

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE DE CIGARROS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR*

Izabela Padilha Santos

1 INTRODUÇÃO

De um lado, a polêmica sobre o tabaco e o hábito de fumar é bastante complexa e desperta profundas indagações, uma vez que se trata de um direito do cidadão fumante cultivar um hábito que não é novo e que tem origens bastante remotas. Acontece que, por ser o cigarro um agente tóxico atraente de fácil e barato acesso, o tabagismo pode ser comparado a uma epidemia crônica e constante de difícil controle. Difícil, porquanto inegável a importância que a indústria do fumo tem na realidade socioeconômica de um país, com significativo recolhimento de impostos, maciça geração de empregos e expressivo fomento da atividade empresarial.

Por outro lado, sob o ponto de vista do interesse público e coletivo, note-se que, entre as conseqüências do consumo do cigarro para os cofres públicos, estão os gastos da Seguridade Social e da Previdência com o tratamento de saúde de suas vítimas e eventuais aposentadorias precoces, respectivamente, além de despesas com a divulgação de dados e informações para alertar os consumidores dos riscos e tentar prevenir sua ocorrência. Todos esses gastos impedem, assim, investimentos reais, práticos e concretos na saúde.

Assim sendo, o presente trabalho volta os olhos para o maior peso que tem o direito e a garantia fundamental à saúde e à qualidade de vida, constitucionalmente assegurados, em contraposição ao direito de livre comércio e liberdade de expressão. Afinal, existe um ciclo dentro do qual a indústria tabagista, aliada ao trabalho das empresas publicitárias, atrai novos fumantes que trazem lucro, que é aplicado em novas propagandas, e assim por diante.

O uso de cigarros pode ser uma das primeiras manifestações de problemas comportamentais. A utilização do tabaco é considerada a “porta de entrada” para o uso de drogas ilícitas. Apenas um trabalho educativo, em conjunto com uma vontade política para controlar o tabagismo, fará reduzir tal epidemia. Dentro de

* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público e Territórios. Orientador: Héctor Valverde Santana

um pensamento um tanto utópico – por vivermos em uma sociedade eminentemente capitalista –, entende-se que os ganhos econômicos deveriam ser reavaliados, uma vez que o lucro obtido por meio da comercialização do produto em tela traz doença e morte aos que o consomem, revolvendo, dentro desse pensamento, matéria de conteúdo ético.

A importância e o dever da prevenção acerca dos riscos trazidos pelo consumo são claros na medida em que, colocado o produto no mercado e maciçamente induzido o seu consumo, experimentado por uma gama infindável de consumidores, surge o vício derivado da dependência química, que torna o consumo não uma questão de opção, de livre escolha, mas de necessidade física e psíquica, já que a abstinência gera uma série de distúrbios que a maioria das pessoas não demonstra capacidade de controlar e submeter ao seu arbítrio consciente. Não se pode, assim, ignorar os riscos à integridade física dos fumantes advindos do consumo do cigarro.

Na esteira desse entendimento, Leandro Adiers faz interessante e pertinente comparação entre o interesse público e a conveniência pessoal na esfera das políticas protetoras aos consumidores de cigarro.¹ Lembra-nos de que, quando o assunto é a obrigatoriedade de uso de equipamento de segurança no trabalho, os limites de velocidade nas rodovias, a obrigatoriedade da utilização de cinto de segurança, as contribuições para a Seguridade Social, etc., a conveniência pública sobrepõe-se à autonomia privada, em função de um interesse social. Essas medidas, sem dúvida, minimizam a ocorrência de danos, mesmo que à custa da mitigação da autonomia da vontade dos indivíduos, onde prevalece um bem maior, uma relevância social em detrimento do interesse individual.

Em relação ao cigarro – que segundo o autor é um bem de consumo inútil a qualquer finalidade construtiva, que só gera consequências nocivas –, medidas de prevenção sobrelevam o interesse individual, a autonomia da vontade.

Não nos deixa esquecer o ilustre causídico que, a título de exemplo:

(...) nos EUA, país dito desenvolvido, com sólida tradição legal e reconhecido respeito às liberdades e garantias individuais, dos quais fazem intransigente defesa, bem como dos princípios do livre mercado, da livre iniciativa, a propaganda de cigarros e bebidas alcólicas já foi há muito banida da mídia e os fabricantes de cigarro tentam em vão negociar um fundo de amparo para as vítimas de seus

¹ ADIERS, Leandro. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. *Revista Jurídica* 257, p.21. mar. 1999.

produtos em troca da limitação dos valores das indenizações e permissão para a continuidade de sua atividade nociva.²

Assevera que:

(...) inobstante o nível de escolaridade, alfabetização e acesso a informações dos norte-americanos, sua fé na liberdade de escolha e capacidade individual, além de rígida fiscalização dos órgãos oficiais a proteger o consumidor, nenhum destes itens serve para isentar os fabricantes; no Brasil, todavia, país de analfabetos e miseráveis, famosos pelo descaso estatal com seus cidadãos, a culpa é do consumidor, que sabe o que faz.³

Já que, *a priori*, inviável a pretensão de se inibir totalmente a fabricação e a venda do cigarro, o que se espera, pelo menos, é que o fabricante indenize seus consumidores, ante os danos provocados pelo fumo, contribuindo, desse modo, para a conscientização da sociedade acerca dos males físicos e dependência psíquica por ele provocado.

Em apertada síntese, o presente estudo aponta, então, a responsabilidade civil do fabricante do cigarro que, por meio de publicidade abusiva e enganosa, nos moldes no CDC, induz os consumidores ao vício de fumar. Esse vício provocado pela dependência física e psíquica é causado pela nicotina, devendo-se ressaltar que essa informação atingiu os consumidores apenas recentemente.

1.1 DOENÇAS ASSOCIADAS AO USO DO CIGARRO

Uma vez que o presente trabalho envolve o dever de indenizar do fabricante do cigarro ante um dano ocorrido ao consumidor, far-se-á um breve estudo, com base em dados extraídos de pesquisa feita pelo Ministério da Saúde/Instituto Nacional do Câncer – INCA e pela Associação em Defesa da Saúde dos Fumantes – ADESF, no intuito de deixar consignado que o consumo de produtos fumíferos é a causa de graves doenças sofridas por aqueles que os têm como vício.

Primeiramente, é de extrema relevância informar que, consoante revelou a pesquisa do Ministério da Saúde, durante o consumo de cigarros, o indivíduo introduz no organismo mais de 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina, monóxido de carbono, alcatrão, agrotóxicos e substâncias radioativas.⁴

² *ibidem.*

³ *ibidem.*

⁴ <http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/prtabagismo.html>

O estudo do ente governamental assim descreve quais são essas substâncias e como agem nocivamente no organismo humano:

A fumaça do cigarro possui uma fase gasosa e uma particulada. A fase gasosa é composta, entre outros, por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído, acetaldeído e acroleína. Algumas destas substâncias produzem irritação nos olhos, nariz, garganta, além de levar à paralisia dos movimentos dos cílios dos brônquios. A fase particulada contém nicotina e alcatrão, que concentra 43 substâncias cancerígenas. Entre elas podemos citar o arsênico, níquel, benzopireno, cádmio, chumbo, sem contar os resíduos de agrotóxicos nos produtos agrícolas, como por exemplo o DDT e substâncias radioativas.⁵

Na continuação sobre a ação química do cigarro, o Ministério da Saúde afirma que a fumaça do tabaco, durante a tragada, é inalada para os pulmões, distribuindo-se para a circulação sistêmica e chegando rapidamente ao cérebro, entre 7 e 19 segundos. Essa rápida absorção é facilitada pelo grande número de alvéolos pulmonares, pela pequena espessura das paredes alveolares e pela irrigação capilar abundante. Ademais, nos diz que o fluxo sanguíneo capilar pulmonar é rápido e todo o volume de sangue do corpo percorre os pulmões em um minuto. Dessa forma, as substâncias inaladas pelos pulmões espalham-se pelo organismo com uma velocidade quase igual à de substâncias introduzidas por uma injeção intravenosa.⁶

A Associação em Defesa da Saúde dos Fumantes (Adesf) traz um elenco contendo 56 possíveis males de que pode vir a sofrer um fumante. Entre todos os registrados, tem-se, ilustrativamente: infarto do miocárdio; hipertensão; aterosclerose; câncer de pulmão; câncer de boca; câncer do estômago; úlcera do duodeno; estomatite; bronquite; pneumonia; otite; amidalite; sinusite; aborto; diabete; aneurisma da aorta, etc.⁷

O Ministério da Saúde, em um estudo mais detalhado, apresentou os principais grupos de doenças relacionadas ao tabaco, revelando a estatística fatal de cada um deles.⁸ Antes, convém salientar que, consoante esse órgão, a nicotina causa dependência da mesma forma que a cocaína, a heroína e o álcool.

⁵ *ibidem.*

⁶ *ibidem.*

⁷ <http://www.adesf.com.br/doencastr.htm>.

⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. (<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/doencassoc.html>)

Segundo a pesquisa elaborada por aquele órgão, o fumo é responsável por 30% das mortes por câncer e 90% das mortes por câncer de pulmão. Relaciona, também, outros tipos de câncer como o de boca, laringe, faringe, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo de útero. Revelou que 25% das mortes causadas pelo uso do cigarro provocam doenças coronarianas, tais como angina e infarto do miocárdio. O mesmo percentual foi constatado para causas das mortes por doenças cerebrovasculares, entre elas o derrame cerebral.

Ademais, afirma o Ministério da Saúde que as doenças pulmonares obstrutivas crônicas, tais como bronquite e enfisema, representam 85% das mortes causadas pelo consumo do cigarro. Por fim, ressalta que outras doenças, também relacionadas ao uso do cigarro, ampliam a gravidade das conseqüências de seu uso, tais como aneurismas arteriais, úlceras do trato digestivo e infecções respiratórias.

1.2 OS DISTÚRBIOS CAUSADOS PELA NICOTINA

Baseando-nos no artigo de Leandro Adiers que, por sua vez, baseou-se na obra *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, traduzido por Dayse Batista, divulgaremos as informações técnicas sobre os males e os distúrbios que a nicotina provoca na saúde mental e física do indivíduo que a consome.⁹

Quanto à dependência química, em síntese, está expresso que a cessação do uso da nicotina produz uma síndrome bem definida de abstinência, a seguir descrita:

Um dos muitos indivíduos que usam a nicotina podem consumi-la para aliviar ou evitar sintomas de abstinência ao despertarem ou ao saírem de uma situação onde o uso é restrito. Os indivíduos que fumam e os que utilizam a nicotina de outra forma tendem a verificar que esgotam seu suprimento de cigarros ou outros produtos contendo nicotina mais rapidamente do que de início pretendiam. Embora mais de 80% dos fumantes expressem um desejo de deixar de fumar e 35% parem a cada ano, menos de 5% obtêm sucesso em tentativas de abandonar o hábito sem auxílio externo. O melhor exemplo do longo tempo gasto usando a substância é representado pelo hábito de fumar um cigarro atrás do outro. Uma vez que as fontes de nicotina estão prontas e legalmente disponíveis, é raro um indivíduo dispende muito tempo tentando obter a nicotina.

⁹ ADIERS, Leandro. *op.cit.*, p.32-33.

No que se refere ao sofrimento e às alterações de estado de espírito de humor, deixou assim registrado:

A característica essencial da Abstinência de Nicotina é uma síndrome característica de abstinência que se desenvolve após a cessação abrupta ou redução do uso de produtos contendo nicotina após um período prolongado (de pelo menos algumas semanas) de uso diário (Critérios A e B). A síndrome de abstinência inclui quatro ou mais dos seguintes sintomas: humor disfórico ou deprimido; insônia; irritabilidade, frustração ou raiva; ansiedade; dificuldade para concentrar-se; inquietação ou impaciência; frequência cardíaca diminuída e aumento de apetite ou ganho de peso. Os sintomas de abstinência causam sofrimento significativo ou prejuízo no funcionamento social, ocupacional ou em outras áreas importantes de funcionamento (Critério C). Os sintomas não devem ser decorrentes de uma condição médica geral nem mais bem explicados por outro transtorno mental (Critério D).

1.3 PERFIL DE CONSUMO

Segundo pesquisa também realizada pelo Ministério da Saúde,¹⁰ o consumo do cigarro estabelece uma relação inversamente proporcional ao rendimento familiar *per capita*. Assim, mostrou que há um menor consumo nas classes de maior rendimento e, obviamente, observa-se maior consumo nas classes sem nenhum rendimento, apresentando uma estatística de 25,4% dos indivíduos dessa última fumando. Acredita-se que a causa dessa disparidade seja, exatamente, a falta de informação e educação constatada nas classes economicamente mais pobres.

Importante e curiosa observação feita pelo órgão estatal da saúde segundo a qual, entre a população de menor renda, grande parcela dos rendimentos é gasta com cigarros, em detrimento de outros itens prioritários, como, por exemplo, a alimentação. Acertadamente, afirma que esse consumo maior, somado a outras condições às quais este grupo está submetido, como desnutrição, doenças infecciosas e do trabalho, leva a um adoecimento mais freqüente, considerando ainda que os ambientes confinados das pequenas moradias favorece, em muito, a inalação passiva das substâncias tóxicas por crianças, gestantes e pessoas doentes.

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. (<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/perfil.html>)

Pelo exposto, conclui-se que, quanto mais pobres, menor acesso ao sistema de saúde, menor informação, maior exposição a fatores de risco, entre eles o tabagismo, significando piora progressiva na qualidade de vida.

1.4 A PUBLICIDADE DO CIGARRO SOB A ÓTICA GOVERNAMENTAL

Será feita, agora, breve exposição sobre o tratamento dado à publicidade na visão do órgão governamental envolvido nas questões voltadas para a proteção da saúde e qualidade de vida social.¹¹

O Ministério da Saúde reconhece a existência da atividade publicitária patrocinada pelas indústrias do tabaco nas modalidades direta e indireta. Com relação à primeira, partindo do pressuposto de que os fabricantes de cigarro têm consciência de que a nicotina gera dependência orgânica, o Ministério vê que a publicidade é dirigida principalmente para o jovem, uma vez constatado que o fumante habitual da vida adulta é aquele que se iniciou no vício ainda na juventude. A final de contas, o cigarro apresenta-se como um passaporte para o mundo adulto, um resumo de sucesso, *glamour*, liberdade e independência.

Ainda no âmbito da publicidade direta, é clara a preocupação do governo no que tange à escolha do público feminino como alvo de promoções específicas, numa afirmação implícita de que se trata de espécie mais vulnerável, merecendo maior proteção contra anúncios que trazem imagens de mulheres bonitas, revelando destacada sensualidade no ato de fumar, por ser aquela marca somente para “elas”.

Já no que concerne à forma indireta, o que chama a atenção daquele órgão ministerial é o modo pelo qual ela deixa evidente o quanto o tabagismo é comum e socialmente aceito, manipulando psicológica e prioritariamente a população jovem, quando da promoção de eventos esportivos e culturais, além da oferta, no mercado de consumo, de produtos como roupas, sapatos, bolsas, bonés, etc., carregando o logotipo de marcas de cigarro.

Traduzindo esse entendimento para uma situação real, tem-se o grandioso evento *Carlton Arts*, realizado recentemente na capital paulista, onde representantes da música, dança, moda, entre outros, ganharam espaço para

¹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. (<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/publdir.html>)

mostrar seu trabalho, tendo como patrocinador uma marca de cigarro. Ora, não há como discordar do pensamento de que, numa situação como essa, o fabricante do produto se beneficia, porquanto resta embutido na mente das pessoas a idéia de que o tabaco é normalmente relacionável a atividades física e mentalmente saudáveis, o que, na realidade, não é. Um adolescente pode, sem dúvidas, dar início ao hábito do fumo também influenciado por esse tipo de circunstância.

A necessidade de restringir a publicidade do cigarro veio como alarme disparado pelos enormes gastos no setor da saúde direcionados aos doentes do tabaco, aliados à estatística alcançada pelo governo de que metade de todos os fumantes regulares no país morre por usar produtos fumíferos, sem contar a afirmação de que fumar mata mais do que a soma das mortes por acidentes de trânsito, uso do álcool, homicídios, uso de entorpecentes e suicídios combinados.

Em contrapartida, existem aqueles que podem entender tais restrições como um cerceamento da liberdade de expressão e do livre comércio. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, ante um conflito de direitos e garantias, aparentemente nivelados no mesmo grau, entende-se que deve prevalecer aquele que preza pela garantia individual da saúde e qualidade de vida em oposição à divulgação de um produto que mata metade de seus consumidores.

Enquanto a publicidade do cigarro não havia sido atingida pelas restrições legais, é certo que os investimentos nesse setor eram bem mais intensos. Aliás, em resposta a uma indagação que, eventualmente, pode ocorrer na mente dos leitores, qual seja, a que tipo de publicidade se refere a presente monografia, uma vez que tal publicidade já foi quase que totalmente abolida, quer se deixar claro que a tese vem comprovar que a responsabilidade do fabricante de cigarros pela publicidade como defeito de informação decorre de toda e qualquer publicidade, incluindo aquela que não sofria restrições, tendo em vista que muitos que hoje adoecem e morrem iniciaram seu vício por ela influenciados.

Para se ter uma idéia, de acordo com pesquisa feita pelo Ministério da Saúde, no Brasil, entre 1985 e 1994, os investimentos em publicidade efetuados pela indústria cigareira aumentaram 74,3% em termos acumulados. Em 1994, estes gastos foram 3,6 vezes maiores do que os relativos a 1985. Dentro desses percentuais, a televisão aparece como veículo favorito na época. Mostra-nos, também, que a relação de gastos com publicidade é inversamente proporcional ao consumo de cigarros, isto é, quando o consumo é alto, o gasto é baixo. Assim concluiu porque a participação do setor fumageiro no período 1991–1994, no Brasil, é de 1% dos gastos totais em publicidade, sendo o 16º anunciante desde 1992.

1.5 TABAGISMO E LEGISLAÇÃO

O Instituto Nacional do Câncer (Inca) promove um complexo, amplo e bem desenvolvido projeto, o Programa de Controle do Tabagismo e Outros Fatores de Risco, que visa à promulgação de uma política pública em prol da não-influência do tabaco na coletividade. Efetua a aplicação de medidas preventivas, educativas e informativas, além de estratégias econômicas, com o fim de promover o desenvolvimento e o crescimento de uma sociedade dotada de elevada qualidade de vida.

Nesse âmbito, a lei é tratada como fator indispensável para estabelecer e tornar efetivas tais medidas e estratégias sem, contudo, ser encarada como elemento isolado, mas sim um componente inserido no programa. O entendimento exposto no trabalho publicado pelo instituto é de que, independentemente da forma de legislação vigente, fundamental é o grau de aplicação das medidas legislativas, para um eficiente controle do tabagismo.

Assim sendo, o estudo do Inca espousa o pensamento de que se torna ineficaz uma norma que restringe o uso do tabaco, mas que não é respeitada pela população. E, para que o controle se torne efetivo, declara que o espaço existente entre a letra da lei e sua real aplicação no cotidiano das pessoas deve ser reduzido. Entende-se, no entanto, que essa redução só será plenamente concretizada com políticas educativas mais eficazes, o que não se observa em nossa sociedade atual.

Será exposto, a seguir, breve histórico da legislação para o controle do tabagismo no Brasil. Antes, entretanto, há de se ressaltar que tais dispositivos normativos por mais direcionados e restritivos que sejam, principalmente quanto à publicidade do produto em questão, não tomam o lugar do nosso moderno Código de Defesa do Consumidor.

O que se pretende deixar bem claro é que essa lei específica que rege as relações de consumo deve ser prioritariamente aplicada sobre qualquer outro estatuto referente ao tema, posto que os sujeitos, objeto e natureza da relação entre eles encontram tratamento tipificado como relação de consumo, com trato minucioso em lei própria. Ou seja, antes de se aplicar qualquer outra legislação sobre medidas antifumo, restrição quanto à publicidade e consumo, deve ser observado e aplicado o disposto no CDC.¹²

¹² “Nessa linha, a Lei 9.294, de 15.7.96 (Lei Murad), disciplinadora do art. 220, § 4º, dispõe que sua aplicação se dará sem prejuízo do CDC (art. 9º, *caput*). Logo, um anúncio, ainda que em conformidade com os parâmetros da Lei 9.294/96 e do Decreto 2.018, de 1.10.96, pode vir a ser considerado enganoso ou abusivo, por desrespeito ao CDC e ao espírito da norma constitucional”. (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.302.)

É, por isso, considerado um microsistema que, respeitando a Magna Carta, não cede espaço às demais legislações. Não pode, portanto, ser diferente o tratamento dado à responsabilidade civil do fabricante de cigarros perante o sofrimento dos consumidores de algumas das doenças elencadas. E, nessa ótica, vem o presente trabalho provar a hipótese supradescrita.

1.5.1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PARA O CONTROLE DO TABAGISMO NO BRASIL

Seguindo o quadro legislativo divulgado pelo Inca,¹³ faremos a exposição da legislação existente relacionada ao controle do consumo e divulgação dos produtos tabagistas, cada qual acompanhada de um sucinto relato sobre seu conteúdo.

A primeira lei federal para o controle do tabagismo no Brasil foi a Lei nº 7.488 de 11/6/86, instituindo a criação do Dia Nacional de Combate ao Fumo, no dia 29 de agosto. A partir daí, uma série de disposições legais que tratam da matéria foi estabelecida.

Em seguida, veio a Portaria Interministerial 3.257, que recomenda medidas restritivas ao fumo nos locais de trabalho, além de estabelecer a criação de fumódromos e conferir certificados de honra ao mérito às empresas que se destacarem em campanhas antitabagismo.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, surgiram restrições à publicidade do tabaco, especificamente, em seu art. 220, no capítulo referente à Comunicação Social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – disciplina, em seu art. 81, inciso III, a proibição da venda à criança ou ao adolescente de produtos que causam dependência física ou psíquica. Prevê, também, as penalidades – art. 243 – a serem aplicadas no caso de descumprimento de tal norma.

Na seqüência, vem o Código de Defesa do Consumidor, trazendo as mais variadas normas aplicáveis à espécie. Como é esse o estatuto que alicerça o presente trabalho, sobre ele não serão, agora, tecidos maiores comentários.

¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. (<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/tableg.html>)

A próxima e uma das mais importantes, no que diz respeito à restrição do uso da publicidade, é a Lei nº 9.294/96, regulamentada pelo Decreto nº 2.018/96, que dispõe sobre as restrições do uso da publicidade de produtos fumígenos, instituindo a obrigatoriedade de mensagens rotativas, tais como “fumar causa enfisema pulmonar” e “fumar causa câncer de boca”. Entre outras providências, proíbe o uso de produtos fumígenos em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento.

Os hábitos tabagistas recebem um pequeno, mas importante tratamento até mesmo no Código Nacional de Trânsito – Lei nº 9.503/97 –, por meio do qual é vedada a condução de veículo sob a influência de qualquer substância que determine dependência física ou psíquica (art. 165), além de trazer a proibição de dirigir com apenas uma das mãos – *in casu*, para aqueles que fumam na direção, exceto quando deva fazer sinais regulamentares de braço, mudar a marcha do veículo, ou acionar equipamentos e acessórios do veículo.

A Portaria nº 2.818 do Ministério da Saúde, de 28/5/98, proíbe fumar nas dependências do Ministério da Saúde. Em 1999, pela Lei nº 9.782, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com o objetivo de determinar o controle e a fiscalização de cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco.

Depois disso, a Medida Provisória nº 1.814, alterando o art. 3º da Lei Federal nº 9.294/96, trouxe novas advertências a serem inseridas nas embalagens e publicidade do referido produto.

A Resolução 320, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), regulamentou o registro anual dos produtos fumígenos, exigindo a apresentação periódica de relatórios por parte das indústrias fumageiras.

Já o Decreto nº 3.136, de 13/8/99, criou a Comissão Nacional para a preparação do Brasil nas negociações internacionais com vistas na elaboração da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco.

Em 13/9/2000, a Consulta Pública do Ministério da Saúde 01 estabeleceu o prazo limite para apresentação de contribuições relativas à proposta da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco.

Foi sancionada em 27/12/2000 a Lei nº 10.167, que restringe a propaganda de produtos fumígenos. Eventos culturais e esportivos internacionais que contenham esse tipo de anúncio terão até janeiro de 2003 para se enquadrar na nova lei.

A Consulta Pública nº 5, da Anvisa, de 11/1/2001, estabeleceu o prazo-limite para apresentação de contribuições relativas à proposta de regulamentação dos teores máximos de nicotina, alcatrão e monóxido de carbono contidos nos cigarros.

Em 1/2/2001, a Portaria do Ministério da Saúde designou novos membros para compor a Comissão Nacional encarregada da preparação da posição do Governo nas negociações internacionais com vistas na elaboração de uma Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, no âmbito da Organização Mundial da Saúde.

A Resolução nº 104, de 31/5/2001, estabeleceu que todos os produtos fumígenos derivados do tabaco devem trazer, na embalagem e na publicidade, advertência ao consumidor sobre os malefícios decorrentes do uso desses produtos. Cumpre ressaltar que, apenas nesta ocasião, pela primeira vez, foi informado pelo fabricante que a nicotina é substância viciante.

No dia 28 de março de 2001, foi publicada a Resolução nº 46, da Anvisa, estabelecendo os teores máximos permitidos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros comercializados no Brasil. Além disso, a medida acabou com a classificação dos cigarros em “ultra baixos teores”, “suave”, “*light*”, “*soft*”, “leve”, “teores moderados”, “altos teores”, etc., porquanto, segundo a resolução, tais expressões levam o consumidor a uma interpretação equivocada quanto aos malefícios das substâncias contidos nos cigarros.

Por fim e recentemente, a Resolução nº 14, de 17 de janeiro do corrente ano [2003], veio para alterar dispositivos da Resolução nº 104 de 31/05/2001. Na mesma data, foi editada a Resolução nº 15 também regulamentando disposições insertas na Lei nº 9.294/96.

2 O DEVER DE INFORMAR

O estudo da responsabilidade civil do fabricante pelo defeito de informação requer o exame prévio do chamado dever de informar. Faremos, então, a análise desse dever básico e norteador de todo e qualquer fornecedor/fabricante, no que tange ao direito do consumidor de seus produtos de contratar, estando bem informado sobre todos os elementos e características acerca do produto a ser adquirido. Trata-se de um dever de bem informar o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles. O intuito, aqui, é não viciar a liberdade de escolha da parte hipossuficiente.

“Quem fabrica ou põe à venda no mercado determinado bem ou produto tem o dever de indicar o seu modo de utilização e qual o seu emprego correto, além de prevenir contra os possíveis perigos que sua utilização possa acarretar ao consumidor”.¹⁴ Com efeito,

(...) para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva. Como conseqüência, o Estado intervém para assegurar, em face da falha de funcionamento do mercado, que os consumidores recebam informações adequadas que os habilitem a exercer, de maneira consciente e livre suas opções de consumo.¹⁵

O fabricante, além de dever indicar o modo de emprego do produto, deve advertir o consumidor, do modo mais claro possível, acerca dos eventuais danos que o simples consumo do produto ou utilização indevida pode, eventualmente, causar. Assim, verifica-se que a informação como dever do fabricante para com o consumidor é revelada por duas formas, que devem subsistir simultaneamente. A primeira diz respeito à mera informação sobre a utilização do produto. Já a segunda – e que interessa ao nosso trabalho – trata da advertência a respeito de eventuais perigos ou sobre a natureza, caso traga, em si mesma, o risco de mácula à integridade física e moral do consumidor.

Como, então, o fabricante efetua, isto é, cumpre com o dever de informar? A indagação refere-se às características que deve carregar a informação, seja ela veiculada pela publicidade direta de qualquer espécie ou nas embalagens dos produtos, para que o fabricante não cometa falhas no exercício desse aclamado dever. Em resposta, no intuito de que a informação atinja a finalidade de evitar, de prevenir qualquer que seja o dano pelo fato do produto, faz-se necessário que se apresente de forma completa, explícita, inteligível e incorporada ao produto, pois os instrumentos de informação não configuram meros meios de promoção de vendas, mas elementos que vinculam o fornecedor/fabricante, ainda na fase pré-contratual.

A regra geral desse dever está insculpida no art. 4º, inciso IV, do CDC, o qual traz, no capítulo destinado ao tratamento da política nacional de relações de consumo, “a educação e a informação de fornecedores e consumidores, quanto

¹⁴ JACOB, Vera Maria. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, ano 79, p.53, jun. 1990.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.240-241.

aos seus direitos e deveres, com vistas na melhoria do mercado de consumo”, no intuito de atender “às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

A especificidade do princípio vem na redação do art. 6º, incisos II, III e IV, do mesmo estatuto, como direito básico do consumidor, *verbis*:

Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

(...)

II – a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Antônio Herman afirma que não há um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços. O que existe, na verdade, “é uma obrigação de informar positivamente o consumidor, nos termos do art. 31”, ressalvando que esta incumbência não precisa ser cumprida por meio de mensagens publicitárias (*stricto sensu*).¹⁶

Ora, de fato, o código não obriga o fornecedor a anunciar, ou seja, não existe regra alguma que imponha um dever de anunciar dirigido ao fornecedor/fabricante. Sob esse prisma, a publicidade é vista como um direito e não um dever. Todavia, cuida-se de um direito exercitável por conta e risco daquele que dela se utiliza para expandir suas vendas e auferir lucro. Duas exceções a esse princípio, no entanto, aparecem no CDC. Uma, quando o fornecedor toma conhecimento dos riscos do produto após sua colocação no mercado (art. 10, §§ 1º e 2º) e a outra, na hipótese de contrapropaganda (arts. 56, XII e 60).

De antemão, podemos afirmar com firmeza que nenhuma das situações retro-explicitadas encontra encaixe no caso das informações devidas sobre o cigarro, tendo em vista que os riscos que traz seu consumo, há muito, já são

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.259.

conhecidos, não devendo o fabricante torná-los públicos apenas em sede de contrapropaganda ou sob a alegação de conhecimento tardio dos eventuais prejuízos que vem a originar.

Reiterando a afirmação que se faz no início deste capítulo, a conclusão a que se chega é que o dever de informar representa, sem dúvida, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial e básico, para que constante harmonia e transparência paire sobre as relações de consumo. Concordamos com a professora Cláudia Lima Marques, quando afirma que essa transparência é traduzida por veracidade e respeito, por meio de maior troca de informações entre o fornecedor/fabricante e o consumidor na fase pré-contratual. Assevera a autora que, como reflexo do Princípio da Transparência, temos o novo dever de informar imposto pelo CDC que se concentra, inicialmente, nas informações sobre as características do produto ou do serviço oferecido no mercado.¹⁷

Nos dizeres da autora, “o dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor”.¹⁸ Logo, aquele que decide utilizar-se de publicidade carrega consigo, de imediato, a obrigação de fazê-lo respeitando os princípios do CDC.

2.1 A AMPLITUDE DO DEVER DE INFORMAR DO ART. 31

No contexto atual do CDC, ao contrário do tratamento anteriormente dado,¹⁹ esse dever assume proporções de dever básico, verdadeiro ônus imposto aos fornecedores/fabricantes. Agora, existe como uma obrigação legal, cabendo ao art. 31 determinar quais os aspectos relevantes a serem obrigatoriamente informados. Todo e qualquer produto ou serviço tem de respeitar o dever de informar do art. 31. Não se trata de listagem facultativa. É obrigatória.

O art. 31 do CDC, ao regular o dever de informar, dispõe o seguinte:

Art. 31 – A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras e precisas, ostensivas e em

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3.ed. São Paulo: RT, 1999. p.325.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *op.cit.*, p.325.

¹⁹ Segundo Cláudia Lima Marques, enquanto tratado como simples dever secundário pela doutrina contratual, o dever de indicação e esclarecimento tinha sua origem somente no princípio jurisprudencial de boa-fé e só atingia determinadas circunstâncias consideradas pelo Judiciário com relevantes contratualmente. Era um dever de cooperação entre contratantes, portanto, restrito pelos interesses individuais e comerciais de cada um. *Ibidem*, p.325-327.

língua portuguesa, preço, garantia, prazos de validade e origem do produto, bem como informar sobre os riscos que o produto apresenta à saúde e à segurança do consumidor. (sublinha nossa).

Segundo a norma disposta nesse artigo, o fornecedor deve cuidar para que sua oferta, assim como a apresentação de seu produto, assegure ao consumidor informações claras, precisas e ostensivas sobre as características principais do produto. A doutrina não diverge ao afirmar que o rol de características destacado pelo art. 31 é meramente exemplificativo.²⁰

Corroborar-se, no entanto, com o entendimento de que o Código fixa algumas informações que, necessariamente, devem constar de produtos e serviços, quais sejam, características, qualidades, quantidade, composição, prazos de validade, preço, garantia, origem e riscos, devendo qualquer referência ao produto ou serviço estar coberta pela correção, clareza, precisão e ostensividade.²¹

Ademais, no caso de produtos perigosos ou que possam trazer algum risco à saúde e à segurança do consumidor, o dever geral de informar sobre as características do produto, instituído pelo art. 31, é complementado pelo dever de informar ostensiva e adequadamente, a respeito da nocividade ou periculosidade do produto, como dispõe o art. 9º, do CDC.

Alvim Arruda e outros, no comentário ao art. 31,²² assegura que o legislador procurou disciplinar o conteúdo da oferta e a apresentação de produtos e serviços, em prol do consumidor, tendo em vista sua vulnerabilidade. Não diferente do que já afirmado, corroboram com a idéia de que devem elas ser corretas, claras, precisas, ostensivas e inteligíveis, além de obrigatória a disposição sobre as características do produto ou serviço, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem. Nesse sentido, asseveram que o que determina o CDC é que, sendo a informação precisa, nos termos do art. 30, passa a ser considerada como oferta e esta vincula o ofertante, que deverá dar cumprimento a ela, sob pena de incidência do art. 35, do Código do Consumidor.

²⁰ “Tem o fornecedor o dever de informar quanto a todos os riscos que os produtos ou serviços possam vir a apresentar à saúde e segurança dos consumidores. Esse dever existe quando oferece ou apresenta o produto ou serviço, quando presta informações e também na propaganda que se consubstancia em oferta”. (ARRUDA, Alvim *et alli*. *Código do consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p.192.)

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.243.

²² ARRUDA, Alvim *et alli*. *Código do consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p.191.

3 A PUBLICIDADE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para introduzir o tema, pertinente se faz a seguinte transcrição:

A publicidade tornou-se ato típico da sociedade massificada, conduzindo o consumidor ao momento culminante da contratação. O direito não pode tratá-la ingenuamente, condicionando sua eficácia a requisitos formais ou tomando-as em consideração apenas quando consumada a sua finalidade. Os efeitos obrigacionais para o anunciante devem decorrer objetivamente do fato do anúncio, independentemente do seu resultado efetivo, porque a mensagem publicitária visa justamente a persuadir o público-alvo, muitas vezes em detrimento dos seus legítimos interesses. Trata-se de proteger o consentimento dos consumidores antes da contratação, na fase pré-negocial.²³

3.1 A RELEVÂNCIA DA PUBLICIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Em primeiro lugar, far-se-á breve comparativo entre as eras do consumo, no intuito de se entender a aplicação da expressão “sociedade de consumo” para esta que vivenciamos. Num primeiro momento, com o advento da Revolução Industrial e conseqüente ascensão da burguesia, o mercado lucrava com a venda de produtos, em razão de sua eminente necessidade e utilidade. A segunda fase, marcada pela produção em série – instituída por Henry Ford –, proporcionou a confecção de produtos que, além de úteis, acobertaram-se de conforto/agradabilidade. Hoje, com o *boom* da tecnologia informatizada, não basta serem os produtos úteis, necessários e agradáveis; devem eles carregar um *plus*, ou seja, um fator capaz de trazer algo que surpreenda, que inove e apto a gerar expectativas no consumidor.

A sociedade de consumo à qual nos referimos é essa última, ávida por gastar, na expectativa de experimentar novas sensações, obter reconhecimento com a aquisição de determinado bem, representar um ideal com o consumo de outro, entre outros objetivos. Assim sendo, para que um produto desperte interesse nos consumidores, necessário se faz um implemento nas atividades empresariais, no intuito de que tal produto seja projetado com o maior número de atrativos possíveis.

²³ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. 1.ed. São Paulo: RT, 1997. p.58.

Pode-se dizer que a publicidade figura como um dos principais, senão o principal fator desse implemento, pois, como há tempos se diz na sociedade capitalista: “a propaganda é a alma do negócio”. Essa tão difundida expressão mostra que a publicidade tornou-se o caminho de acesso entre o consumidor e o produto, qualquer que seja ele.

Hoje, aquela característica de avidez pelo consumo pode, facilmente, ser detectada, porquanto o que se observa é que produtos de primeira necessidade, como alimentos básicos (arroz, feijão, carne, leite, etc.) ocupam lugar de menor interesse à publicidade. A própria necessidade humana já existe para esse tipo de produto, o que significa dizer que é quase que desnecessária uma campanha publicitária para que os consumidores sintam a necessidade de adquirirem aqueles elementos, sendo útil apenas no tocante à concorrência de preços. Por outro lado, a aquisição de um novíssimo equipamento de som, ou o aparelho celular com trinta tipos de toques de chamada, medidas cada vez menores, entre outros atributos, não dispensa uma boa estratégia de *marketing*, em que se inclui a publicidade.

Merece destaque o comentário de Adalberto Pasqualotto sobre o assunto:²⁴

Na sociedade contemporânea, a existencialidade desprende-se do conceito de essencialidade, porque a produção em massa traz em si mesma a idéia de consumo em massa, não só do necessário, mas também do supérfluo. Não se consome apenas o que se precisa. Há um insuflamento a cargo da publicidade, que produz necessidades artificiais e simultaneamente oferece o meio de satisfazê-las, atuando como elemento lógico do sistema: novas necessidades = novos produtos = maior oferta = maior consumo.

A publicidade é um fenômeno onipresente. Segundo Celso Coccaro,²⁵ ela acompanha o consumo de massa. Ao contrário, entende-se que o consumo de massa é que é guiado pela publicidade. Essa se irradia de forma global. É indiscutível a sua importância. Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “não há sociedade de consumo sem publicidade”. Cita Guido Alpa, para quem “a publicidade pode, de fato ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna”.²⁶

²⁴ *idem*.

²⁵ COCCARO FILHO, Celso A. Publicidade e direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 42, p.51, dez. 1994.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.259.

E é esse o objetivo da publicidade do cigarro. Sugere sucesso, bem-estar, *status*. Ela incute valores, sendo que, na verdade, traz uma série de malefícios, conforme já demonstrado. Não que o consumidor do tabaco seja ingênuo suficiente para acreditar que, fumando, vá ter uma vida de aventuras; mas porque, então, não colocar modelos e atores com dentes amarelados e respiração cansada para figurar nos anúncios?

Trago à colação trecho do artigo publicado na *Revista do direito do consumidor* por Heloísa Carpena Vieira de Mello, “Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva”, cujo conteúdo é de enriquecer o presente trabalho, no sentido de reiterar a extrema relevância da publicidade na sociedade contemporânea: “Importa destacar apenas que a publicidade expressa a massificação, característica marcante dos tempos atuais, na área da comunicação. O modelo de produção pós-fordista não prescinde da publicidade como forma de comunicação no mercado, sendo certo que o anonimato imposto às relações de consumo conduziu inexoravelmente ao predomínio da comunicação de massa”.²⁷

Para finalizar a breve apresentação acerca da importância da publicidade nos tempos de hoje, oportuno é o comentário de Antônio Carlos Alencar Carvalho:

De todo o caso, o fato é que a publicidade exerce significativa influência sobre o componente psicológico e emocional de seres humanos e, não, de meros consumidores autômatos. E tudo que interessa ao homem conclama o manto normativo do direito. *Ubi societas, ibi jus*. Daí a razão de a matéria ter sido regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor.²⁸

3.2 A FUNÇÃO DA PUBLICIDADE: INFORMAÇÃO X ESTÍMULO DE COMPORTAMENTOS

Há muito, a publicidade perdeu sua natureza eminentemente informativa, visando, quase que exclusivamente, ao interesse das empresas patrocinadoras, ou seja, deixou de ser um mero meio de informação ao consumidor, para tornar-se forte instrumento de estímulo ao consumo, criando e inculcando necessidades, na maioria das vezes, desnecessárias e até mesmo prejudiciais, como é o caso do produto em questão.

²⁷ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista de direito do consumidor*, v. 9, 35, p.123, jul./set. 2000.

²⁸ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A disciplina civil da publicidade do código de defesa do consumidor. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, 13, ex. 2, p.11, 1999.

O CDC valoriza e protege toda e qualquer informação dirigida ao consumidor. Carrega clara e amplamente em suas normas este direito básico, a saber, o de ser adequadamente informado sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, suas características, qualidades, riscos, garantias, tudo visando à qualificação do ato de escolha.²⁹ A proteção do consumidor está ligada diretamente ao direito que cada pessoa humana, que cada cidadão, tem de escolher e de ser informado corretamente; direito esse amparado pela Carta da República em seu art. 5º, inciso XIV.

Ora, quanto mais bem informado estiver, mais condições terá de exercer bem o direito de escolher. Assim sendo, pode-se afirmar que as disposições que versam sobre a publicidade, impondo deveres – decorrentes do princípio da boa-fé – aos fornecedores e fabricantes, ainda que na fase pré-contratual, revestem-se de caráter preventivo, porquanto prevêm, até, sanções ante seu descumprimento.

Pelo CDC, a publicidade é tomada sob o ponto de vista da enganosidade e da abusividade em seu artigo 37. “Disciplina a propaganda enganosa, no fito de tutelar um interesse econômico do consumidor, enquanto pela proibição da publicidade abusiva tem em mira a observância de valores fundamentais da sociedade, como será visto em detalhe adiante”.³⁰

A publicidade abusiva, por exemplo, uma vez não tendo função precipuamente informativa, possui notável destaque no âmbito cultural, agindo como estimuladora ou reprodutora de comportamentos, ainda que não perca de vista seu compromisso com a venda de um produto ou serviço. Basta observar o quanto são freqüentes peças publicitárias em que o produto anunciado sequer aparece, predominando imagens que refletem o estilo de vida associado ao seu uso, como é o caso do cigarro.

Dentro da sociedade de consumo, observa-se a existência de grupos delimitados por tendências, gostos e hábitos bem definidos. A partir de hábitos de consumo comuns, tais como a maneira de vestir, o gosto musical ou o carro preferido, os indivíduos identificam-se e agrupam-se em verdadeiros nichos. Acredita-se que essa, também, não deixa de ser a visão – a de um mercado segmentado – do fabricante/fornecedor, que passa a adequar sua comunicação

²⁹ Além da enunciação como direito básico (art. 6º, III), a Lei 8.078/90 criou inúmeros deveres dos fornecedores relativos à informação: art. 9º, art. 10, § 1º e § 2º, arts. 30, 31 e 35, 36, 37, 38, 39, VII, 66 e 73.

³⁰ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *op.cit.*, p.125.

aos moldes daquele consumidor em espécie, no sentido de garantir sua fidelidade, além de objetivar a conquista de novos adeptos às tais tendências.

O homem, na condição de animal social, é, em tese, livre. Essa pseudoliberalidade permite um convívio social, por meio do qual os indivíduos descobrem as afinidades e desigualdades entre si que são, basicamente, de cunho econômico. Assumindo que a marca de uma vida digna, hoje, é a aquisição de bens e conhecimentos, salienta-se que nem todos têm o privilégio de dispor desses itens. Aos de maior poder aquisitivo é permitido um alcance de padrão de discernimento das coisas da vida mais elevado, ao contrário do que acontece com os que ocupam um *locus* econômico oposto.

O acesso a bens e conhecimentos é, inegavelmente, maior àqueles de maior renda. Via de consequência, os do estrato privilegiado são dotados de uma liberdade de escolha mais ampla, pois ampla lhes é a disponibilidade da oferta e a capacidade de obter o que é ofertado. O indivíduo componente dessa casta acredita ser realmente livre, uma vez que dispõe de uma considerável liberdade de escolha. Todavia, essa liberdade não é o que mais interfere na vida social.

3.2.1 A ATUAÇÃO DA PUBLICIDADE SOBRE O DOMÍNIO DA VONTADE

A publicidade promove a igualdade no acesso aos bens e serviços, mas não torna a pessoa, necessariamente, livre da influência do seu meio e, portanto, do que é difundido por ele. Com isso, embora possa a pessoa ter acesso aos mesmos bens e serviços, ainda assim, quem quer que seja pode manipular o comportamento social pela criação de modelos, tipos, ou circunstâncias que estimulam uma determinada reação.

Buscando alcançar um raciocínio mais profundo, tem-se que a capacidade de dominar a própria vontade é que, ao final, interfere com maior força na liberdade de escolher, apesar de seu meio. O homem capaz de exercer a sua vontade é capaz de se livrar da influência do meio onde vive e, portanto, de gerenciar o próprio destino. Mas, para que alguém seja totalmente desprovido dessa influência, é fundamental uma vigilância permanente, além da vida em uma sociedade que não multiplique o desejo de adquirir sempre mais bens e serviços, tanto quanto a criatividade humana possa ofertar.

O que se quer demonstrar é que há uma significativa carga do meio sobre a vontade. Nesse contexto, os que conseguem adquirir o que almejam refletem

uma satisfação traduzida pelo conforto, pelo alívio, pelo ter o que quer ter. Desfrutam da mesma sensação aqueles que possuem ainda mais do que aspiram. No entanto, os que possuem menos do que desejam são dotados de sentimento diametralmente oposto, assim de frustração, de angústia, muitas vezes de revolta.

Subsiste, desse modo, uma ligação direta entre a vida social e a aquisição de bens e serviços. O fenômeno da comunicação massiva penetra no interior de cada pessoa, gerando uma dependência equiparada à dependência química. Não sendo a sociedade igualitária, não estando a riqueza bem distribuída, o direito à liberdade de escolher acaba por ser direcionado segundo o comportamento daquela comunicação de massa, que, por sua vez, alcança, diferentemente, os diversos estratos sociais.

O consumidor, como conceito jurídico, encontra-se nesse cenário social apenas como categoria adquirente de bens e serviços. Entretanto, o consumidor é, antes, uma pessoa humana e, portanto, detentor de direitos inalienáveis, próprios da sua natureza racional e livre.

Não se pode negar, então, que o consumidor está subordinado a uma sociedade que vive da informação manipulada por agentes públicos e privados, que visam, especialmente, à opinião pública. O trabalho sobre essa opinião pública destina-se ao exercício da vontade de cada pessoa humana, acarretando a formação de correntes ensejadoras de um comportamento social voltado para uma direção certa. Quem opera a informação detém, portanto, um comando sobre a opinião pública.

Os compartimentos informativos sobre as ofertas de bens e serviços postos à disposição da sociedade são denominados insufladores.³¹ Assim são chamados porque não se destinam apenas a noticiar o que ocorre na sociedade – como é o caso de informações sobre as lideranças políticas, a legislação vigente, sobre o papel das instituições –, mas a insuflar a aquisição de bens e serviços. É onde se revela a publicidade nas suas mais variadas modalidades.

O consumidor é constantemente alcançado pelo compartimento insuflador. O Código de Defesa do Consumidor cuida, portanto, desse aspecto da relação de consumo, considerando a vida em uma sociedade de consumo. Aqui, começamos a compreender o porquê da enganosidade e, principalmente, abusividade da publicidade dos produtos fumíferos.

³¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A proteção do consumidor na sociedade de informação. *Revista de Direito Renovar*, n. 12, p.32, set./dez. 1998.

Permitam-nos afirmar, então, que a publicidade, ao contrário de vender produtos, vende atitudes, desejos, sonhos. A mensagem transmitida busca alcançar, cada vez mais, uma conotação artística, mostrando-se cada vez menos esclarecedora das características e atributos do produto ou serviço foco do anúncio.

3.3 O CONCEITO DE PUBLICIDADE

O CDC não traz um conceito explícito de publicidade, o que implica a ausência de qualquer limitação. Esse aspecto mostra-se, de certa forma, positivo, haja vista a grande abrangência da publicidade no Brasil. Mediante a ausência de critérios objetivos definidores de publicidade, o conceito deve ser deduzido do sistema.

Tendo em vista a adoção de novos efeitos jurídicos pelo CDC, faz-se necessária a determinação do que se deve entender por “publicidade”, segundo o sistema desse recente Estatuto. A definição da palavra não é de fácil trato; não porque a compreensão do conceito seja de difícil alcance, mas porque a dimensão dela e o seu enquadramento social e jurídico, pelo que se pôde observar, não são unânimes. Senão, vejamos.

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, em seu art. 18, define a publicidade comercial como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”, incluindo nessa definição a publicidade governamental e o *merchandising*.

Adalberto Pasqualotto define publicidade como “toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa”.³²

Carlos Alberto Bittar conceitua publicidade como “a arte e a técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor”.³³

³² O autor aponta como elementos nucleares do conceito a finalidade de influenciar o público e o favorecimento, direto ou indireto, de produtos ou serviços, tomando a influência sobre o público como a própria razão de ser da publicidade (PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. 1.ed. São Paulo: RT, 1997. p.25.).

³³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. 1.ed. São Paulo: RT, 1981. p.73.

Cláudia Lima Marques, in *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 345, prefere, no entanto, conceituar a expressão como sendo “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.³⁴

No intuito de desvendar a essência do conceito, extraímos dos ensinamentos de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin os elementos por ele considerados essenciais em qualquer publicidade, quais sejam, a difusão e a informação. “Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense*. Sem difusão não há de se falar em publicidade, de vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno”.³⁵

Interessante e pertinente ao caso é a observação feita por Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi acerca da publicidade. Afirma que “consiste na manifestação de vontade que é unilateral, mas, difusa e agregada a um apelo marginal, que pode ser um conjunto de valores, que conotam alegria, felicidade, saúde, sucesso, *status* social, força física e juventude, que indiscutivelmente, integram o contrato”, dizendo que é este o vetor da publicidade.³⁶

Apesar da diversidade de definições – e muitas outras poderiam ter sido mencionadas –, da análise desses conceitos, verifica-se a existência de alguns elementos básicos e comuns, embora não unânimes, que podem servir a uma maior precisão conceitual. Esses elementos, grosso modo, são: produto ou serviço, instrumentos de veiculação, patrocínio, sujeitos, informação e finalidade lucrativa. Pode-se, ainda, classificá-los em objetivos e subjetivos.³⁷

Entre os objetivos, tem-se como elemento primeiro de toda e qualquer publicidade um produto ou serviço. É o objeto, em si, do anúncio publicitário, sem o qual publicidade não há, pois algo deve ser ofertado. Outro fator objetivo são os meios pelos quais é veiculada. Hoje, tendo em vista o elevado grau tecnológico

³⁴ Nesse sentido, explica que “fica excluída a propaganda política, já regulada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não tenha como fim promover atos de consumo, separando assim claramente o que é propaganda (difusão de idéias) e o que é publicidade (promoção, incitação ao consumo)”.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.265.

³⁶ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p.65.

³⁷ Essa classificação é inspirada, mas não idêntica à fornecida por Adalberto Pasqualotto na obra citada à p.20 [da monografia].

que atingiu e vem desenvolvendo nossa sociedade, estamos aptos a citar vários instrumentos utilizados no exercício da atividade publicitária. Dos que se podem recordar, tem-se a televisão, jornais, revistas, rádio, *outdoors*, panfletos, cartazes, internet, etc., como os objetivos diretos. Não se deve esquecer que a publicidade também é veiculada indiretamente, quando por meio de eventos culturais e esportivos, *merchandising* em programas de televisão ou cinema e mesmo quando o logotipo do produto aparece inserto em outros a ele não diretamente relacionados. O terceiro e último elemento objetivo que se considera é o patrocínio, isto é, o pagamento que efetua a empresa para ver publicado seu produto ou serviço.

Passando aos elementos subjetivos, encontram-se os sujeitos da relação publicitária, propriamente ditos, quais sejam o público consumidor, de um lado – seja ele específico ou genérico – e o fornecedor/fabricante dono da empresa, de outro. A informação, num primeiro momento, poderia ser tomada como item objetivo. Todavia, prefere-se inseri-la no rol dos elementos subjetivos, devido ao forte teor persuasivo e de difusão que carrega atualmente. Refere-se, aqui, àquele controle sobre o domínio da vontade do consumidor. Convenhamos, há muito, a publicidade deixou de ater-se ao preço, serventia e modo de utilização do produto. Então, para que se alcance o estímulo de comportamento do público, os agentes publicitários acrescentam aos anúncios ingredientes com os quais o consumidor se identifique da forma mais pessoal possível. A fidelidade e o aumento do consumo, bem como o ganho de novos consumidores, necessitam de publicidade minuciosamente estudada para bem direcionar seus interesses.

Por último, restou a finalidade lucrativa. A quase totalidade dos autores a ela se refere de forma implícita ao escrever “estimular o consumo de bens e serviços”, “a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço”, “desejo de adquiri-los ou deles dispor”. Ora, depreende-se dessas expressões que o objetivo do anunciante é, obviamente, fazer que o consumidor adquira seu produto ou serviço e, como contraprestação, é da essência dos negócios do mundo capitalista o aferimento de lucro.

Por isso é que se discorda, com o devido respeito, da parte final do conceito apresentado por Adalberto Pasqualotto. Se visto como elemento alternativo, nos moldes apresentados por esse autor, seria subjetivo. No entanto, o exercício da atividade mercantil incorporou a publicidade de forma essencial, tornando-a certa e exigível para o êxito nos negócios. Se assim não fosse, não estaria o CDC tão preocupado em tutelar seus efeitos. Sob esse prisma, é enxergada como um fator objetivo, portanto. Vamos, oportunamente, ver que é esse exatamente o elemento diferenciador entre publicidade e propaganda.

Tomando esses elementos como requisitos básicos de qualquer publicidade, arriscou-se a formulação de um conceito, que, nas seguintes palavras, se resume: publicidade é o meio patrocinado, do qual o fornecedor/fabricante se utiliza, direta ou indiretamente, para comunicar, informar o público consumidor, de maneira persuasiva e difusa, acerca das características objetivas e, principalmente, das vantagens na aquisição do produto ou serviço, visando ao lucro.

3.3.1 DIFERENÇA ENTRE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Para uma melhor elucidação do tema, faz-se necessária a diferenciação entre as expressões propaganda e publicidade. São ambas, muitas vezes, utilizadas como sinônimos, sendo que, na verdade, são dotadas de naturezas distintas. O próprio CDC traz em seu artigo 56, XII, e 60 a palavra contrapropaganda, ao tratar das sanções administrativas a que estão sujeitos os infratores das regras no âmbito publicitário, quando deveria ter empregado o signo contrapublicidade. Até mesmo a Magna Carta incorre neste equívoco, ao dispor da competência de lei federal para regular acerca da comunicação social, no preceito do artigo 220, § 3º, inciso II, bem como em seu § 4º, *verbis*:

Art. 220. (*omissis*)

§ 3º. Compete à lei federal:

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial do tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

A doutrina pesquisada é quase unânime no que tange à diferenciação em foco. Primeiramente, já reconhece a existência desta distinção. Em síntese, conforme será ilustrado, a diferença precípua reside, fundamentalmente, no aspecto econômico; o que significa dizer que o objetivo de lucro é o divisor de águas.

A propaganda, pelo que restou entendido, visa tão-somente à difusão, à propagação de idéias de cunho, eminentemente, político, religioso, filosófico e socioeconômico. Ademais, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda.

Antônio Herman³⁸ faz a distinção, baseando-se nos conceitos do autor Eugênio Malanga, que assim afirma:

Publicidade seria o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente. Já a propaganda é definida como o conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico).

O Código de Defesa do Consumidor não cuida de propaganda. Seu objeto é só, e tão-só, a publicidade.

Para mais bem aclarar as distinções, observem os seguintes comentários: “A doutrina tende a excluir o intento de lucro da propaganda, quando não alude à carência nela do propósito de incentivo ao consumo de produtos e serviços, apanágio marcante da publicidade”.³⁹

E, ainda:

É curioso o estudo etimológico da palavra, bem como de outra que é muitas vezes empregada como seu sinônimo, a propaganda. Publicidade deriva do latim *publicus*, significando a qualidade do que é público, ou do que é feito em público. Fazer publicidade, portanto, implica tornar pública a coisa, pessoa ou idéia. Já a propaganda deriva de *propagare*, ou seja, multiplicar, reproduzir. O termo latino, por sua feita, encontra raízes em *pangere*, cujo significado é enterrar, implantar.

A rigor, a diferença conceitual é evidente, e uma palavra não deveria ser tomada pela outra. O uso correto da palavra propaganda é afeito à divulgação ideológica.⁴⁰

Portanto, a diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar um lucro, enquanto a segunda exclui a idéia de benefício econômico. Assim, o Código de Defesa do Consumidor não cuida da propaganda. Seu objetivo é exclusivamente a publicidade.

Não obstante a dispensa de parte do trabalho para evidenciar a diferença entre as duas expressões, não consideramos tão flagrantemente irregular a

³⁸ *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.265.

³⁹ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A disciplina civil da publicidade no código de defesa do consumidor. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 7, 13, p. 11, jan./jun. 1999.

⁴⁰ COCCARO FILHO, Celso A. *op.cit.*, p.49.

expressão “propaganda de produtos”, uma vez que a publicidade, hoje, carrega esta característica de desejar implantar no consumidor uma necessidade, outrora inexistente. Afinal, é notório que a publicidade de produtos não se restringe meramente a anunciá-los, a simplesmente divulgá-los ao público. “Tem a clara finalidade de incuti-lo, de torná-lo querido e necessário, de forçar sua aquisição através de interferência anímica”.⁴¹

3.4 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No intuito de dar início à comprovação do defeito de informação contido na publicidade do cigarro, ilustrar-se-ão os princípios básicos que servem de alicerce para a atividade publicitária, nos moldes do Código em estudo.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin classifica os princípios de publicidade levando em consideração a tutela que a Lei nº 8.078/90 entrega aos consumidores. Com base neste critério, foram encontrados pelo doutrinador os seguintes princípios: princípio da identificação da publicidade (art. 36 do CDC); princípio da vinculação contratual da publicidade (arts. 30 e 35 do CDC); princípio da veracidade (art. 37, § 1º, do CDC); princípio da não-abusividade da publicidade (art. 37, § 2º, do CDC); princípio da inversão do ônus da prova (art. 38 do CDC); princípio da transparência da fundamentação publicitária (art. 36, parágrafo único, do CDC); princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII).⁴²

É esse, também, o sistema de classificação de princípios adotado por Adalberto Pasqualotto, em sua obra *Os efeitos obrigacionais da publicidade à luz do código de defesa do consumidor*. A seguir, um breve exame de cada um deles.

3.4.1 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE

Este princípio preleciona que a publicidade deve ser identificada pelo consumidor como tal; o que significa dizer que o público-alvo de determinada publicidade tem de ser capaz de reconhecê-la de pronto. Deve ser estimulado, no sentido de saber tratar-se de uma publicidade em espécie. Não pode ser camuflada, disfarçada. Vedada, portanto, a publicidade clandestina, bem como a subliminar.

⁴¹ *ibidem*.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.274-276.

É, por isso, considerado o princípio base, inicial. Partindo-se dele, analisam-se os demais. Encontra-se expresso no art. 36, *caput, verbis*: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

3.4.2 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE

É resguardado ao consumidor o direito de exigir o cumprimento do conteúdo constante na mensagem publicitária por parte do fornecedor/fabricante, consoante o artigo 30: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. e o 35: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha (*omissis*)”.

3.4.3 PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE

Diz respeito à proibição de publicidade enganosa, consagrada no artigo 37, § 1º, a qual será detalhadamente estudada, pois cuida de um dos vícios de informação do produto em foco. “É um dos mais importantes princípios da publicidade”.⁴³

3.4.4 PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE

Da mesma forma que o anterior, foi-lhe reservado espaço no presente estudo para análise mais acurada, haja vista tratar-se, também, da segunda patologia inerente à publicidade do tabaco.

Entretanto, insculpido no artigo 37, § 2º, do Código, “ao revés do que se dá com a publicidade enganosa, a abusiva não afeta diretamente o bolso do consumidor, limitando-se a agredir outros valores tidos como importantes pela sociedade de consumo”.⁴⁴

⁴³ *idem*, p.275.

⁴⁴ *ibidem*, p.275.

3.4.5 PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Cabe, de acordo com esse princípio, ao fornecedor/fabricante (ou patrocinador da publicidade), nos casos em que for apontada como enganosa ou abusiva, demonstrar o contrário. É a inteligência do artigo 38, *verbis*: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

3.4.6 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

Em conexão com o princípio da inversão do ônus da prova, reconhece-se o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, expresso no art. 36, parágrafo único. É um aperfeiçoamento da teoria do *ad substantiation* dos norte-americanos.⁴⁵

3.4.7 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO

Concomitantemente à reparação de dano material ou moral decorrentes de publicidade patológica, impõe-se ao seu patrocinador o conserto do vício, no intuito de retirar do consumidor o significado equivocado por ela emitido. Assim ocorre, por meio da contrapropaganda, nos termos do artigo 56, XII, cujo termo tecnicamente correto é a contrapublicidade, como anteriormente explanado.

3.5 AS ESPÉCIES DE PUBLICIDADE PATOLÓGICAS ADOTADAS PELO CDC

3.5.1 A PUBLICIDADE ENGANOSA

Reza o artigo 37, § 1º, do CDC:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

⁴⁵ *ibidem*, p.276.

Observa-se que o legislador demonstrou verdadeiro repúdio à publicidade enganosa. Assim se entende, posto que o vício causa distorções não apenas ao procedimento decisório do consumidor, mas também à própria saúde do mercado. O conceito de enganabilidade veio disposto de modo amplo e flexível, podendo ser estreitado na idéia de que, por uma questão de ordem pública, o consumidor tem o direito de não ser enganado por uma via de comunicação.

Restará constatado que não se faz necessária a prova da enganabilidade real, mas tão-somente da potencial;⁴⁶ isto é, independe, no caso, a boa-fé do anunciante, não interessando sua intenção, haja vista que a mensagem enganosa é apurada objetivamente. Mesmo sendo o anúncio ambíguo, parcialmente verdadeiro ou até verdadeiro por completo, pode ser ele enganoso. A enganabilidade é relativizada, no entanto, quanto ao público-alvo, pois não podemos igualar crianças, adultos, idosos, rurícolas, indígenas e pródigos, por exemplo, no que diz respeito a um envio de sinal publicitário.

A grande dificuldade gira em torno de se avaliar e concluir pelo caráter enganoso de uma publicidade. Nem todo anúncio é evidentemente falso.

O problema da veracidade da publicidade deve pôr-se da seguinte maneira: se os publicitários mentissem verdadeiramente, seria fácil desmascará-los – só que não o fazem – e se não o fazem, não é por serem demasiado inteligentes, mas sobretudo porque a arte publicitária consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos, que não sejam nem verdadeiros nem falsos.⁴⁷

3.5.1.1 TIPOS DE PUBLICIDADE ENGANOSA

Inicialmente, identificam-se dois tipos básicos de publicidade enganosa: por comissão e por omissão. Naquela, o fornecedor age de modo a induzir o consumidor em erro, afirmando algo que não é. Na segunda, o anunciante omite informação imprescindível, interferindo na formação da opinião do consumidor no ato da escolha, o que significa dizer que deixa de dizer algo que é.

⁴⁶ Antônio Herman explica que a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro, não sendo exigível que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. Afirma que o que se busca é sua capacidade de induzir o consumidor em erro, inexistente, portanto, qualquer prejuízo individual.(GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.287-288.).

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.285.

É importante ressaltar que, tanto numa quanto noutra, detecta-se aquela capacidade de indução em erro. Adalberto Pasqualotto refere-se a ela como sendo a “potencialidade lesiva da mensagem publicitária”. Aduz que se trata de “um dado de aferição objetiva, afastado de qualquer consideração de inexistência de má-fé do anunciante”, sendo essa alegação “irrelevante, porque não há lugar para o elemento subjetivo”.⁴⁸

Nessa mesma trilha, Cláudia Lima Marques preleciona:

Note-se que o art. 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que fez veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade. Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa.⁴⁹

3.5.1.1.1 PUBLICIDADE ENGANOSA POR COMISSÃO

A enganosidade por comissão, que se traduz na afirmação inteira ou parcialmente falsa sobre produto ou serviço, destaca-se por macular a declaração de vontade do consumidor. O CDC, no intuito de equilibrar a situação do hipossuficiente no mercado, preocupa-se com a aplicação do princípio da boa-fé e do livre exercício do direito de contratar.

A falsa publicidade gera expectativas inverídicas, que levam o adquirente de produtos e serviços a uma informação equivocada sobre características, preço, quantidade, qualidade e outros dados sobre o bem de consumo. Antônio Herman diz envolver um critério de “dever negativo de conteúdo”, isto é, possui o publicitário uma obrigação de não fazer, no tocante à inclusão no anúncio de determinado conteúdo, de modo a torná-lo enganoso.

3.5.1.1.2 PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

A enganosidade por omissão é expressamente prevista na Lei nº 8.078/90, esclarecendo o parágrafo 3º do art. 37 que “a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial de produto ou serviço”. Por essencial, entendem-se as informações capazes de levar o consumidor a adquirir

⁴⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *op.cit.*, p.121.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *op.cit.*, p.348.

o produto ou serviço; isto é, os dados que delimitam o ato da escolha, assim digamos.⁵⁰

Verifica-se, então, quando esses dados essenciais do produto ou serviço são omitidos, de modo que o consumidor não celebraria o contrato, caso estivesse ciente das informações sonegadas. Em outras palavras, é a publicidade que deixa de informar ao consumidor elementos relevantes que, se sabidos, influiriam decisivamente na opção de compra do produto ou serviço anunciado.

Não se exige do anunciante, na hipótese de contar com pouco tempo ou espaço para o anúncio, a obrigação de apresentar todos os dados, características e riscos de seu produto ou serviço. O que se exige, sim, é que, nas condições que lhe foram fornecidos, informe ao consumidor acerca dos dados essenciais. Esses são obrigatórios.

Antônio Herman ensina que a enganiosidade por omissão consiste na:

(...) preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais ou na informação inadequada. A enganiosidade por omissão varia conforme o caso, já que não se exige, conforme mencionado anteriormente, que o anúncio informe o consumidor sobre todas as qualidades e características do produto ou serviço. O fundamental aqui é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor.⁵¹

3.5.2 A PUBLICIDADE ABUSIVA

Esparças linhas já foram traçadas acerca dessa espécie de publicidade. Façamos, agora, um estudo mais detalhado, para que se comece a entender o defeito incutido no produto sob discussão e a conseqüente responsabilização de seu fabricante, ante os danos ocorridos nos consumidores.

Antes, a transcrição do dispositivo que trata dessa publicidade viciada, no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
§ 2º É abusiva, entre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança,

⁵⁰ Sobre dado essencial, preceitua Antônio Herman como sendo aquele que “tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”. *op.cit.*, p.294.

⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.293.

desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Primeiramente, é importante ressaltar que, como o preceito acima deixa transparecer a locução “entre outras”, o elenco da publicidade abusiva é apenas exemplificativo. Pode-se, então, ter como abusiva toda a publicidade, mesmo que não enganosa, que fira, de forma direta ou indireta, as normas do Título I da Constituição Federal.⁵²

Cuida-se de uma publicidade que não chega a ser mentirosa, mas distorcida, desvirtuada dos padrões de publicidade adequada, além de violadora de valores éticos que a sociedade deve preservar. É abuso o mau uso, o excesso, o desrespeito.

Vejam os conceitos e comentários oferecidos pelos mais destacados autores sobre o assunto.

Adalberto Pasqualotto, após extensa e minuciosa explanação acerca de cada item de abusividade descrito no artigo, chega a uma conclusão que ao trabalho interessa, versando sobre os bens protegidos, no que se refere à proibição da publicidade abusiva. Afirma que as modalidades de publicidade abusiva que figuram no art. 37, parágrafo 2º, não estão voltadas diretamente para a proteção dos interesses individuais e patrimoniais do consumidor, como acontece na publicidade enganosa. No entanto, entende que a sua vulnerabilidade é objeto de preocupação bem presente na repressão à exploração do medo e da superstição, na indução a comportamentos perigosos e na publicidade dirigida às crianças. Valores sociais também constam da pauta legal, proibidas que são as mensagens discriminatórias, as que incitam à violência e as que desrespeitam valores ambientais. Identifica, assim, dois objetos de proteção: a vulnerabilidade do consumidor e os valores sociais.⁵³

Cláudia Lima Marques descreve, resumidamente e no mesmo sentido do anterior, como sendo a publicidade abusiva aquela “antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.⁵⁴

⁵² Sobre isso, ADALBERTO PASQUALOTTO entende que a diversidade de formas abusivas torna de difícil sistematização o conteúdo do texto legal, ou seja, a não-taxatividade legal das espécies de publicidade ilícita – o que se ostenta – sugere a pesquisa de uma cláusula geral, que possa subsumir todas as espécies de ilicitude em matéria de comunicação publicitária.

⁵³ PASQUALOTTO, Adalberto. *op.cit.*, p.145.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *op.cit.*, p.350.

Antônio Herman, antes de definir o conceito dessa espécie de publicidade viciada, comenta que o Direito lida muito mais ágil e facilmente com a enganosidade do que com a abusividade dos anúncios publicitários, pois os limites daquela podem ser traçados com mais objetividade no plano teórico. Ressalta que as diversas modalidades de publicidade abusiva, ao contrário da publicidade enganosa, não atacam o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico.⁵⁵

Conclui-se que, em publicidade, abusividade é noção distinta de enganosidade. Aquela pode manifestar-se na ausência desta, e, nem por isso, deixa de ser prejudicial ao consumidor e ao mercado como um todo. Uma conseqüência que se extrai daí é que uma publicidade, mesmo que absolutamente veraz, pode vir, ainda assim, a ser proibida.

O Direito, na verdade, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. No entanto, de tudo que foi examinado, restou a idéia de que, aqui, o consumidor é protegido contra a pretensão das empresas de querer sobrepor seus interesses aos valores imperativos de ordem superior, inerentes aos bons costumes.

4 A NATUREZA ABUSIVA E ENGANOSA DA PUBLICIDADE DO CIGARRO – O VÍCIO LEGAL DO PRODUTO

O objetivo da indústria do fumo, como o de qualquer empresa, é maximizar as vendas e os lucros. Isso requer que sua atenção seja focalizada, não somente em manter as vendas existentes, mas ampliar as vendas para novos consumidores. Entretanto, esta indústria enfrenta um desafio único que não ocorre com outras áreas do comércio. Conforme foi explicado na parte introdutória deste trabalho, o produto, quando usado, encurta a vida de cerca de 50% de seus consumidores e, por isso, há de ser rejeitado.

Não se pode negar que para compensar essas “dificuldades” a indústria tabagista procurou investir enormes somas de dinheiro em publicidade. Todavia, defendem-se alegando que o consumo não foi reduzido nos países que tentaram proibir a publicidade. Aduzem, ainda, que os bilhões de dólares gastos em campanhas publicitárias têm o objetivo de fazer que os fumantes mudem a sua marca preferida, e não o de induzir os jovens a iniciarem a dependência da nicotina.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.296-297.

E, como último reduto, usam o argumento do liberalismo econômico para defender o seu “direito” de divulgar o seu produto.⁵⁶

Em primeiro lugar, já restou comprovado que a proibição da propaganda efetivamente diminui o consumo. Países que tiveram essa proibição e fizeram estudos detalhados, como a Nova Zelândia, o Canadá e a Finlândia, mostraram que o consumo decresceu de 4% a 7% no primeiro ano.⁵⁷ O fumo é o único produto no mundo que tem uma relação de custo-benefício negativa para qualquer país.

As empresas fabricantes de cigarros, desde quando a publicidade de seu produto sofria restrições mínimas, omitiu informações sobre a nocividade do fumo à saúde do consumidor e deixando de advertir no sentido de que a nicotina provoca dependência, levando o fumante ao vício.

É importante frisar que, mesmo com a existência de inúmeras restrições e obrigações impostas ao anunciante do cigarro, continua ele descumprindo como dever de informar previsto no art. 9º da Lei nº 8.078/90, a respeito da nocividade de seu produto à saúde do consumidor. Isso porque, consoante asseverado no início da obra, a responsabilidade aqui tratada faz parte do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, instrumento legal que deve ser aplicado prioritariamente a essa relação de consumo.

Esse comportamento viola, assim, o direito básico do consumidor à proteção da vida e da saúde contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos considerados perigosos ou nocivos, previstos no art. 6º, I do CDC.

4.1 A ENGANOSIDADE DA PUBLICIDADE DO CIGARRO

É a publicidade do cigarro enganosa por omissão. Pertence a essa modalidade patológica por omitir dados essenciais sobre o produto, ou seja, não se trata de uma publicidade adequada e ostensiva. Para que seja, então, desmascarado o caráter enganoso por omissão da publicidade *in casu*, necessário se faz, inicialmente, o detalhamento do que venha a ser uma informação nos moldes das características retromencionadas.

⁵⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996.

⁵⁷ *idem*.

Considera-se ostensiva a informação que mostra, evidencia, traz ao público de forma clara, sem turvações os elementos pertinentes do objeto publicado. Não obstrui passagem para detalhe algum. Identificada a publicidade como tal, ostensivamente informa aquela que trata de todos os aspectos do produto de modo a não deixar dúvidas no âmago do consumidor ao exercer o ato da escolha, quanto a preço, composição química, modo de uso, riscos e conseqüências pelo uso indevido ou pelo simples consumo.

Adequada é aquela informação que se publica de forma apropriada, conveniente, que se corresponde exatamente com o produto anunciado. Existe uma identidade, uma conformidade entre os dados reais do produto e aqueles revelados ao público consumidor. Esta qualidade estreita-se com idéia de veracidade do anúncio publicitário.

Não é o que sempre se observou com a publicidade do cigarro. Ora, ostensiva⁵⁸ seria se trouxesse em cada anúncio, *slogan* e/ou embalagem, a relação de todas as doenças relacionadas ao tabaco e o modo pelo qual se processam no organismo humano, além de alertar acerca da dependência causada pela nicotina e seus efeitos. Muitos podem pensar que se cuida de um exagero, tendo em vista que o senso comum já tem incutido em mente os males causados pelo tabagismo. No entanto, é assim que exige nossa legislação. É assim que o produto em tela atenderia às exigências de bem informar.

Ao contrário, os fabricantes de cigarro, ao patrocinarem seus anúncios publicitários, ou até mesmo em meros sinalizadores, restringiu-se a acoplar advertências rotativas do tipo “fumar faz mal à saúde” e “fumar causa enfisema pulmonar”, com o advento da Lei nº 9.294/96, que em nada solucionaram ou suprimiram a necessidade de um informe detalhado e criterioso.

Cuida-se de um direito que o consumidor do cigarro tem de estar a par de toda e qualquer eventual conseqüência decorrente da prática tabagista, conseqüências essas que devem estar reunidas em cada anúncio publicitário ou unidade do produto posta à venda. Não é assim que acontece com os medicamentos, por exemplo? Os efeitos colaterais são minuciosamente relacionados na bula, ficando o consumidor avisado dos possíveis prejuízos sofridos em seu organismo. Imaginem, então, se tais efeitos fossem expostos, tanto em embalagens, quanto nos anúncios, de maneira rotativa e genérica. Estaria o consumidor sendo informado

⁵⁸ Sobre ostensividade de informação, ver comentários de Fábio Ulhoa Coelho, in *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.151 e 152.

ostensivamente? É normal que se conceda dados de um produto às prestações ou aceitável apenas no caso de um produto que atinge o bem mais precioso do homem?

Por muito tempo, também, a publicidade do cigarro deixou de informar acerca do dado primordial, no que toca ao seu consumo: o de que a nicotina – elemento componente – é uma substância viciante.

4.2. A ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE DO CIGARRO

Além de enganosa por omissão, é também, abusiva a publicidade do cigarro. O Estatuto Consumerista é claro quando afirma, em seu artigo 37, § 2º, que “é abusiva, entre outras a publicidade (...) que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (sublinha nossa).

O simples fato de se ter comprovado no nexo de causalidade entre o tabagismo e a ocorrência de uma série de doenças graves, muitas delas que levam à morte, por si só revela a condição abusiva da publicidade do cigarro. Ora, não restam dúvidas de que se trata de um produto prejudicial à saúde e, se anunciado, é porque pretende o fabricante que pessoas o adquiram, trazendo-lhe lucro. Assim sendo, induzem o consumo da melhor forma possível, para garantir a permanência e o aumento das vendas.

Pelo que se recorda, os anúncios publicitários do cigarro, sejam os televisivos ou veiculados por revistas e jornais, traziam imagens de pessoas saudáveis e bonitas sempre praticando algum tipo de atividade vigorosa, que expressava liberdade, numa demonstração de total ignorância sobre os efeitos que os componentes químicos do produto ofertado poderiam trazer.

Diante disso, comentários acessórios tornam-se dispensáveis e até desnecessários, ante a clareza da redação insculpida no Código, no que tange à abusividade publicitária de um produto.

5 O DEVER DE INDENIZAR DO FABRICANTE DE CIGARROS PELO ART. 12, ANTE O DEFEITO DE INFORMAÇÃO

5.1 INTELIGÊNCIA DO ART. 12

Depois de provada a existência de defeito de informação do cigarro (publicidade abusiva e enganosa), passemos ao estudo do dever de indenizar do fabricante, ante os eventuais danos sofridos pelos consumidores desse produto, nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

Art. 12 – O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes do projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (sublinha nossa)

O Código de Defesa do Consumidor adotou posição harmônica com os estudos e as legislações modernas existentes nos países industrializados e abandonou o clássico conceito de culpa como fundamento da responsabilidade civil, consagrando a responsabilidade civil objetiva do fornecedor/fabricante pelo fato do produto. Assim se revela na expressão “independentemente da existência de culpa”, considerada pela doutrina uma das maiores inovações do CDC. Com isso, o legislador pretendeu que a vítima de um dano provocado por um produto colocado em circulação, para ser indenizada, não fosse obrigada a demonstrar que o fabricante, produtor, construtor ou importador agiu com culpa.

Entretanto, isso não significa que a vítima não tenha o ônus de provar determinados fatos. A responsabilidade objetiva não elimina o problema da prova como um todo. Aqui, o consumidor deverá demonstrar a existência de um dano à sua saúde, à integridade física ou aos bens de sua propriedade e o nexo de causalidade entre ele e o produto defeituoso. Isto é, terá de provar que o evento prejudicial é conseqüência da falta de segurança do produto.⁵⁹ Como essa prova nem sempre é fácil de ser efetivada pela vítima do fato, a prova do nexo causal poderá ser obtida por presunções, devendo o juiz valorar o grau de regularidade que um certo efeito apresenta em relação a uma determinada concausa.⁶⁰

Um pressuposto essencial da responsabilidade do fornecedor é que o produto seja defeituoso, isto é, no momento em que foi colocado no mercado apresente um defeito potencial ou real e que esse defeito seja a causa do dano. O fato gerador da responsabilidade objetiva do fornecedor/fabricante, portanto, não é a sua conduta deficiente, mas o defeito do produto que põe em circulação.

⁵⁹ Na esteira desse entendimento, DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.159: “A abolição do elemento subjetivo da culpa na aferição da responsabilidade não significa exclusão dos demais pressupostos já comentados, a saber: *eventus damni*, defeito do produto, bem como relação de causalidade entre ambos”.

⁶⁰ Entendimento proferido pelo professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha *in Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992, p.90-91, imensamente cabível no caso do cigarro, porquanto sabidamente habituais as ocorrências de doenças originadas pelo tabagismo.

De acordo com Zelmo Denari, três são as modalidades de defeitos dos produtos apresentadas pelo CDC, quais sejam, o defeito de concepção (envolvendo os vício de projeto e formulação), o de produção (referente ao vício de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento dos produtos) e o de informação (envolvendo apresentação, informação insuficiente ou inadequada, incluindo a publicidade).⁶¹

Existem produtos que contêm riscos intrínsecos à sua qualidade ou ao modo de funcionamento conhecidos, bem como produtos de periculosidade inerente, existem aqueles que se tornaram perigosos em razão de um defeito, chamados de periculosidade adquirida. Via de regra, a noção de produto defeituoso é utilizada nos produtos de periculosidade adquirida porque os de periculosidade inerente, embora capazes de causar acidentes, estão, na maioria das vezes, em consonância com as expectativas legítimas dos consumidores.

Segundo lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, a “periculosidade só é inerente quando dotada de normalidade (isto em relação ao produto ou serviço) e de previsibilidade (isto em relação ao consumidor). Se assim não ocorre, cabe ao fornecedor a obrigação de advertir os consumidores (dever de informar) dos riscos inevitáveis”.⁶²

Exceção a essa regra pode ocorrer quando o fornecedor de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou à segurança (periculosidade inerente) deixa de informar de maneira ostensiva e adequada a respeito da nocividade ou periculosidade do produto (art. 9º), tornando-o perigoso em razão de um defeito de instrução ou informação.⁶³

O CDC é claro no sentido de que o fabricante deve assumir os riscos da sua atividade. *In casu*, por mais que informe sobre eles – o que não é feito de maneira clara e ostensiva, conforme já explanado –, não pode deixar de ser responsabilizado por um dano cuja contraprestação foi o aferimento de lucro por sua parte.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.160.

⁶² *idem*, p.267

⁶³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992, p.94.

5.2 INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS AO FUMANTE LESADO

Sofrendo o fumante de um mal (doença ou morte) e, comprovado ser este mal decorrente do consumo do cigarro, isto é, demonstrado o acidente de consumo, deve o fabricante ressarcir-lo – e também sua família, no caso de morte – pelos prejuízos de natureza material e moral. O cabimento no tocante à cumulação de indenização já é matéria pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do verbete sumular 37 dessa Colenda Corte.

No cálculo do montante indenizatório, quanto aos danos materiais, deve-se levar em conta todo e qualquer tipo de gasto despendido com tratamento da doença, além das custas necessárias para a provocação da Justiça e andamento do processo, para ver alcançado o objetivo, incluindo o que foi gasto com honorários advocatícios e custas processuais (lembrando que se tornam cada vez mais onerosas com a subida de instâncias). Em não sobrevivendo o consumidor acidentado, à família é devido o valor correspondente aos gastos com o funeral, aliado aos valores retromencionados.

No que concerne aos danos morais, *a priori*, entende-se que esse atinge bens incorpóreos, como, por exemplo, a imagem, a honra e a auto-estima. Uma análise profunda e completa acerca dos liames que envolvem esse tipo de dano merece um estudo à parte. No entanto, pelo superficial conhecimento que se tem sobre o tema, não se permite discordar que o sofrimento e os distúrbios psicológicos causados pelo fumante e sua família, mediante uma grave doença ou morte, não sejam objeto de ressarcimento por parte daqueles que lhes permitiram a causa.

A adoção desse sistema de responsabilidade leva por suporte basicamente a circunstância de que quem aufere vantagens no desenvolvimento de uma atividade perigosa deve, necessariamente, arcar com os ônus decorrentes, pois tais atividades, com frequência, ocasionam danos, daí a razão de sujeitar seus titulares à reparação pela simples criação e introdução de coisas perigosas na sociedade.⁶⁴

5.3. JURISPRUDÊNCIA

Por fim, para que o trabalho não termine sem ilustração alguma de um caso real e concreto que tenha sido apreciado pela Justiça pátria, relacionaram-se alguns casos.

⁶⁴ ADIERS, Leandro. *op.cit.*, p.28.

Primeiro, expõe-se um caso isolado. Em Belo Horizonte, a Souza Cruz, líder do mercado de cigarros no Brasil, foi condenada a depositar em juízo R\$ 100.000,00 (cem mil Reais) para custear o tratamento médico do *designer* gráfico aposentado Eduardo Ventura de quarenta e oito anos. Fumante desde os dezessete, teve as duas pernas amputadas há sete anos por causa de uma doença vascular originada do tabagismo. Essa quantia foi conseguida em sede de liminar. O processo ainda corre na 29ª Vara Cível da capital mineira e se sucumbir a empresa fabricante de cigarro terá de arcar com uma indenização de R\$ 2.000.000,00.⁶⁵

O outro é o da ação civil coletiva de responsabilidade por danos individuais homogêneos proposta pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante (Adesf), por meio da qual se buscou a indenização por danos patrimoniais e morais sofridos pelos consumidores fumantes, pelo induzimento ao consumo do cigarro – em função da publicidade abusiva e enganosa, daí resultando o vício adquirido e a compra compulsiva do produto. Apesar de embasar a comprovação do defeito de informação em dispositivos do CDC, a Associação aponta a responsabilidade do fabricante com fulcro no art. 159 do Código Civil, sob o fundamento de que agiu dolosamente ao omitir o fato de que a nicotina é substância viciante. Os autos do respectivo processo já foram analisados pela Corte Superior pátria, oportunidade em que o relator do feito, o Exm.º Sr. Ministro César Asfor Rocha não conheceu do recurso da Philip Moris Marketing S/A, entendendo ser cabível a inversão do ônus da prova.⁶⁶

Em sentido contrário à tese em comento, mas não menos importante ao trabalho é o recente julgado proferido pelo Tribunal local, assim ementado:

Reparação de danos materiais e morais – Malefícios à saúde causados pelo uso de cigarro – Câncer de pulmão – Empresa responsável pela fabricação do produto – Propaganda enganosa – Omissão por não informar acerca dos danos provocados pelo fumo – Responsabilidade – Não-configuração – Hábito de fumar – Escolha consciente do fumante. 1. Inviável se revela pretensão tendente a condenar empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, à consideração de que teria veiculado propaganda enganosa e omitido acerca dos prejuízos e malefícios causados pelos componentes químicos existentes no cigarro. 2. A empresa responsável pela fabricação de

⁶⁵ JORNAL CORREIO BRAZILIENSE. *Fumante é indenizado*. Caderno de Saúde. 1 set. 2000. p.15.

⁶⁶ VICENTE, João Eduardo, MÔNACO Luiz Carlos M e ALBANESE, Mário, Fabricantes de Cigarros: induzimento ao consumo do produto em função de publicidade enganosa e abusiva, resultando vício e compra compulsiva. Responsabilidade civil dolosa. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, 38, abr./jun. 2001.

cigarros desenvolve atividade lícita, porquanto autorizada, disciplinada e fiscalizada pelo poder público e, uma vez disponibilizado o produto ao consumidor, este iniciou e continuou sua atividade tabagista, o fez por livre e espontânea vontade, não havendo que se falar em responsabilidade da empresa por suposta veiculação de propaganda enganosa, tanto mais quando demonstrado a mesma vem divulgando seus produtos sem extrapolar os lindes delimitados pela Portaria nº 490/88 e legislações subseqüentes. 3. Não configurada a conduta ilícita por parte da ré e caracterizada a culpa exclusiva do autor, que, mesmo ciente quanto ao risco do produto consumido, assumiu-o voluntariamente ao persistir no hábito do tabagismo, incensurável se revela provimento jurisdicional de julga improcedente pleito indenizatório respectivo. (Apelação Cível nº 1999.01.1048.7889, Rel. Adelith de Carvalho Lopes, 2ª Turma Cível, DJ de 02/10/2002).⁶⁷

6 CONCLUSÃO

A função do Direito é cuidar do bom relacionamento em sociedade e fazê-la caminhar para a evolução, incorporando e positivando os valores oriundos da solidificação dos costumes e do amadurecimento histórico. O que ontem era novidade é hoje realidade e amanhã poderá tornar-se questão ultrapassada. Foi assim que muitas práticas extremamente odiosas foram banidas, como, por exemplo, a escravidão.

Definiu-se, aqui, o entendimento de que a pessoa que empreende atividade permitida fica sujeita a uma responsabilidade específica, devendo responder pelo risco. Isto significa dizer que as atividades perigosas estão sujeitas a um regime jurídico próprio, na medida em que o sistema leva por suporte a objetivação desta responsabilidade, afastando indagações em torno do elemento subjetivo da conduta danosa, substituído pelo fator risco como fundamento da responsabilidade.

A fabricação e o comércio do cigarro agridem frontalmente, além da Constituição Federal de 1988, os artigos 4º, 6º e 8º do Código de Defesa do Consumidor, pois significam um desrespeito à saúde, segurança e qualidade de vida dos consumidores. O artigo 10 do mesmo diploma legal impede, até, a colocação no mercado de produto que apresente alto grau de nocividade ou perigo à saúde ou à segurança, sendo estes impróprios para o consumo.

⁶⁷ <http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia>

Uma vez demonstrada a quebra do dever de informar, por meio da publicidade abusiva e enganosa do cigarro, aliada à hipossuficiência do consumidor, resultou clara a definição do produto pelo poder público como nocivo, perigoso e gerador de riscos. A caracterização da atividade como perigosa é potencialmente nociva, por si só, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para submeter o fabricante à responsabilidade objetiva pelos danos causados.

Ora, como bem asseverou Leandro Adiers,

(...) a atividade econômica que alcança uma ampla gama de consumidores, fornecendo-lhes produtos destinados à utilização freqüente ou habitual, consumíveis por meio de ingestão e processados pelo organismo humano é inevitavelmente perigosa e impõe, para seu exercício, uma série de obrigações pré-contratuais (estudos e pesquisas exaustivas e conclusivas acerca dos efeitos e conseqüências de seu uso), contratuais (atendimento das finalidades para o qual foi produzido, comercializado e adquirido pelo consumidor – adequabilidade e prestabilidade) e legais (normativas).⁶⁸

Conseguimos comprovar, pelo presente estudo, a enganosidade e a abusividade do cigarro, nos termos do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, visto que omite dados essenciais sobre o produto e induz o consumidor à uma prática que contraria sua saúde. Sendo esse o defeito do produto, vimos que, na ocorrência de um fato danoso à sua integridade física e moral, resguardado está o direito do fumante de ser indenizado pelo fabricante, sem que precise perquirir a culpa desse; ou seja, o artigo 12 do Código prevê a responsabilidade objetiva em casos como este.

A importância, bem como o dever da prevenção dos danos é clara na medida em que,

(...) colocado o produto no mercado e maciçamente induzido o seu consumo, experimentado por uma gama infindável de consumidores, surge o vício derivado da dependência química, que já torna o consumo não uma questão de opção, de livre escolha, mas de necessidade física e psíquica, já que a abstinência gera uma série de distúrbios que a maioria das pessoas não demonstra capacidade de controlar e submeter ao seu arbítrio consciente.⁶⁹

⁶⁸ ADIERS, Leandro. *op.cit.*, p.34.

⁶⁹ *ibidem*, p.29.

Convém, mais uma vez, ressaltar que a maioria das pessoas que hoje apresentam problemas de saúde em razão do hábito do fumo adquiriu tal hábito bem antes de ser informada sobre os dados oficiais e científicos, demonstrando concretamente o potencial nocivo e danoso do tabagismo. Na época em que essas se iniciaram na prática de fumar, tal atitude era fortemente encorajada por meio da publicidade, sem tipo algum de advertência.

Visto que a nocividade e a periculosidade do produto, bem como sua utilização, ofendem a integridade física, a saúde dos indivíduos, bens inalienáveis, de interesse e relevância social, é necessária não apenas a informação ostensiva e adequada da nocividade, mas a, por enquanto utópica, suspensão da fabricação e conseqüente comercialização do produto. Utópica porque o hábito do fumo é um evento centenário, milenar, bem mais antigo que as práticas de proteção ao consumidor. Isso faz que nos deparemos com uma ardilosa barreira político-econômica que envolve a fabricação do cigarro que, ao mesmo tempo, justifica a mentalidade de aceitação dos danos causados pelo uso do produto fixada na sociedade. É tido como normal o vício em nicotina.

Ora, se a coletividade em massa aceita um tipo de comportamento, se ela não enxerga a violação constante de um direito básico, como esperar dessa mesma coletividade que exija do estado uma punição àqueles que, nesse sentido (publicidade do cigarro/colocação no mercado de produto prejudicial à saúde), violam direitos seus?

Por derradeiro, trago à colação trecho extraído de obra publicada pelo Exm.º Sr. Ministro do STJ Carlos Alberto Menezes Direito, que bem resume o entendimento que se deseja expressar:

A jurisprudência, certamente, será responsável pela construção protetora dos direitos do consumidor. Está apenas começando. Um longo caminho ainda deverá ser percorrido.

Esses são alguns traços sobre esse tema complexo e fascinante. A sociedade é que será responsável pela aceitação e a prática desse Código recente, mas que diz com a vida social, com a dignidade do cidadão consumidor e usuário.⁷⁰

⁷⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *op.cit.*, p.40.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADIERS, Leandro. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. *Revista Jurídica*, n. 257, mar. 1999.
- ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, n. 21, jan./mar. 1997.
- ARRUDA, Alvim e outros. *Código do consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1984.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A disciplina civil da publicidade no código de defesa do consumidor. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 7, v. 13, jan./jun. 1999.
- COCCARO FILHO, Celso A. Publicidade e direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 42, dez. 1994.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A proteção do consumidor na sociedade de informação. *Revista de Direito Renovar*. n. 12, set./dez. 1998.
- FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- GUSSO, Moacir Luiz. *Dano moral indenizável*. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000.
- <http://www.adesf.com.br/doencastr.html>.
- <http://www.inca.org.br/prevenção/tabagismo/tableg.html>.

- JACOB, Vera Maria. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*. ano 79, jun. 1990.
- JORNAL CORREIO BRAZILIENSE de 1 set. 2000, *Caderno de Saúde*, p.15.
- LISBOA, Roberto Senise. *Relação de consumo e a proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3.ed. São Paulo: RT, 1999.
- MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 9, n. 35, jul./set. 2000.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. 1.ed. São Paulo: RT, 1997.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VENTURINI, Elton. Indenização por danos sofridos em decorrência de publicidade enganosa ou abusiva. *Jurisprudência Brasileira*. v. 181, 2000.
- VICENTE, João Eduardo; MÔNACO, Luiz Carlos M. e ALBANESE, Mário. Fabricantes de cigarros: induzimento ao consumo do produto em função de publicidade enganosa e abusiva, resultando vício e compra compulsiva. Responsabilidade civil dolosa. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor* 38, abr./jun. 2001.