúncio: *“Os primeiros dez ouvintes que ligarem terão desconto de 50% na compra de tal produto ou farão o curso gratuitamente etc.”*. Quando o consumidor liga, ainda que seja logo em seguida, recebe a resposta de que é o décimo primeiro a fazê-lo. Depois recebe o “malho” de venda. Esse tipo de “chamariz” também é usado por meio de malas diretas, anúncios em jornais, na TV etc.

Outro exemplo dessa “técnica” é o “chamariz” da liquidação. Anuncia-se a liquidação, com grandes descontos, e quando o consumidor chega à loja, a liquidação é restrita a uma única prateleira ou estante. Esse método é usado em larga escala. Há lojistas que, em véspera de liquidação,

aumentam o preço do produto para depois, com o desconto, voltar ao preço anterior. E há lojas que ficam em “liquidação” ou “promoção” o ano todo. Existem também produtos que são vendidos de modo que o consumidor nunca saiba qual é o preço, pois, na oferta, sempre consta algum tipo de desconto. É o que se chama “vender descontos”.

Mais outro caso: o consumidor vê na vitrina uma roupa bonita a preço baixíssimo. Entra na loja, pede a roupa, mas há um único exemplar, de tamanho fora do padrão. Ele, então, constrangido, recebe o “ataque” do vendedor, que oferece outros produtos.

O “chamariz” é, portanto, uma maneira enganosa de atrair o consumidor, para que ele, uma vez estando no estabelecimento (ou telefonando), acabe comprando algo. Muitas vezes bem constrangido!

Além disso, é de se considerar algo evidente: o anúncio será enganoso se o que foi afirmado não se concretizar. Se o fornecedor diz que o produto dura dois meses e em um ele está estragado, a publicidade é enganosa. Se apresenta o serviço com alta eficiência, mas o consumidor só recebe um mínimo de eficácia, o anúncio é, também, enganoso. Enfim, a publicidade será enganosa sempre que afirmar algo que não corresponda à realidade do produto ou serviço, de acordo com todas as suas características.

A enganosidade dá-se não só quando se constata a afirmação de uma mentira ou a apresentação de algo falso. Ela ocorre também nas informações malformuladas, inadequadas, insuficientes e toda sorte de fórmulas ocultadoras do real e que acabam por enunciar a intenção do emissor da mensagem. Veja esse exemplo: Um anúncio de sabonete diz que este é capaz de eliminar 99,9% de todos os germes e bactérias. O propósito do emissor é evidente: como ele afirma que 0,1% dos agentes que causam mal à saúde não são eliminados, se por acaso algum consumidor que tenha utilizado o sabonete acabar adoecendo, não poderá acionar o fabricante, porque não foi prometido 100% de eficiência. Os tais 99,9% ficam, portanto, como mais um modo de sedução para a venda do produto (mais uma forma de chamariz!).

As táticas e técnicas variam muito e todo dia surgem novas, engendradas em caros escritórios modernos, onde se pensa frequentemente em como impingir produtos e serviços, mesmo contra a real vontade do consumidor, e também fazendo ofertas que, na realidade, nunca se realizam. São os produtores da mentira dessa sociedade capitalista com pouca ética.

A propósito e para usar o jargão dos próprios empresários, um pouco adaptado: *“Pois é, enquanto alguns fornecedores não mudarem, o Brasil não vai ter jeito mesmo. Éticos. É assim que todos devem ser!”*

NOTA

1 Há muito a dizer sobre a conduta empresarial, como, aliás, tenho demonstrado em meus artigos.



RIZZATTO NUNES é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-Docente em Direito do Consumidor pela PUC-SP. Membro da Academia Paulista de Magistrados e da Academia Paulista de Direito. Autor de diversos livros, dentre os quais *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (Saraiva).

“A liberdade de criação e expressão da publicidade está limitada à ética, que dá sustentação à lei. Por isso, não só não pode oferecer uma opinião, como deve sempre falar e apresentar a verdade objetiva do produto e do serviço e as maneiras de uso, consumo, suas limitações e os riscos para o consumidor. Evidentemente, todas as frases, imagens e sons do anúncio publicitário sofrem a mesma limitação.”



LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL SÓ SE FOR NOS ESTADOS UNIDOS!!

“O excesso de publicidade não tem sido visto pelos consumidores brasileiros como liberdade, mas como violação desta, pelo incômodo que tem gerado. É um cenário completamente diverso daquele discutido na década de 1970, no Estado americano da Virgínia.”

■ POR IGOR RODRIGUES BRITTO

No Brasil, muitos defendem que pessoas jurídicas são titulares do “direito fundamental à liberdade de expressão comercial”. Significaria dizer que, na mesma proporção em que a Constituição Federal determina que os cidadãos brasileiros são livres para manifestar suas opiniões, suas ideologias, suas opções a respeito das ideias discutidas neste país, também garante às empresas a liberdade de fazer publicidade comercial sobre seus produtos e serviços. Como consequência, do mesmo modo com que se criam obstáculos à restrição do direito humano de se expressar livremente, também haveria dificuldades legais para se restringir o tal direito das empresas de fazerem anúncios comerciais.

A ideia de um direito fundamental de liberdade de expressão comercial para as grandes companhias tem servido para dificultar a discussão e a aprovação de qualquer medida judicial ou proposição legislativa que pretenda criar regras de controle sobre a publicidade de produtos e serviços, independente da nobreza dessas iniciativas. Assim, ficam prejudicadas a ampliação das regras de controle sobre publicidades de produtos nocivos à saúde, estratégias de *marketing* já tidas como antiéticas, e qualquer proposição que pretenda proteger consumidores, crianças e famílias contra abusos econômicos perpetrados por meio de discursos publicitários.

Na ordem do momento, surgem à tona os conflitos entre os grandes grupos econômicos e o movimento civil organizado. Em discussão, as propostas legislativas que pretendem criar restrições à publicidade de alimentos não saudáveis (aqueles que, por razões científicas, já se confirmaram como ameaças à saúde dos indivíduos, quando consumidos em excesso e sem a devida informação sobre seus riscos), e à publicidade que se dirige às crianças, claramente se aproveitando de suas condições naturais de hipossuficiência, falta de senso crítico, credulidade, inocência, e de todas as características que atribuem a esse público a proteção especial das normas de direitos humanos.

Com isso, quem se sente mais ameaçada é a indústria de alimentos e bebidas industrializadas. Ao colocar no mercado produtos com excesso de açúcar, gordura saturada, gordura trans, sódio e com baixo teor nutricional, as oportunidades de divulgação dos seus produtos e suas estratégias de estímulo ao consumo destes alimentos restariam diminuídas pelos novos mecanismos de controle. Ao mesmo tempo, como o maior público-alvo destes produtos é aquele que recebe proteção integral e absolutamente prioritária – crianças e adolescentes –, as recentes propostas legislativas criam ainda mais obstáculos à sua divulgação pelos meios de comunicação de massa.

Trata-se de um interesse caro aos anunciantes desses bens de consumo: o desejo de difundirem livremente discursos persuasivos e sedutores sobre seus produtos, sem qualquer intervenção do Estado. Seus defensores invocam o art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”), para determinar que não poderá haver restrição à atividade publicitária, senão quando prevista pelo próprio texto constitucional. Como a Constituinte permitiu expressamente apenas a restrição legal da publicidade de tabaco, medicamentos, terapias, bebidas alcoólicas e agrotóxicos (art. 220, § 4º, CF), para este grupo de pensadores, nenhum outro produto, por mais perigoso que seja, sofrerá restrições.

A ideia de liberdade de expressão comercial, como um direito fundamental das empresas fazerem publicidade de produtos e serviços, não é originalmente brasileira. Desde os anos 1940, o Congresso dos Estados Unidos da América discute se o direito de fazer propaganda comercial está ou não sob a égide da famosa Primeira Emenda (que proíbe limitações à liberdade de expressão). Todavia, o que prevaleceu foi a decisão sobre o caso *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, de 1976. É importante conhecermos essa história.

Naquela época, havia uma norma no Estado da Virgínia que proibia aos farmacêuticos a realização de publicidade sobre preços de medicamentos sujeitos à prescrição médica. A regra se justificava no interesse do poder público local em manter o profissionalismo entre os farmacêuticos. Os infratores estariam sujeitos às penas destinadas às “condutas não profissionais”. A regra foi questionada exatamente por grupos de defesa dos consumidores. Reclamavam que, por haver uma

grande diversidade de preços praticados em toda a região, o exercício da escolha e pesquisa pelo menor preço desses medicamentos era muito difícil sem o auxílio da publicidade dos preços em veículos de comunicação. E a Suprema Corte acabou confirmando a decisão da Corte Distrital da Virgínia: a Primeira Emenda norte-americana garante liberdade tanto ao emissor do discurso como a liberdade dos destinatários da mensagem em recebê-la. Portanto, a opinião da maioria na Corte local (confirmada posteriormente, de forma unânime, pela Superior) era que o direito à publicidade de produtos e serviços se constituía um direito dos empresários e dos consumidores, decorrente da liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda.

Seria, porém, um grande equívoco importá-la para a realidade constitucional do Brasil. Nosso texto é suficientemente preciso ao determinar que a liberdade de expressão não se confunde com a liberdade econômica de promover discursos comerciais. A primeira se concretiza a partir de um direito humano de todo cidadão. A segunda é tão relativa que a própria Carta Constitucional tece uma série de restrições, permitindo, inclusive, o controle público para proteção dos seus destinatários – os consumidores. Tanto assim, que além da restrição expressa a determinados produtos (já mencionados), a nossa Constituição também impõe que lei federal poderá estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º). Isso por si só justificaria restrições à publicidade de qualquer

“Liberdade de informação, expressão e comunicação, no contexto constitucional de 1988, não se relaciona com liberdade de fazer publicidade comercial, que nunca sofreu censura, em momento algum da história das conquistas de direitos no Brasil. Garantir ao discurso publicitário o fundamento da liberdade de expressão constitucional é uma aparente banalização dos direitos humanos.”

produto que seja cientificamente comprovado como não saudável, além da prática de publicidade dirigida às crianças.

Entretanto, a ideia dos publicitários e empresários de uma liberdade de expressão comercial como direito fundamental no Brasil ainda possui o aval de respeitada doutrina constitucionalista.

Considerando o fundamento da República de valorização da livre-iniciativa e do trabalho, e os princípios da ordem econômica, de livre concorrência e de liberdade de desenvolvimento da atividade econômica, a respeitável doutrina afirma que o direito fundamental da livre comunicação comercial se expressa a partir das liberdades econômicas. Com a devida vênia, é necessário tecer algumas críticas com relação a esta fundamentação.

O direito à informação é direito básico previsto no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, é difícil verificar-se na publicidade o dever de informação do fornecedor e o direito à informação do consumidor. E tal dificuldade decorre do próprio conceito de publicidade, que é o de um discurso persuasivo e sedutor.

A função persuasiva, influenciadora ou estimulante da publicidade, impede que ela seja vista como mero meio de informação pura sobre produtos e serviços. Ao contrário do que se defende, a publicidade não se configura como exercício da liberdade do consumidor, mas, essencialmente, de liberdade do fornecedor. E por ter o objetivo de persuadir e formar desejos e vontades dos consumidores a respeito dos produtos e serviços anunciados, a publicidade é capaz de atentar contra a autonomia do indivíduo se não for bem identificada como tal.

A sociedade do consumo é paradigma de um momento de violação de liberdades do consumidor, que se vê privado de escolhas e decisões livres, pelos diversos fatores

que contextualizam a desequilibrada relação de consumo. E a publicidade tem seu papel de destaque na contribuição para a privação das liberdades dos consumidores, na medida em que se convive com um excesso de estímulos de consumo, a partir de discursos comerciais persuasivos e sedutores que invadem todas as esferas da individualidade humana. Neste sentido, a conclusão é quase oposta a que os referidos autores desenvolveram: *a publicidade, ao invés de meio para o exercício da liberdade do consumidor, é quase meio de violação da autonomia deste indivíduo.*

A sociedade demanda, atualmente, menos publicidade. O excesso de publicidade não tem sido visto pelos consumidores como liberdade, mas como violação desta, pelo incômodo que tem gerado. É um cenário completamente diverso daquele discutido na década de 1970, na Virgínia. É claro que os consumidores têm o direito de conhecer o preço dos produtos, e isso significa proteger a liberdade deste grupo. Mas isso jamais poderia significar que as empresas possuem liberdade ampla e irrestrita de fazer publicidade.

Outro argumento que nos parece equivocado é que a tal liberdade de expressão comercial decorre do direito fundamental de liberdade de expressão, estabelecido no art. 5º, IX, da Constituição Federal. Parece muito mais óbvio que a liberdade constitucional de expressão e de comunicação trate do contexto de pluralidade de ideias, crenças, ideologias e pensamentos da sociedade brasileira, cuja expressão e manifestação vinham sendo oprimidas, especialmente por meio de um rigoroso controle público sobre a imprensa nacional. O fluxo livre de informações e de manifestações das ideias e do pensamento, em todas as suas esferas, é condição da democracia e da cidadania.

Liberdade de informação, expressão e comunicação, no contexto constitucional de 1988, não se relaciona com liberdade de fazer publicidade comercial, que nunca sofreu censura, em momento algum da história das conquistas de direitos no Brasil. Garantir ao discurso publicitário o fundamento da liberdade de expressão constitucional é uma aparente banalização dos direitos humanos. Por trás do discurso publicitário não há nada ideológico, cultural, religioso ou intelectual, apenas a vontade de lucrar. Não há qualquer contribuição para a democracia ou para a emancipação do ser humano na mensagem comercial.

Ainda assim, os princípios constitucionais de livre-iniciativa e livre concorrência já sofrem diversas restrições pelo próprio texto constitucional, sob diversas justificativas: dignidade humana, defesa do consumidor, proteção da criança e da família, saúde etc. O constituinte atribuiu estes outros princípios de muito maior peso e que, por isso, funcionam como limitadores das liberdades econômicas. Esta é a razão pela qual a liberdade de fazer publicidade é uma liberdade demasiadamente limitada. ■



IGOR RODRIGUES BRITTO é Professor de Direito do Consumidor na Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Professor Colaborador na Escola Nacional de Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça. Membro do Grupo de Trabalho do Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana. Autor do livro *Infância e Publicidade: proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo* (CRV, 2010). Foi Pesquisador bolsista da Fundação Carolina de Espanha e Pesquisador convidado do Centro de Estudos do Consumo da Universidade de Castilla – La Mancha, no tema “consumo infantil”. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, Pós-Graduado em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra e em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III, de Madri. Advogado de consumidores e de associações civis no Espírito Santo.



LUIZ LARA é Sócio e CEO da Lew'LaraTBWA. Presidente da Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP).

ABAP E A LUTA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

■ POR LUIZ LARA

A Associação Brasileira das Agências de Publicidade (ABAP) nasceu pela iniciativa de publicitários pioneiros, que há 62 anos começaram a levantar a bandeira da liberdade de expressão e a valorizar a atividade de seus profissionais.

Neste início de século, a ABAP se consolidou como a maior organização da área na América Latina e tem suas associadas, presentes em todos os Estados brasileiros, como responsáveis por cerca de 80% do investimento publicitário em mídia, retomando, assim, a liderança nacional nas principais discussões e debates que envolvem o setor.

Em maio de 2010, conquistamos um avanço extraordinário do ponto de vista institucional, com a aprovação da Lei nº 12.232, que regulamenta os parâmetros para a contratação de agências de publicidade em todas as esferas do Poder Público. Bandeira defendida com vigor por toda a indústria da comunicação, esse ordenamento legal traduz uma pronta reação às práticas ilícitas de indivíduos desonestos que, infiltrados no negócio, induziam à crença de que ele estava sob suspeita. Nesse caso, nada mais apropriado do que ter jogado luz sobre os procedimentos e tornadas mais cristalinas todas as contratações.

Outra iniciativa importante da ABAP foi a união com a Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais (APRO) na busca de soluções, em conjunto com a Agência Nacional de Cinema (ANCINE), para os possíveis efeitos diretos e indiretos que a “Ley de los Medios” da Argentina terá sobre o mercado brasileiro de propaganda. De acordo com esta lei, todos os trabalhos que forem ao ar, na Argentina, deverão contar com a participação de 60% de profissionais argentinos.

Vale lembrar que o Brasil tornou-se um mercado-chave para marcas globais crescerem e conquistarem novos consumidores. A força da indústria de comunicação brasileira movimentada 47 bilhões e gera riquezas, empregos e impostos. É necessário, portanto, encontrar soluções que possam atender aos interesses do mercado brasileiro, como um todo, tanto das agências quanto das produtoras de filmes publicitários.

Força Nacional – Representando perto de 2% do PIB e movimentando R\$ 47,5 bilhões, a propaganda brasileira traduz na força desses números o seu significado como propulsora da nossa efervescência econômica. Não por acaso, quando o fantasma da crise mundial era anunciado por aqui, o então Presidente Lula fazia coro com os anúncios, recomendando que os brasileiros continuassem realizando suas compras e consumindo os produtos de sua

preferência. O Brasil não parou porque a propaganda não parou, o consumo não parou e, portanto, a produção não parou, confirmando que o movimento harmônico dessa engrenagem é determinante para a estabilidade do País e a felicidade dos cidadãos.

Reconhecida e premiada em certames nacionais e internacionais, respeitada e admirada pelo consumidor, a propaganda afirma cada vez mais sua condição de componente vital para o exercício de uma imprensa livre e democrática. É através das verbas publicitárias que os veículos de comunicação sustentam sua independência na expressão das ideias, estimulando, assim, uma permanente e vigorosa defesa da democracia.

A Associação Brasileira das Agências de Publicidade (ABAP) confia que a sociedade tem no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal instrumentação suficiente para estabelecer os limites da atividade.

A publicidade brasileira tem um profundo compromisso com a verdade, pois trabalha consciente de que não há julgamento mais rigoroso do que aquele exercido com liberdade pelo consumidor. Apesar do desempenho extremamente positivo, das perspectivas de cenário econômico de crescimento e da realização de grandes eventos, como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, algumas ameaças pairam no horizonte. Em que pese a abertura do setor para o diálogo, adequações a novos momentos e ao fortalecimento do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, são diversas as ameaças à liberdade de expressão comercial – irmã siamesa da liberdade de expressão editorial.

Agências que extrapolam suas funções e produzem “leis” – setores minoritários que tentam impor seus pontos de vista de forma quase messiânica – requerem atenção. Não será pela via do cerceamento de liberdades que caminharemos para um mercado crescentemente maduro e saudável. A ABAP continuará o diálogo com a opinião pública. Participar do aprimoramento das relações institucionais, zelar pela vitalidade do negócio e criar com responsabilidade para milhões de brasileiros devem constituir a pauta da nossa indústria pelos próximos anos. ■

INFLUÊNCIA DA PUBLICIDADE SOBRE AS CRIANÇAS

■ POR TATIANA JEZINI

As crianças são muito suscetíveis ao que se passa à sua volta. Tendem a atribuir um grande poder aos adultos. E é esse poder que faz com que se espelhem nas pessoas de seu contexto familiar e escolar, por exemplo, e aprendam com elas.

Desde cedo, o público infantil é apresentado a um mundo com uma imensa variedade de estímulos, constituindo-se a televisão um dos meios de comunicação mais atraentes. Estima-se que as crianças passem entre duas e quatro horas diárias, pelo menos, diante da TV, assistindo a conteúdos nem sempre compatíveis com a sua capacidade de compreensão ou elaboração. Por isso, muitas vezes se veem envolvidas pela imaginação, apresentando dificuldades em discriminar o que é real daquilo que é fantasia.

Com a publicidade ocorre algo semelhante, já que é papel dos publicitários tornar seus produtos atraentes ao público-alvo. No caso da criança, a magia criada pela utilização de cores, músicas, sons e luzes faz com que ela imagine que determinado brinquedo vai funcionar exatamente como visto na propaganda ou, então, que somente o uso daquele sapato será capaz de torná-la uma bailarina ou, no mínimo, de ajudá-la a dançar melhor.

As crianças acreditam no que a TV transmite, de modo semelhante como creem nos pais e professores, atribuindo poder ao outro, diferente dela e a quem não dominam. Como são dotadas de grande capacidade de imaginação, muitas vezes assumem como possível que algum brinquedo vai mesmo executar os movimentos e funções tal qual na propaganda.

Assim, mesmo que na propaganda impressa esteja escrito em letras miúdas que “os bonecos não se mexem sozinhos” ou que “todas as partes são vendidas separadamente”, a criança espera que os efeitos ou os cenários que ilustram a propaganda sejam trazidos para sua casa, juntamente com os produtos anunciados. E, na maioria das vezes, isso não acontece.

O que fazer então? Seria o caso de proibir a publicidade voltada para crianças, como sustentam algumas pessoas? Não penso que esta seja a melhor solução, por entender que a publicidade é importante, já que é através dela que novos produtos são lançados no mercado e que a população tem acesso a essas

informações, inclusive o público infantil. Cabe, portanto, aos adultos explicar às crianças que nem tudo o que é anunciado na televisão vai funcionar exatamente como elas assistiram, ou, em outras palavras, cumpre-lhes “traduzir” o que é apenas parte da propaganda e o que de fato está sendo vendido. Com isso, estarão ajudando essas pessoas ainda em formação a desenvolverem um senso crítico.

Mesmo assim, é comum as crianças depararem com a frustração ao constatar que a manipulação do produto adquirido é complicada ou, então, que não reproduz aquilo que imaginavam.

Uma queixa comum é que a propaganda incentiva o consumismo infantil. Neste ponto, é importante diferenciar o papel do Estado daquele exercido por familiares e também pela escola. O Estado atua como regulador da atividade midiática, enquanto a família detém o poder parental, cumprindo-lhe, assim, transmitir valores e impor limites aos filhos, principalmente no que se refere ao que deve ou não ser consumido em face do orçamento e da adequação daquele bem às necessidades individuais. À escola, por sua vez, cumpre promover debates acerca da programação televisiva e das diferentes formas de publicidade divulgadas pela mídia, constituindo-se, portanto, peça fundamental na formação de crianças de todas as faixas etárias.

Cabe, porém, aos pais se aproximarem dos filhos ainda em formação, mantendo com eles um diálogo produtivo acerca do conteúdo divulgado pela mídia, o que inclui a publicidade. Enfim, seja o que for, pais e professores devem ficar atentos ao que a televisão, a Internet e outros meios de comunicação levam ao conhecimento das crianças.

Evidente que não é o caso de proibir o acesso das crianças às diferentes formas de mídia, mas de ensinar-lhes como lidar com as informações e estímulos recebidos, de modo que se tornem adultos capazes de discernir entre o certo e o errado, o real e a fantasia, ou mesmo de identificar aquilo que se mostra enganoso. Mas, para isso, é imprescindível a presença ativa de pais, tios, avós, professores, enfim, a atuação de todos os que se encontram inseridos no contexto de vida da criança, quer familiar, quer institucional. ■

PUBLICIDADE DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS A CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO

■ POR ISABELLA HENRIQUES

A Constituição Federal, ao instituir os direitos e garantias fundamentais de todos, homens e mulheres, promove também os das crianças e adolescentes. Seu art. 227 estabelece, de forma específica, o dever compartilhado da família, da sociedade e do Estado de assegurar, *com absoluta prioridade*, a esses sujeitos de direitos autônomos e em peculiar fase de desenvolvimento, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também determina que crianças e adolescentes sejam protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por sua vez, estabelece pormenorizadamente os direitos dessas pessoas e o respeito à sua integridade, inclusive com relação a valores¹. Consagra, ainda, medidas positivas de proteção à infância e à adolescência, responsabilidade coletiva e compartilhada pelo Estado, família e sociedade civil, bem como apresenta a inovadora doutrina da proteção integral, que juntamente

“Pela interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil já é proibida pelo ordenamento jurídico. E a restrição à atividade publicitária não interfere na garantia constitucional de liberdade de expressão.”

com o conceito constitucional de “prioridade absoluta” substancia, hoje, o sustantivo dos direitos e garantias de crianças e adolescentes.

Também garante o Estatuto o pleno acesso à informação, à cultura e a produtos e serviços que sejam adequados às crianças e adolescentes, conforme sua idade e condição de pessoa em especial processo de desenvolvimento.

Cumpra ser ressaltada a ideia do legislador de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, o que pressupõe devam as ações que atingem essas pessoas – praticadas por particulares ou pelo Poder Público – ser levadas a cabo sempre se tendo em vista tal desiderato.

De acordo com o referido princípio, deve-se levar em conta, no momento da aplicação da lei, da criação de políticas públicas voltadas às crianças e aos adolescentes, e de desenvolvimento de ações do Poder Público e privado, o atendimento a todos os direitos fundamentais dessas pessoas, o que inclui uma infância e adolescência livres de pressões e imperativos comerciais.

Não é demais reafirmar que, com a garantia da proteção integral e da primazia do melhor interesse da criança e do adolescente, espera-se que lhes seja proporcionado, com prioridade absoluta, um desenvolvimento saudável e feliz, livre de violências



TATIANA JEZINI é Psicóloga Infantil. Mestre em Psicologia e Especialista em Desenvolvimento Infantil.

e opressões – aí incluídas as diversas formas de exploração econômica –, consoante preconizam o texto constitucional e o Estatuto.

Assim, a exposição da criança – nos termos do ECA, a pessoa até 12 anos de idade – a todas as formas de mídia, deve favorecer o seu pleno desenvolvimento, seja físico, mental ou emocional, mas nunca a prejudicar – o que ocorre quando fica exposta às mensagens comerciais e publicitárias que lhe são dirigidas. Isso porque não tem ela condições de compreender, criticamente, a publicidade² ou mesmo outras formas de comunicação mercadológica³.

Por se aproveitar do desenvolvimento incompleto das crianças, da sua natural credulidade e falta de posicionamento crítico para impor produtos e serviços, a publicidade e a comunicação mercadológica dirigidas ao público infantil restringem, significativamente, a possibilidade de escolha dessas pessoas, substituindo seus desejos espontâneos por apelos de mercado.

Em que pese as peculiaridades inerentes à criança, enquanto pessoa em desenvolvimento, é fato que a indústria publicitária cada vez mais se utiliza de estratégias diversas com a finalidade de

atingir o público infantil, valendo-se do uso de linguagem e personagens infantis, da vinculação do produto ou serviço anunciado a situações ligadas à infância, como momentos de diversão e brincadeiras, entre outras.

Mas o Estatuto da Criança e do Adolescente não disciplina a publicidade de forma específica. Em contrapartida, a Constituição Federal expressamente delega a proteção ao consumidor à lei própria, que é o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

No tocante à publicidade voltada ao público infantil, o CDC determina expressamente, no art. 37, § 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal⁴.

O referido Código não detalha, contudo, os casos em que a publicidade estaria se aproveitando dessa *deficiência de julgamento e experiência da criança*, trazendo apenas esse conceito genérico e carregado de subjetividade, o que acaba permitindo, de alguma maneira, o entendimento por parte do mercado publicitário de que é possível divulgar publicidade para menores de 12 anos.

Não obstante, o fato é que a criança, não tendo condições de compreender a real intenção da publicidade, terá seus direitos e garantias sempre violados ao receber mensagem publicitária que lhe fale diretamente.

Nesse sentido, existem inúmeras pesquisas, pareceres e estudos realizados não só no Brasil, como no exterior, sendo um dos mais relevantes aquele realizado pelo Sociólogo Erling Bjurström⁵, a pedido do Estado sueco, no qual demonstra que pessoas de até 12 anos de idade não têm condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem distingui-las da programação na qual são inseridas, nem tampouco

compreender seu caráter persuasivo, além de misturarem fantasia com realidade.

Dá porque toda e qualquer publicidade direcionada diretamente ao público infantil estará sempre se aproveitando da sua *deficiência de julgamento e experiência*, e, portanto, será sempre carregada de abusividade e ilegalidade.

A publicidade dirigida ao público infantil não é ética, pois, por suas inerentes características, vale-se de subterfúgios e técnicas de convencimento perante um ser que é

“A publicidade dirigida ao público infantil não é ética, pois, por suas inerentes características, vale-se de subterfúgios e técnicas de convencimento perante um ser que é hipervulnerável, incapaz não só de compreender e se defender de tais artimanhas, mas também de praticar atos da vida civil.”

hipervulnerável e mesmo presumidamente hipossuficiente, incapaz não só de compreender e se defender de tais artimanhas, mas também de praticar atos da vida civil, como, por exemplo, firmar contrato de compra e venda.

Ademais, um dos princípios fundamentais que regem a publicidade no País é o da “identificação da mensagem publicitária”, por meio do qual, nos termos do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, *“a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”*.

Haja vista o fato de crianças pequenas, até por volta dos 8 anos de idade, não conseguirem identificar as mensagens publicitárias como mensagens comerciais que são, também por essa razão a publicidade voltada ao público infantil pode ser considerada ilegal.

Dessa forma, pode-se dizer que pela interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil já é proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, mesmo que na prática ainda sejam encontrados anúncios voltados a esse público. E a restrição à atividade publicitária não interfere na garantia constitucional de liberdade de expressão.

Esse, aliás, é o entendimento do ilustre constitucionalista Vidal Serrano Nunes Júnior:

Tratando-se de publicidade dirigida ao público infantil, quer nos parecer que tal disposição seja irrealizável, já que, exatamente por se tratar de um ser em processo de formação, a criança não possui os predicados sensoriais suficientemente formados para a plena inteligência do que seja a publicidade, quais os seus objetivos e de como dela se proteger. [...]



PRIMAC

Assim, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil parece inelutavelmente maculada de ilegalidade, quando menos, por violação de tal ditame legal.⁶

Por isso, é imprescindível que a criança seja preservada do bombardeio publicitário em sua infância, de maneira que possa desenvolver-se plenamente e alcançar a maturidade da idade adulta com capacidade de exercer plenamente seu direito de escolha. Essa limitação à atividade publicitária em nada prejudica a garantia constitucional

à liberdade de expressão, na medida em que publicidade não é expressão do pensamento pura e simples, pois possui finalidade venal. Seu único objetivo é vender produtos e serviços.

Ademais, a liberdade de expressão do pensamento, assim como as demais garantias constitucionais, é passível de limitação, sendo que, no caso, a proteção ao desenvolvimento sadio da infância é bem que merece maior amparo do que a busca de satisfação pecuniária por parte do mercado. ■

NOTAS

- 1 Como se pode notar nos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17, 18 e 53, dentre outros.
- 2 Yves de La Taille in Parecer intitulado *A Publicidade Dirigida ao Público Infantil – Considerações Psicológicas*, elaborado a pedido do Conselho Federal de Psicologia, sobre o PL nº 5.921/01, em tramitação na Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/downloads/ebooks/cartilha_publicidade_infantil.pdf>.
- 3 O termo “comunicação mercadológica” compreende toda e qualquer atividade de comunicação comercial para a divulgação de produtos e serviços, independentemente do suporte ou do meio utilizado. Além de anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio e *banners* na Internet, podem ser citados embalagens, promoções, *merchandising*, disposição de produtos nos pontos de vendas etc.
- 4 Toda publicidade abusiva é ilegal (CDC, art. 37, § 2º), lembrando que assim o será aquela que, nas palavras de Paulo Jorge Scartezini Guimarães, *“ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa”*. In: *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam*. Biblioteca de Direito do Consumidor. V. 6. São Paulo: RT, p. 136.
- 5 In: *Children and Television Advertising*. Report 1994/95:8, Swedish Consumer Agency. Disponível em: <http://www.konsumentverket.se/documents/in_english/children_tv_ads_bjurstrom.pdf>. Acesso em: 27.01.10.
- 6 A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Coord.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 845.



ARQUIVO PESSOAL

ISABELLA HENRIQUES é Advogada. Mestre em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenadora-Geral do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana. Autora do livro *Publicidade Abusiva Dirigida às Crianças*.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PUBLICIDADE DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

“Não pode a expressão publicitária gozar do mesmo *status* das manifestações ideológicas, artísticas, literárias, políticas ou religiosas, pois os valores que justificam a defesa intransigente destas, absolutamente, não estão presentes na mensagem cuja finalidade seja meramente venal. E aqui cabe lembrar que já vigora no Brasil, desde 1996, lei que restringe a propaganda de bebidas de alto teor alcoólico.”

■ POR JOÃO LOPES GUIMARÃES JÚNIOR E ILANA PINSKY

Há algum tempo, no Brasil, o consumo excessivo de álcool por jovens e suas sérias consequências para a saúde pública vêm sendo denunciadas por especialistas, com apoio em estatísticas. Concorrendo com outros fatores – como o preço baixo das bebidas alcoólicas e a facilidade de acesso aos produtos (bem mais de um milhão de pontos de venda no País, abertos constantemente, sem controle efetivo sobre a compra por menores) –, o estímulo exercido pela publicidade é sempre lembrado como um dos grandes responsáveis por essa alarmante situação.

De fato, apesar das negativas da indústria, há vasta literatura científica apontando a influência da publicidade no comportamento de beber dos jovens. Basicamente, as estratégias publicitárias funcionam por associar de forma direta o consumo de bebidas alcoólicas a uma série de imagens e situações atraentes, tornando a mensagem divertida, bonita, erótica. Essa correlação acaba criando memórias afetivas positivas, ou “âncoras”, que são fundamentais em qualquer processo de tomada de decisões.

Veiculada com impressionante frequência em diversos meios de comunicação, a publicidade, em especial a de cerveja, interfere significativamente na liberdade de decisão de adolescentes e jovens adultos, que são mais

influenciáveis. Não é difícil perceber que grande parte das campanhas publicitárias são concebidas para atingir o público juvenil. A partir dessas constatações, a proibição de publicidade de cerveja passou a ser defendida como medida capaz de reduzir os problemas relacionados ao consumo excessivo de álcool pelos jovens. A proposta provocou a reação de alguns publicitários e de associações de mídia, que passaram a denunciar a tentativa de cerceamento de sua liberdade de expressão.

Será que esses setores corporativos têm razão?

Num país que conviveu por tantos anos com um regime autoritário, criamos quase instintivamente a tendência de receber as proibições com desconfiança. Assim, à primeira vista, o cerceamento ou a privação de direitos parecem representar um atentado contra nossas preciosas liberdades civis. Mas, e se Fernandinho Beira-Mar, invocando o princípio da livre-iniciativa, reivindicasse suposto direito à comercialização de cocaína na porta das escolas, sem o risco de prisão? E se caçadores e madeireiros, sob o mesmo pretexto, exigissem supostos direitos de vender livremente animais e madeira de qualquer procedência? Esse hipotético movimento pela liberdade empresarial poderia ainda contar com a adesão de outras vítimas do intervencionismo estatal, como os pedófilos, que são impedidos pelo Estado de adquirir e

vender livremente qualquer material que contenha cenas de pedofilia, e, ainda, os agiotas, cujas práticas financeiras são reprimidas pela polícia.

Essas hipóteses, embora extremas, exemplificam bem a profundidade da intervenção estatal no Brasil, cuja legislação restringe muitos “direitos” de “empresários” em determinados setores da “economia”: em alguns casos, atividades econômicas são punidas com pena de prisão.

A interferência do Estado na economia não é novidade nem arbitraria: é consequência da necessidade de proteger interesses sociais relevantes. E é bem-vinda, como resultado da evolução do Direito, no sentido de conciliar o capitalismo com a promoção do bem-estar social. Ora, como promover a saúde e o meio ambiente, por exemplo, sem limitar ou mesmo proibir determinadas atividades que, comprovadamente, causam doenças ou poluem?

A imposição de algumas restrições às empresas se justificam, portanto, quando orientadas a proteger eficientemente, e na justa medida, interesses sociais valiosos. A lógica é simples: o sacrifício de determinado direito passa a ser aceitável quando resultar na proteção de outro direito considerado mais relevante. As empresas capitalistas não possuem direitos ilimitados; o exercício de cada direito pode ficar legalmente condicionado à preservação de outros direitos individuais ou sociais. A própria Constituição ressalva que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Não é difícil, portanto, compreender, e mesmo aceitar, a justificativa para proibições como as acima referidas, que, aliás, existem em outros países democráticos, como resultado da assunção, pelo Estado, da defesa e promoção de direitos sociais.

Voltemos à propaganda de cerveja. Será que as empresas devem ter direito irrestrito a bombardear crianças e adolescentes com todo tipo de assédio publicitário – que sabemos ser altamente sofisticado e persuasivo –, quando existem

argumentos consistentes demonstrando a gravidade dos problemas de saúde pública causados pelo álcool e a influência da publicidade sobre esses consumidores? Será que interesses empresariais devem, neste caso, se sobrepor a interesses de saúde pública?

Nesse debate, a liberdade de expressão – comercial – é invocada por publicitários indevidamente¹. É mais que legítimo o questionamento profundo de toda e qualquer proibição. A sociedade deve mesmo fiscalizar e denunciar eventuais excessos do Estado, porém sempre de forma isenta e honesta, sem recorrer a argumentos falaciosos ou diversionistas.

O direito de se expressar através da publicidade – como ocorre com todo direito – está sujeito a limites para impedir abusos, e em todos os países democráticos é controlado para proteger direitos, especialmente da população mais jovem. A Suécia, por exemplo, proíbe há anos toda publicidade dirigida às crianças.

Ainda que se reconheça a importância da publicidade, não pode a expressão publicitária gozar do mesmo *status* das manifestações ideológicas, artísticas, literárias, políticas ou religiosas, pois os valores que justificam a defesa intransigente destas, absolutamente, não estão presentes na mensagem cuja finalidade seja meramente venal. E aqui cabe lembrar que já vigora no Brasil, desde 1996, lei que restringe a propaganda de bebidas de alto teor alcoólico, sem que isto represente abalo para o prestígio de nossa Democracia (quem não se lembra do famoso *slogan* que espalhava pelos meios de comunicação de massa o conceito de que beber cachaça era “uma boa ideia”?).

O que é inadmissível, numa sociedade verdadeiramente democrática, é a prevalência de interesses econômicos, quando está em jogo a saúde de jovens persuadidos diariamente a consumir bebidas alcoólicas. Pense nisso quando se deparar com discursos pseudoliberalistas financiados por setores corporativos. ■

NOTA

¹ Quanto ao argumento de que a publicidade de cerveja passaria informação relevante sobre seu produto, deixaremos para o próprio leitor sua análise depois de assistir quaisquer das atuais peças publicitárias veiculadas.

JOÃO LOPES GUIMARÃES JÚNIOR é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Atuou como Promotor de Justiça do Consumidor. ILANA PINSKY é Psicóloga. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Estudos do Alcool e outras Drogas (ABEAD).

A PUBLICIDADE, O CONSUMIDOR E A BOA-FÉ OBJETIVA

ANÁLISE INTERDISCIPLINAR

■ POR EZEQUIEL MORAIS

Vivemos uma época de incessante publicidade, a qual nos alcança através dos vários meios de comunicação. É preciso, portanto, aperfeiçoar os mecanismos de defesa do consumidor em um período de tempo razoável, a fim de que os direitos consumeristas não venham a se tornar obsoletos. Nesse contexto – e para tanto – destinaremos as linhas seguintes à análise do conceito de publicidade, do direito do consumidor à plena e correta informação, e, por fim, do princípio da transparência e das consequências da publicidade enganosa ou abusiva.

CONCEITO DE PUBLICIDADE

Em geral, a publicidade é tida como um meio de veiculação de oferta com o propósito de promover ideias e incentivar a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço. Embora não tenha sido objeto de definição pelo legislador, preferimos considerar a publicidade no amplo sistema do Código de Defesa do Consumidor (CDC), isto é, como a arte de criar no consumidor a necessidade de consumir, pois, via de regra, não se limita à mera divulgação de um produto ou serviço.

CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O referido Código, editado em 5 de maio de 1980, regulamenta as normas éticas aplicadas à publicidade, valendo lembrar que esta, quando veiculada de modo suficientemente preciso, vincula e obriga o fornecedor de produtos ou serviços (art. 30 do CDC).

Assim, na esteira da evolução doutrinária e jurisprudencial, abriu-se a oportunidade para leituras inéditas de novos princípios como os da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, e a releitura de antigos, como o da força obrigatória dos pactos – *pacta sunt servanda*. Todavia, não podemos esquecer que a informação sobre os dados referentes aos produtos e serviços oferecidos é direito básico do consumidor, consagrado no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, como preveem os congêneres francês e argentino.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade é regida pelos seguintes princípios: (i) *obrigatoriedade do cumprimento ou vinculação contratual da publicidade* (arts. 30 e 35) – a campanha publicitária obriga o anunciante a cumprir a oferta veiculada; (ii) *identificação da publicidade* (art. 36, *caput*) – veda a publicidade clandestina, subliminar e anônima; (iii) *veracidade* (arts. 31 e 37, §§ 1º e 3º) – obriga a

apresentação real do serviço ou produto anunciado; (iv) *transparência* (art. 36, par. ún.) – deve a publicidade fundar-se em dados técnicos e científicos que comprovem a realidade fática da informação veiculada; (v) *não abusividade* (arts. 31 e 37, § 2º) – a peça publicitária deve preservar os valores éticos, morais e ambientais definidos na Constituição Federal e no CDC; e (vi) *inversão do ônus da prova* (arts. 6º, VIII, e 38) – ligado à ideia de facilitação da defesa do consumidor em juízo, quando se tratar de hipossuficiência.

DIREITO À INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

O direito à informação (arts. 4º, 6º, II, III e IV, e 51, IV, § 1º, do CDC) está ligado ao princípio da transparência (arts. 31 e 46) e ambos integram, na interdisciplinaridade com o direito civil, o princípio da boa-fé objetiva (arts. 113 e 422 do CCB). Nesse sentido, a *mens legis* (intento da lei) e a *mens legislatoris* (vontade do legislador) que regem tais normas devem ser analisadas sob o enfoque constitucional e consoante as cláusulas gerais contidas no CDC, pois apresentam vantagem sobre o casuísmo ao “tornar possível a regulação de um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser previstas ao tempo da edição da lei respectiva”.¹

Em outras palavras, o princípio da transparência e o dever de informação revelam-se essenciais em uma relação consumerista. José de Oliveira Ascensão, Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, anota que “Contratamos porque as circunstâncias são assim, e a variação destas repercute sobre o vínculo assumido”.² Portanto, a fase pré-contratual, a vontade e a base negocial (negócio jurídico + realidade) estão intimamente ligadas. A superveniente dissociação ou modificação de qualquer uma delas, alterando por demais as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, resulta em traumas que podem ferir a equidade e a dignidade do consumidor.

O DIREITO À INFORMAÇÃO NA FRANÇA, NA ARGENTINA E EM PORTUGAL

O Código de Consumo da França (*Code de la Consommation* – Lei nº 93-949/93) estabelece em seu art. 111-1 que “todo vendedor profissional de bens ou prestador de serviços deve, antes da celebração do contrato, colocar o consumidor em situação de conhecer as características essenciais do bem ou serviço”.³ (Tradução nossa.)

Igualmente, o Código de Defesa do Consumidor da Argentina (*Defensa del Consumidor* – Lei nº 24.240/93) dispõe: “4º. – *Información*. *Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos*”.⁴

Já em Portugal, o direito consumerista está previsto na Constituição, que no tocante à publicidade assim dispõe: “Art. 60º. [...] 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa. [...]”.⁵

PROIBIÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA OU ABUSIVA

Como visto, vários sistemas jurídicos repelem a publicidade enganosa e/ou abusiva. O nosso CDC, que tem base constitucional, também é claro ao proibir tal prática (art. 37).

A Constituição de 1988, por sua vez, dedicou capítulo específico à Comunicação Social, no qual se insere a publicidade (arts. 220 e 221), que deve observar a verdade e a ética sempre que promover um produto ou serviço. Assim, a divulgação de dados inexatos, a manipulação de frases, sons e imagens visando induzir o consumidor em erro, e a discriminação de qualquer natureza (incitação à violência, exploração do medo e da superstição, por exemplo) são formas de publicidade enganosa ou abusiva, tipificadas como crime (arts. 68 e 69 do CDC).

O Código de Ética dos Profissionais da Propaganda denomina de “propaganda” a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou ideia, visando a orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido. Já a publicidade pautada na ética e na boa-fé tem por finalidade a difusão de ideias sadias com vistas ao desenvolvimento econômico e tecnológico do País (art. 4º, III, do CDC). Caso essas diretrizes não sejam observadas, configura-se a publicidade enganosa ou abusiva, pois, fatalmente, o consumidor será induzido em erro (teoria do erro substancial).

Na seara do direito comparado, a Itália – tal como o Brasil – passa por um frenético período de produção normativa. A par de importantes mudanças, veio a lume o Decreto Legislativo nº 206/05, que instituiu o *Codice del Consumo*, do qual cabe destacar o item 2, que assim

dispõe: “Aos consumidores e aos usuários são reconhecidos como fundamentais os direitos: [...] c) à informação adequada e à correta (honesto, exata) publicidade; [...]”.⁶ (Tradução nossa.)

CONSEQUÊNCIAS DA PUBLICIDADE ENGANOSA OU ABUSIVA

O “erro de consumo” ocorre quando o consumidor, por influência de uma publicidade enganosa, pratica um ato de consumo que não realizaria se conhecesse as exatas características do produto ou do serviço. Portanto, sempre que a publicidade for capaz de induzir o consumidor em erro, mesmo que não tenha sido esta a intenção do anunciante, fica caracterizada a ilicitude da publicidade. Independentemente de dolo ou culpa, há ferimento da boa-fé objetiva.

Os casos mais comuns de publicidade enganosa ou abusiva são gerados por afirmações falsas ou ausência de dados essenciais sobre o produto ou serviço. Contudo, a omissão, por si só, não tem o condão de configurar como enganosa uma publicidade; é necessário que o consumidor seja induzido em erro.

E a quem caberia a responsabilidade pela veiculação de publicidade enganosa ou abusiva? O principal responsável é o anunciante, tendo em vista que é ele quem contrata o publicitário ou a agência para produzir a campanha que, posteriormente, será divulgada pela mídia. Em síntese, o anunciante se equipara ao fornecedor (art. 3º do CDC) e, por isso, tem o dever de vigilância sobre o conteúdo da publicidade e não a empresa de comunicação.

Vale lembrar que a atividade de propaganda ou publicidade compreende, entre outros, o anunciante (cliente), a agência de propaganda e de publicidade, os veículos de propaganda (jornais, revistas, rádio, TV, exibidores de cartazes) e seus representantes, e o corretor (indivíduo que funciona como intermediário da publicidade remunerada e tem registro no veículo de propaganda).

ALTERAÇÃO UNILATERAL DO BRIEFING

Denomina-se *briefing* o conjunto de dados fornecidos pelo anunciante para orientar a agência de publicidade na elaboração da propaganda. Em outras palavras, trata-se de um relatório com a descrição da marca ou empresa (problemas, oportunidades, objetivos e recursos), que se constitui a base do processo de planejamento de uma campanha publicitária. Precisa ser objetivo para ter eficácia, já que erros, omissões ou excesso de informações podem comprometer os investimentos de tempo e dinheiro feitos na campanha publicitária.

No caso de inobservância das especificações do *briefing* pela agência contratada, o anunciante pode responsabilizar os publicitários por eventuais danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI), independentemente de dolo ou culpa. Via de regra, a responsabilidade tem natureza objetiva, seja por inadimplemento contratual, acidente de consumo ▷

(fato do produto ou serviço – art. 12), vício do produto ou serviço por inadequação (art. 18), ou até mesmo pela veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (art. 37).

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DIVULGAÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA

Exemplo de publicidade enganosa é a omissão de informações essenciais sobre a oferta de serviços turísticos, induzindo o consumidor em erro, por exemplo, acerca da existência, no estabelecimento hoteleiro, das condições de conforto exigidas para a classificação oficial (arts. 6º, III e IV, e 37, § 1º, do CDC). Importa dizer que somente se pode considerar o consumidor vinculado a um contrato se lhe for dada completa e prévia informação acerca dos seus direitos e deveres na relação de consumo, e também sobre as reais características do produto ou serviço.

Além disso, recorda-se que qualquer dano advindo de uma relação de consumo é indenizável de modo objetivo, ou melhor, é desnecessária a discussão sobre a intenção (dolo) ou culpa do fornecedor de produtos ou serviços. Em resumo, as pessoas expostas à publicidade são consideradas consumidoras (art. 29 do CDC) e têm o inquestionável direito à indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva.

Na moldura que ora se descortina, é necessário frisar que a publicidade enganosa ou abusiva, mesmo depois de cessada a sua veiculação, continua a produzir efeitos, pois passa a fazer parte da memória das pessoas em eventual e futuro ato de consumo (é o caso da mídia impressa). Por tal motivo, o CDC prevê a figura da contrapropaganda (arts. 56, XII, 60 e 83), que tem a função de desfazer esse resultado através da divulgação de mensagem capaz de anular o conteúdo anterior.

ÔNUS DA PROVA, BOA-FÉ OBJETIVA E DEVER DE INFORMAÇÃO

A mensagem publicitária deve veicular informações exatas sobre a composição e a finalidade do produto ou

serviço anunciado e também acerca dos riscos envolvidos em sua utilização. Por isso, entendemos que a norma ínsita no art. 38 (“o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”) visa proteger tanto o consumidor quanto o fornecedor de produtos ou o prestador de serviços e, de igual modo, a empresa de publicidade e o veículo de comunicação, mas desde que o *briefing* não seja alterado sem autorização do anunciante.

Em síntese, não basta ao anunciante veicular a verdade; é necessário provar. O legislador reforçou tal diretriz ao criar um tipo penal pelo não cumprimento das determinações do parágrafo único do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor (“*Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena – Detenção de 1 [um] a 6 [seis] meses, ou multa*”).

Continuando, nota-se que a inversão do ônus da prova prevista no art. 38 do CDC não é discricionabilidade do juiz, pois refere-se a dois pontos cruciais da publicidade: veracidade e correção. Por conseguinte, neste caso, o ônus da prova poderá ser invertido como *regra de instrução* ou *de julgamento*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os novos direitos delineados pelo CDC e pelo CCB têm raízes profundas, surgidas a partir dos princípios da transparência, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva – três das mais importantes cláusulas gerais. Ocorre que, em plena época de contratos de adesão, afirmam-se praticamente impossíveis a correta e completa informação, a transparência e a discussão de cláusulas contratuais. Esses fatos, por si sós, repelem a equidade e a liberdade contratual, colocando-se o consumidor em posição de inquestionável inferioridade.

Em última análise, não se pode perder de vista que os pactos devem primar pela solidariedade, pelo equilíbrio das prestações, pelos valores sociais, econômicos e morais, e, primordialmente, pelo respeito ao consumidor e à dignidade da pessoa humana. 

SUBTRAÇÃO DE ÓRGÃOS HUMANOS

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

O progresso incessante das pesquisas médicas, a instrumentalização médico-cirúrgica, a formação de equipes altamente especializadas, a busca de novas alternativas para minorar, estabilizar e até mesmo curar muitas moléstias que afligem a humanidade colocam em relevo o corpo humano, transformando-o numa fonte inesgotável de repositório de tecidos e órgãos. Um corpo humano doador e outro receptor, através do ato cirúrgico denominado *transplante*, que insere no organismo hospedeiro um órgão ou tecido doado. É a nova medicina que, se de um lado, surge como destruidora de um órgão doente, de outro, triunfante na sua funcionalidade, ressurgue como substitutiva e reconstrutiva.

A primeira leitura que se faz da “feitura” do ser humano vem do relato bíblico:

Então, o Senhor Deus fez cair pesado sono sobre o homem, e este adormeceu: tomou uma de suas costelas, e fechou o lugar com carne. E com a costela que o Senhor Deus tomara ao homem, *fabricou* uma mulher, e lhe trouxe.¹

O verbo “fabricar”, empregado pelo autor bíblico, chega a ser um pouco severo, assim como sem explicação científica a utilização da costela para fazer nascer outro ser humano, mas, por ser uma obra divina, a aceitação é indiscutível. A explicação provável foi dada por Heinrich Krauss:

Na utilização da “costela” como matéria-prima ocorre, possivelmente, um trocadilho que se perdeu já na língua hebraica (e nas línguas modernas), mas na forma primitiva da história foi mantida. Na escrita cuneiforme suméria, o sinal para “costela” é idêntico ao de “vida”²

Poder-se-ia aproximar-se do pensamento de Mary Shelley, criadora de Frankenstein³, obra escrita entre 1816-1817 que, apesar de batizada como gênero de horror, relata a “construção” de um ser humano, malsucedida por sinal, porque o criador busca a morte da criatura.

Nem Aldous Huxley, na obra publicada em 1932⁴, que narra um futuro hipotético, em que as pessoas são condicionadas biologicamente, chegou a cogitar sobre a utilização de órgãos humanos para atingir a perfeição de seus personagens. O muito que alcançou foi a descoberta da droga “soma”, que conferia conforto aos cidadãos estressados e depressivos, supõe-se na leitura atual.

Sem falar do visionário Júlio Verne, conhecido por suas aventuras e descobertas científicas, ainda na segunda metade do século XIX.⁵ Viajou para a lua, para o fundo do mar em submarino nuclear e deu a volta ao mundo em oitenta dias, mas nem sequer chegou a cogitar da reposição de órgãos humanos.

Já Machado de Assis, cujo centenário de morte foi comemorado recentemente, com sua sensibilidade descritiva aguçada, mestre da observação psicológica, romântico e parnasiano-realista, fez uma incursão na área do xenotransplante⁶. Pela experiência narrada, 

“Algumas situações, inclusive objeto de proposição legislativa, confrontam com o princípio ético que reveste o ser na sua dignidade e desrespeitam a própria raça humana. O homem continua sendo lobo do próprio homem, na expressão de Thomas Hobbes.”

NOTAS

- 1 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 228.
- 2 Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. V. 2. São Paulo: Método, 2004, p. 168.
- 3 WIEDERKEHR, Georges et al. *Code Civil*. 108. ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 1824-1825.
- 4 GRECO, Roberto Ernesto. *Código Civil de la República Argentina y Legislación Complementaria*. 46. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 1002.
- 5 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa – Lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 46.
- 6 *Codice Civile e Leggi Complementari. Decreto Legislativo nº 206/2005 – Codice del Consumo. Decreto Legislativo nº 146/2007*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2009, p. 1056.



EZEQUIEL MORAIS é autor de várias obras jurídicas, dentre elas *Código de Defesa do Consumidor Comentado* (RT), escrita em coautoria com Fábio Podestá e Marcos Carazai, e *Contratos de Crédito Bancário e de Crédito Rural – Questões Polêmicas*, com Diogo Bernardino (Método). Advogado e ex-Conselheiro da OAB. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Professor em diversos cursos de pós-graduação. Palestrante. Coordenador do IESPE (Instituto de Especialização).

Stroibus e Pítias, dois amigos filósofos e cientistas, descobriram que se a pessoa ingerir o sangue do rato tornar-se-á ratoneira; da coruja, sábia; da aranha, arquiteta; da cegonha e da andorinha, viajante; da rola, fiel no casamento; e do pavão, vaidosa. Tomaram o sangue do rato. Foram presos na corte de Ptolomeu e condenados à morte.

A corporeidade vem a expressar a realidade singular do homem. É ele proprietário de um patrimônio chamado “corpo humano”, detentor de seus atos, administrador deste inesgotável latifúndio, que vem revestido de uma tutela especial que lhe confere personalidade e o torna sujeito de direitos e obrigações, ao mesmo tempo em que é um patrimônio individualizado, mas que carrega a semente universal que irá proporcionar a continuação da humanidade. Numa expressão mais adequada, e atendendo ao conceito hodierno do “homem-corpo”, pode-se dizer que “[...] por corpo entendemos aquela dimensão do Homem em cuja base ele se institui no quadro dos entes empíricos. Neste sentido, é algo que se pode observar e que pode ser alvo de experiências, quer na sua estrutura, quer no seu comportamento. Entenda-se bem: não se trata de uma colocação local, extrínseca, mas radical e original, na qual se define a sua origem e constituição, a sua manutenção, o seu declínio e o seu fim”.⁷

Sem se esquecer dos ensinamentos de Aristóteles, que dedicou grande parte de suas obras à biologia e acrescentou, junto ao corpo, a figura da alma humana, que passa a ser a forma do corpo, querendo afirmar que a alma não pode existir independentemente da matéria. “O corpo ao qual a alma dá forma não é, entretanto, uma matéria qualquer; ele é forma em relação aos tecidos e aos órgãos, sem os quais não seria esse ‘corpo organizado’, ao qual a alma, que é o coroamento de uma hierarquia de formas, vem a dar a vida em ato”.⁸

O Código Civil Brasileiro, no capítulo que trata dos direitos da personalidade, traz a seguinte regra: “Art. 13. *Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.*”

Na sequência, o legislador civil, introduzindo conceitos ditados pela biotecnologia e biotecnologia, como se fosse o Estado coproprietário do corpo humano – e na realidade o é, pois fixa as normas permissíveis, não irá permitir, por exemplo, que o cadáver seja inumado no quintal da casa, como faziam os romanos para cultuar seus antepassados –, autoriza a disposição do próprio corpo *post mortem*, nos seguintes termos: “Art. 14. *É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.*”

A Lei nº 9.434/97, que trata da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano em vida ou *post mortem* para fins de transplante – acrescenta-se ainda que é a norma que define o diagnóstico de morte encefálica –, permite a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do próprio

corpo, desde que a pessoa seja juridicamente capaz. Se incapaz, deverá contar com a autorização de ambos os pais ou responsáveis legais.

A Lei nº 8.501/92, por sua vez, traça regras a respeito de cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, destinando-o às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

A doação de órgãos e tecidos no Brasil é feita *inter vivos*, modalidade em que qualquer pessoa capaz, ou se incapaz, seu representante legal, poderá consentir com a prática, desde que se trate de órgãos duplos (rins, por exemplo) ou partes renováveis do corpo humano, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge, parentes consanguíneos até o quarto grau, ou qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. Sempre e sempre a título gratuito, em razão do disposto no art. 199, § 4º, da Constituição Federal e no art. 1º da Lei nº 9.434/97.

A doação *post mortem*, por seu turno, será efetivada com a autorização do cônjuge ou parente capaz, da linha reta ou colateral até o segundo grau, exigindo a lei que a equipe médica responsável declare a morte encefálica do paciente, em razão da cessação das células responsáveis pelo sistema nervoso central. Permanece, no entanto, o batimento cardíaco, imprescindível para a retirada de órgãos ou tecidos. A Lei nº 9.434/97 definiu o conceito de morte, ajustando-o à falência encefálica e não à vida biológica, regida pelo batimento cardíaco. Os românticos antigos levavam a mão ao peito para vigiar as batidas do coração. Hoje, impera o racionalismo. Sem atividade encefálica, não há vida. De nada adianta, portanto, o pulsar do coração se a vida já abandonou o corpo.

Em ambas as situações, exige a lei que o ato seja representativo da solidariedade humana, o que significa revestir-se sempre de gratuidade. Do contrário, estaria aberta a possibilidade de se realizar comércio com órgãos e tecidos humanos, fazendo com que muitos dos chamados “investidores” sejam atraídos pela banalização da vida. Às vezes, vê-se anúncio em jornais, em que uma pessoa coloca à venda, alegando estado de necessidade financeira, um de seus rins, deixando o endereço para a negociação. E cogitou-se, através de projeto legislativo, possibilitar ao presidiário servir de doador de órgãos e em troca receberia comutação de sua pena. Essas situações, no entanto, confrontam com o princípio ético que reveste o ser humano na sua dignidade e desprestigiam a própria raça humana. O homem continua sendo lobo do próprio homem, na expressão de Thomas Hobbes⁹.

A rigorosa exigência legislativa tem seu fundamento no controle do procedimento médico que, com base no princípio da justiça, proporciona a qualquer pessoa o direito de receber órgãos ou tecidos humanos, independentemente de sua situação financeira. Do contrário, somente os favorecidos teriam acesso ao procedimento regenerativo. Mesmo assim, com tamanha rigidez, o sistema vem sendo burlado e órgãos são desviados para pessoas que não se encontram listadas, ou, se inscritas, não ocupam lugar de preferência.

Para as pessoas leigas, o ato por si só de desviar órgãos humanos constitui crime de furto (art. 155, CP). O verbo “subtrair” fala mais alto e dá conta da realização típica da conduta. Ocorre que o tipo penal faz referência a “coisa alheia móvel” e, principalmente, que seja bem circulante no comércio, com valor estipulado pelas regras da oferta e da procura. Como o órgão humano se constitui bem *extra commercium*, é insuscetível de configurar a conduta típica referida. Para fins de adequação do tipo penal, desloca-se, então, a conduta para o ilícito previsto no art. 211 do Código Penal, *verbis*: “Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou ‘parte dele’”.

“Parte do corpo humano” vem a ser aquela destacada da parte principal, mas que ainda continua sob a propriedade de seu titular, a quem caberá consentir na realização da doação. Portanto, como salienta Maria Helena Diniz, “é possível juridicamente a disposição gratuita do corpo humano de partes renováveis (sangue, medula óssea, pele, óvulo, esperma, fígado), para salvar a vida ou preservar a saúde do interessado ou de terceiro, ou ainda para fins científicos ou terapêuticos”.¹⁰

Ocorre que o tipo penal *sub studio*, remanescente que é da própria origem do Código, tem o elemento subjetivo direcionado para o dolo genérico, consistente em praticar ação que constitui a materialidade do delito, sendo irrelevante o fim pretendido pelo agente. A classificação legal, desta forma, rejeita também a norma do art. 211 do Código Penal.

A Lei nº 9.434/97, que cuida da disposição de tecidos e órgãos do corpo humano, traz elencados nos arts. 14 a 20 vários tipos penais referentes a condutas relacionadas com remoção, compra, venda, transporte, guarda ou distribuição de órgãos humanos, assim como com a realização de transplante ou enxerto, sabendo que as partes do corpo humano foram obtidas em desacordo com o dispositivo da lei.

Na realidade, com uma linguagem mais apropriada, o legislador desconfigurou o verbo “subtrair”, ligado diretamente a um bem com valor econômico e o substituiu por um outro, mais técnico e específico para a atividade ilícita, que é o ato de “remover”. A origem etimológica dá

o sentido de mover para trás, quer dizer, ajeitar para retirar algo de algum lugar, tirar, pegar, suprimir, apartar.¹¹

Por se tratar de uma lei especial, cuidando especificamente de uma conduta humana, há relação de especialidade e, conseqüentemente, a lei especial afasta a incidência da norma geral. É a regra “*lex specialis derogat lex generalis*”. O novo tipo penal passa a ser mais completo e atende prontamente a necessidade legal.

“Considera-se especial (*lex specialis*)” – adverte e ensina Francisco de Assis Toledo –, “a norma que contém todos os elementos da geral (*lex generalis*) e mais o elemento especializador. Há, pois, em a norma especial um *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral”.¹²

O próprio Código de Ética Médica, em seu art. 46, veda ao médico “participar direta ou indiretamente de comercialização de órgãos ou tecidos humanos”.¹³ Compreende este dispositivo o ato cirúrgico da remoção.

Parece-me que, desta forma, para o ilícito que se pretende perquirir, relacionado com a remoção de órgãos humanos, a lei especial traz com sobras definições e condutas tipicamente adequadas, ajustando-se ao pensamento da biotecnologia atual.

O fato narrado pelo noticiário encontra ajustamento típico na legislação penal. Demonstra o interesse desmedido por órgãos, tecidos e partes do corpo humano que, colocados no mercado, atingem considerável soma em dinheiro. É uma verdadeira empreitada criminosa, que conta com a participação ativa de alguns profissionais da saúde, que deveriam zelar, de forma eficiente, pelo processo de captação e inserção dos órgãos, obedecendo, rigorosamente, a listagem dos que se encontram na fila há muito tempo aguardando o procedimento, com preferência àqueles em situação mais precária de saúde.

O ato de doar transcende a própria pessoa humana. Tanto é verdade que, na doação *post mortem*, é vedado escolher o beneficiário. Pode ser qualquer pessoa, desde que figure na lista de espera, inclusive seu inimigo. Aí reside a grandeza do ato. A intermediação desconfigura a espontaneidade, transformando-se o corpo humano em coisa negociável no mercado, cantochão da mediocridade humana. ❏

NOTAS

- 1 Gn 2:21-22.
- 2 In: *O Paraíso: de Adão e Eva às utopias contemporâneas*. Tradução Mário Eduardo Viaro. São Paulo: Globo, 2006, p. 35.
- 3 *Frankenstein or The Modern Prometheus* no original em inglês.
- 4 *Admirável Mundo Novo, Brave New World* no original em inglês.
- 5 Três do extenso legado do autor: *Viagem ao Centro da Terra, Vinte Mil Léguas Submarinas e A Volta ao Mundo em 80 Dias*.
- 6 Xenotransplante vem a ser a transferência de órgão ou tecido animal para o ser humano. O fato é narrado no Conto Alexandrino (1884).
- 7 LEONE, Salvinio; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da (Coord.). *Dicionário de Bioética*. São Paulo: Santuário; Vila Nova de Gaia: Editorial Perpétuo Socorro, 2001, p. 207.
- 8 HUISMAN, Denis (Dir.). *Dicionário dos Filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 69.
- 9 *Homo homini lupus*, citação contida na obra *Leviatã*, em que Hobbes imagina o homem como um animal irrequieto, em “pé de guerra” contra todos.
- 10 In: *O Estado Atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 309.
- 11 Verbo latino *removeo, removeo*.
- 12 In: *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 51.
- 13 Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de Justiça aposentado, Advogado e Reitor do Centro Universitário do Norte Paulista (Unorp).