



**Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito
Coordenação de Monografia e Pesquisa**

FABÍOLA DE OLIVEIRA FERREIRA

**O CONTROLE DA PUBLICIDADE DE TABACO NO BRASIL
COMO PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR**

**BRASÍLIA
2009**

FABÍOLA DE OLIVEIRA FERREIRA

**O CONTROLE DA PUBLICIDADE DE TABACO NO BRASIL
COMO PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR**

Projeto de pesquisa para elaboração de monografia no curso de graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Prof. Leonardo Roscoe Bessa

**BRASÍLIA
2009**

Agradeço primeiramente a Deus, que sempre está ao meu lado. Aos meus amados pais e irmãs, razão da minha vida. E ao meu namorado pela companhia de sempre!

Meus mais sinceros agradecimentos ao orientador Leonardo Roscoe Bessa pelas sinceras considerações, que tornaram possível a realização desta pesquisa.

RESUMO

A questão do tabaco no Brasil propiciou um grande problema de saúde pública. Por isso é necessária uma avaliação dentro da perspectiva protetiva aos direitos do consumidor. O trabalho demonstra que a falta ou deficiência de informação clara e precisa sobre os efeitos decorrentes do uso do tabaco atraiu boa parte dos consumidores ao seu uso sem que lhe fossem apresentadas ações e consequências do hábito de fumar. Em resposta à problemática, identificou-se a publicidade tabagista como a principal causa da falta de informação. O objetivo deste estudo é verificar a legitimidade, a constitucionalidade e a adequação das restrições à publicidade do produto impostas pela Lei n.º 9.294/96, diante dos graves e incontestáveis malefícios causados à sociedade consumidora.

Palavras-chave: Publicidade; tabaco; proteção ao consumidor; saúde pública; Lei 9.294/96.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O TABACO E SEUS EFEITOS SOBRE OS CONSUMIDORES	9
1.1 Substâncias do cigarro	11
1.2 Doenças relacionadas ao uso contínuo do tabaco.....	14
1.2.1 Câncer de pulmão	16
1.2.2 Doenças coronárias.....	18
1.2.3 Acidente vascular cerebral – AVC	19
1.2.4 Úlcera gastroduodenal	19
1.2.5 Impotência sexual	20
1.2.6 Tabagismo e a saúde da mulher.....	20
1.3 Deficiência de informação sobre os malefícios do cigarro.....	21
2 PODER PERSUASIVO DA PUBLICIDADE.....	24
2.1 <i>Marketing</i> , propaganda e publicidade	26
2.2 Publicidade de tabaco e seus elementos caracterizadores	30
2.3 Publicidades sobre cigarro: Um olhar para o passado.....	33
3 CONSUMIDOR E A PROTEÇÃO EM RELAÇÃO À PUBLICIDADE	38
3.1 Disciplina da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.....	41
3.1.1 Publicidade enganosa	42
3.1.2 Publicidade abusiva	45
3.2 A Constituição e a publicidade de produtos derivados de tabaco	47
3.3 Lei n.º 9.294, de 15 de julho de 1996	49
3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311	53
3.5 Suficiências da legislação em relação ao problema.....	55
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O Direito não é uma ciência autônoma, nem haveria de ser. Diante de tantos problemas sociais evidenciados dentro do sistema jurídico, a interdisciplinaridade é necessária. O Estado precisa intervir dentro do sistema social, para garantir o bem-estar coletivo, o que permite entrar em searas desconhecidas, como a comunicação social, para entender o seu funcionamento e tentar extrair, coibir, controlar, os efeitos finais que determinadas práticas causam dentro da sociedade. Esse papel cabe ao Direito. Não pode o sistema jurídico se fechar, pois as questões sociais se renovam quase que diariamente, e o Direito não acompanha com a mesma velocidade para que sejam tutelados os objetos antes que seus efeitos sejam percebidos.

A questão do tabaco no Brasil propiciou um grande problema de saúde pública. A falta de controle da publicidade de cigarro ensejou uma problemática imensa, por isso é necessária uma avaliação dentro da perspectiva protetiva aos direitos do consumidor.

No trabalho, será demonstrada a dependência existente entre boa parte da população e o cigarro. Ou seja, analisou-se primeiramente o tabaco, em especial o cigarro, quanto as suas substâncias e seus efeitos sobre os consumidores o que resultou numa enumeração das diversas doenças e complicações que decorrem do uso contínuo do cigarro pelo consumidor. Destacou-se que a falta ou deficiência de informação clara e precisa sobre os efeitos decorrentes do uso do tabaco atraiu boa parte dos consumidores ao seu uso sem que lhe fossem apresentadas ação e consequências do hábito de fumar, e em resposta à problemática identificou-se a publicidade tabagista como a principal causa da falta de informação.

Em segundo momento, foi necessário entrar no universo da comunicação social para definir o que vem a ser anúncio comercial, percorrendo a própria publicidade, diferenciando-a da propaganda e do *marketing*, para então chegar-se ao conceito jurídico de publicidade. Ao final, buscou-se um breve olhar para o passado da publicidade de cigarro no Brasil como objetivo de indicar o que fez a publicidade de tabaco ilegal no sistema jurídico brasileiro a fim de averiguar a adequação da Lei n.º 9.924, de 15 de julho de 1996.

No capítulo conclusivo, procurou-se identificar, em um primeiro momento, o sistema de controle da publicidade adotado em relação ao consumidor no Brasil, bem como percorrer a parte que assiste a publicidade no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), para fins de conceituar a publicidade enganosa e abusiva, tendo sempre em pauta a atividade publicitária sobre o tabaco como objetivo.

Ainda abordou-se a publicidade dentro de uma ótica constitucional no que tange às restrições da publicidade de tabaco e outros produtos perigosos a saúde, para, só então focar a Lei 9.924/96, fazendo um estudo analítico para verificar a proteção efetiva ao consumidor dada pela lei, quando restringe a publicidade de tabaco. Também buscou-se visualizar as medidas adotadas para que o consumidor saiba realmente o que está comprando e os cuidados tomados para não expor os não fumantes.

Enfim, a tarefa principal do presente trabalho é verificar se o controle da publicidade de tabaco no Brasil é uma maneira de resguardar os direitos do consumidor, tendo em vista uma perspectiva mínima dos direitos fundamentais em questão, almejando atestar a adequação, legitimidade e constitucionalidade da Lei 9.924/96 para justificar a solução adotada pelo sistema jurídico em confronto com a sobreposição de problemas desencadeados pelo uso exacerbado de tabaco pela sociedade consumidora.

1 O TABACO E SEUS EFEITOS SOBRE OS CONSUMIDORES

Um dos maiores males a saúde da humanidade atualmente não precisa de muitas pesquisas ou estudos para ser notado. Basta apenas olhar ao redor e ver quantas pessoas estão fumando, por vários motivos, razões ou escolhas. Porém, hoje, o tabagismo, manifestado no seu produto mais conhecido, o cigarro, vem sendo tratado mais do que nunca como um problema de saúde pública.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) possui dados¹ de que um bilhão e duzentos milhões de pessoas sejam fumantes e também indica o tabagismo como o maior causador de mortes evitáveis no mundo.²

Em relatório lançado pelo Comitê de Peritos da Organização Mundial de Saúde nomeado “Consequências do Tabaco para Saúde” enfatiza-se que:

O tabaco é uma das maiores ameaças a pesar sobre a saúde moderna, porém é uma ameaça que se pode evitar. Sem embargo, é difícil lutar contra esse hábito, já que o interesse das autoridades de saúde pública se enfrenta com importantes fatores econômicos e sociais com frequência atuando contra os esforços orientados a defender a saúde. É preciso, em consequência, os governos adotarem decisões enérgicas para que as campanhas destinadas à luta contra o consumo excessivo do tabaco tenha alguma probabilidade de ter êxito.³

¹ Dados mundiais indicam que “o total de mortes devido ao uso do tabaco atingiu a cifra de 4,9 milhões de mortes anuais, o que corresponde a mais de dez mil mortes por dia. Caso as atuais tendências de expansão do seu consumo sejam mantidas, esses números aumentarão para 10 milhões de mortes anuais por volta do ano 2030, sendo metade delas em indivíduos em idade produtiva (entre 35 e 69 anos).” *Ministério da Saúde*: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo /frameset .asp ?item=dadosnum&link=mundo.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

² *Ministério da Saúde. Dados e números*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo /frameset .asp?item=atento &link=conheca.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

³ ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 14.

Pesquisas feitas mundialmente comprovam que o cigarro mata mais do que a Aids, a malária e a varíola em conjunto.⁴

Dos cerca de 1,25 bilhões de fumantes no mundo, mais de 30 milhões são brasileiros. O fumo é responsável por 90% dos casos de câncer de pulmão e está ligado à origem de tumores malignos em oito órgãos (boca, laringe, pâncreas, rins e bexiga, além do pulmão, colo do útero e esôfago). Dos seis tipos de câncer com maior índice de mortalidade no Brasil, metade (pulmão, colo de útero e esôfago) tem o cigarro como um de seus fatores de risco.⁵

De acordo com o Instituto Nacional de Câncer (INCA), pertencente ao Ministério da Saúde, o Brasil possui número de mortos que chega a duzentas mil pessoas por ano. Ademais, outra grande parcela da população⁶ tem membros amputados, dentição em péssimo estado, rosto desfigurado, câncer de próstata, esôfago, pulmão e enfisema pulmonar.⁷

O tabagismo é fator que contribui claramente para o desenvolvimento de doenças e agravos não transmissíveis (DANT),⁸ constatado nos obituários brasileiros, e vem crescendo desde a década de 30 até os anos 90. Em 2004 a projeção aumentou o triplo. Dados

⁴ *Ministério da Saúde. Sobre o Cigarro*. Disponível em: <http://www.consciencia.net/2004/mes/01/_sobreo_fumo.html>. Acesso em: 19 mai. 2009.

⁵ *Ministério da Saúde. Programa Nacional de Controle do Tabagismo e outros Fatores de Risco de Câncer*. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=139>. Acesso em: 23 de maio de 2009.

⁶ Pesquisa realizada nomeada “*Inquérito Domiciliar sobre comportamentos de risco e morbidade referida de doenças e agravos não transmissíveis*” feito, nos anos 2002 e 2003, detectou que “entre pessoas de 15 anos ou mais, residentes em 15 capitais brasileiras e no Distrito Federal, a prevalência de tabagismo variou de 12,9 a 25,2% nas cidades estudadas. Os homens apresentaram prevalências mais elevadas do que as mulheres em todas as capitais. Em Porto Alegre, encontram-se as maiores proporções de fumantes, tanto no sexo masculino quanto no feminino, e em Aracaju, as menores. Essa pesquisa também mostrou que a concentração de fumantes é maior entre as pessoas com menos de oito anos de estudo do que entre pessoas com oito ou mais anos de estudo. Em relação à prevalência de experimentação e uso de cigarro entre jovens, de acordo com estudo realizado entre escolares de 12 capitais brasileiras, nos anos de 2002-2003 (*Vigescola*) a prevalência da experimentação nessas cidades variou de 36 a 58% no sexo masculino e de 31 a 55% no sexo feminino, enquanto a prevalência de escolares fumantes atuais variou de 11 a 27% no sexo masculino e 9 a 24% no feminino”. *Ministério da Saúde*: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=brasil.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

⁷ *Ministério da Saúde. Sobre o Cigarro*. Disponível em: <http://www.consciencia.net/2004/mes/01/_sobreo_fumo.html>. Acesso em: 19 mai. 2009.

⁸ De acordo com o *Boletim Epidemiológico Paulista (BEPA)* em seu informe mensal sobre agravos à saúde pública. Doenças e agravos não transmissíveis (DANT) são aquelas em que não há um agente transmissor de um indivíduo para o outro, como ocorre com as doenças transmissíveis, dependendo de uma rede de fatores de natureza diversificada. Paráfrase de trecho do texto retirado do *site*: <http://www.cve.saude.sp.gov.br/agencia/bepa9_cronica.htm>. Acesso em: 19 mai. 2009.

atualizados de pesquisas do Ministério da Saúde indicam que a cada hora 23 fumantes morrem em virtude de doenças ligadas ao contínuo hábito de fumar.⁹

1.1 Substâncias do cigarro

O cigarro é constituído por uma mistura heterogênea de componentes químicos, cerca de 4.700 substâncias¹⁰ tóxicas diferentes podem ser encontradas em somente uma unidade.

Compõe-se, então, de duas fases identificadas como: a particulada ou condensada e a gasosa. Existem vários métodos químicos utilizados para analisar as substâncias componentes do cigarro, porém as concentrações sempre vão variar de acordo com o tempo e o número de tragadas efetuadas pelo usuário.¹¹

Na fumaça do cigarro comumente encontram-se: nitrogênio, oxigênio, dióxido de carbono, monóxido de carbono, hidrogênio, argônio, metano, hidrocarbonetos saturados e não saturados, carbonilas, ácido cianídrico, amônia, formaldeído, acetaldeído, acroleína, derivados carbonilas e ácidos orgânicos diversos.¹² Essas substâncias produzem numerosas irritações e processos inflamatórios que prejudicam desde a faringe e a laringe, até a traquéia, e são as principais causadoras do desenvolvimento do câncer pulmonar.¹³

E o que dizer sobre os fumantes passivos, indivíduos que inalam a fumaça dos derivados do tabaco expelida pelos fumantes? Em verdade o tabagismo passivo é a terceira

⁹ Ministério da Saúde. Vigitel Brasil 2006. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_vigitel_2006_marco_2007.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2009.

¹⁰ Ministério da Saúde. Conheça o cigarro por dentro. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

¹¹ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 6.

¹² DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 6.

¹³ Ministério da Saúde. Conheça o cigarro por dentro. Disponível em: <[http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset .asp?item=atento &link=conheca.htm](http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2009.

maior causa de morte evitável quando associada ao álcool. Apesar de não possuir contato direto com o cigarro, a fumaça que possui a maior parte das substâncias intoleráveis, causa na mesma medida ou em mais elevado risco os danos decorrentes da poluição tabagística diária.¹⁴

Já na base sólida ou particulada são encontrados derivados do petróleo, chumbo, algumas substâncias radioativas e três substâncias que se destacam devido aos seus efeitos psicofisiológicos: nicotina, alcatrão e monóxido de carbono.

A principal vilã que compõe o tabaco é a nicotina, inclusive é considerada pela OMS como droga psicoativa que causa dependência, sendo a grande responsável pela tabaco-dependência, pois é absorvida rapidamente pelo organismo. Por isso, o tabagismo pertence ao grupo de transtornos mentais e de comportamento, constando no Código Internacional de Doenças (CID-10).¹⁵

Os fumantes absorvem¹⁶ praticamente toda a nicotina que há dentro de cada cigarro. Esse processo se dá no pulmão. Em geral os usuários sentem necessidade de fumar a cada meia hora. Isso acontece por que a concentração da nicotina no sangue está sendo

¹⁴ Ministério da Saúde. *Conheça o cigarro por dentro*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

¹⁵ Ministério da Saúde. *Conheça o cigarro por dentro*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

¹⁶ O autor elenca e identifica a real natureza dos elementos que estão contidos no cigarro. Afirma que a radiatividade é uma das principais responsáveis pelo câncer. A amônia é encontrada no tabaco e também utilizada como produto para limpar vidros e azulejos. “Segundo as indústrias fumígenas, sua função seria a de acentuar o sabor do cigarro”. A acetona substância inflamável comumente usada para remover esmalte. O formol pode causar problemas respiratórios nos usuários. Normalmente utilizados na conversação de cadáveres. O proglicerol “usado para hidratar o tabaco já que 30% (trinta por cento) é formado por um composto de folhas baratas, resto de poeira”. A naftalina pode atacar rins e olhos. Na verdade usa-se para matar baratas. Não passa de um gás sintetizado que provoca tosse e irritação. O fósforo P4/P6 é componente do veneno Racumim para matar rato. “As indústrias recusam-se a informar qual quantidade dessa substância é adicionada aos cigarros”. O xileno antigamente utilizado em tintas para caneta e devido à nocividade não mais se usa essa substância em tintas, porém no cigarro quantidades pequenas são adicionadas. O butano é mais conhecido como gás de cozinha. “Quando inalado vai direto aos pulmões, toma o lugar do oxigênio e é bombeado para o sangue. [...] Cheirar butano é pior que fumar *crack*”. DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 7.

desestabilizada. Assim, é necessário repor os níveis do alcalóide no sangue. É justamente essa dependência que causa a tão famosa síndrome de abstinência.¹⁷

Após a primeira tragada¹⁸ em apenas 60 segundos a nicotina estará agindo sobre o sistema nervoso central.¹⁹ Libera os níveis de catecolaminas, acelera a frequência cardíaca, causando hipertensão arterial e provocando uma maior adesividade plaquetária. Em conjunto com o monóxido de carbono pode levar a úlcera gástrica e desestimular a fabricação de elastina, dando origem ao enfisema pulmonar.²⁰

Outra substância muito nociva componente do cigarro é o alcatrão. Na verdade, é um conjunto de outros 43 componentes formados a partir da combustão do tabaco. Dentre elas, o arsênio, níquel, benzopireno, cádmio, resíduos de agrotóxicos, substâncias radioativas, como o polônio 210, acetona, naftalina e até fósforo P4/P6. Além de provocar o amarelamento dos dentes e dedos dos usuários, todas são comprovadamente cancerígenas.²¹

A indústria tabaqueira afirma desenvolver estudos visando a menores concentrações²² do alcatrão e da nicotina. Esses produtos foram nomeados de *light* ou suaves. Porém o que realmente acontece é a continuidade do ciclo vicioso, pois na ilusão de ser menos nocivo, o consumidor que opta por esses produtos, já com níveis altos desses

¹⁷ ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 20.

¹⁸ “A cada tragada o fumante introduz no seu organismo substâncias como amônia, benzeno, acetona (solvente), formol, *propilenoglicol*, acetato de chumbo, *methoprene*, naftalina, fósforo, terebintina, xileno, butano, e muitos outros gases tóxicos e partículas em suspensão. Para que o papel queime de maneira uniforme e a cinza não se fragmente, são ainda somados ao cigarro mais doze tipos de venenos químicos. [...] Além disso, como a planta do fumo é muito suscetível ao ataque de várias pragas, potentes agrotóxicos são utilizados na lavoura, o que vem aumentar a quantidade de veneno aos quais ficam sujeitos os fumantes (ativos e passivos) sempre que um cigarro é aceso.” DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 7-8.

¹⁹ ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 21.

²⁰ Ministério da Saúde. *Conheça o cigarro por dentro*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

²¹ Ministério da Saúde. *Conheça o cigarro por dentro*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

²² Empresa Souza Cruz. *Fumo e saúde*. Redução de risco. Disponível em <<http://www.souzacruz.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

alcalóides agindo no corpo, acaba fumando o dobro de cigarros em tragadas mais profundas. Em medida defensiva do consumidor, a Resolução n.º 46 da Anvisa, de 28 de março de 2001, proibiu o uso de expressões como: *light*, suave, ultra *soft* e leve, pois induziam o consumidor a erro.²³

Por final, o monóxido de carbono, substância que representa de 3% a 6% do cigarro, e está diretamente relacionado à produção de hemoglobina, presente nos glóbulos vermelhos do sangue, pois obstaculiza o sistema de transporte sanguíneo. Isso acontece devido à produção de *carboxihemoglobina* (monóxido de carbono e hemoglobina) que provoca drástica diminuição na saturação do oxigênio em certos órgãos. Essa é uma razão das quais fumantes possuem aparência ofegante principalmente aqueles que já não têm um bom sistema circulatório ou problemas respiratórios.²⁴ Principal responsável pela poluição do ar, os níveis de monóxido em lugares onde fumantes tragam com frequência é muito superior ao limite permitido pela regulamentação do trabalho.²⁵

1.2 Doenças relacionadas ao uso contínuo do tabaco

A literatura científica, pesquisas e estatísticas têm demonstrado que o tabagismo está relacionado diretamente a muitas doenças que se refletem nos sistemas cardiovascular, respiratório e cerebrovascular e nas neoplasias²⁶. O vício de fumar se expandiu grandemente desde a Primeira Guerra Mundial, generalizando-se ainda mais nas

²³ Ministério da Saúde. *Conheça o cigarro por dentro*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

²⁴ ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 25.

²⁵ ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 25.

²⁶ “No organismo, verificam-se formas de crescimento celular controladas e não controladas. A hiperplasia, a metaplasia e a displasia são exemplos de crescimento controlado, enquanto que as neoplasias correspondem às formas de crescimento não controladas e são denominadas, na prática, de ‘tumores’. A primeira dificuldade que se enfrenta no estudo das neoplasias é a sua definição, pois ela se baseia na morfologia e na biologia do processo tumoral. Com a evolução do conhecimento, modifica-se a definição. A mais aceita atualmente é: ‘Neoplasia é uma proliferação anormal do tecido, que foge parcial ou totalmente ao controle do organismo e tende à autonomia e à perpetuação, com efeitos agressivos sobre o hospedeiro’” (Pérez-Tamayo, 1987; Robbins, 1984). *Manual de bases técnicas APAC/ONCO*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/decas/neoplas.mansia.htm>>. Acesso em: 23 mai. 2009.

últimas quatro décadas. Esse fenômeno social, hoje universal, vem ocupando a atenção de governos, órgãos internacionais de saúde, instituições médicas e de educação.²⁷

O consumo do tabaco no Brasil se apresenta em níveis bastante superiores a de outros países da América Latina. A idade base para o início do hábito é cada vez menor. Em pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (Cebrid) detectou-se que meninos de 10 a 12 anos já fizeram uso do cigarro. Ademais, verificou-se a faixa etária base de fumantes de 20 a 49 anos, os homens estão em maior número em todas as faixas, porém as mulheres cada vez mais cedo têm entrado nas estatísticas.²⁸

Com uma boa dose de irreverência, e com alta dose de ironia, Moacyr Scliar propõe os “Direitos dos Fumantes”:

1 – Todo fumante tem direito a seu câncer de pulmão, ou na sua ausência a sua bronquite crônica, à sua cardiopatia isquêmica, ou a doenças similares relacionadas ao tabaco, desde que estes possam no mínimo reduzir a expectativa de vida; 2 – todo fumante tem o direito a poluir o ambiente de trabalho e o de suas casas, principalmente se tiver filhos pequenos, suscetíveis aos problemas causados pelo tabaco; 3 – todo fumante tem direito a provocar incêndios, sendo necessário reservar matas nativas para este fim; 4 – todo fumante tem direito à desagradável aparência dos dedos e dos dentes manchados, e ainda ao hálito de fumante; 5 – todo fumante tem direito a assinalar sua passagem com o cheiro de cigarro; 6 – toda mulher grávida tem direito de prejudicar o feto com o uso do cigarro; 7 – todo fumante tem direito a estimular o contrabando de cigarro, de modo que o produto nunca falte; 8 – todo fumante tem o direito de exigir dos fabricantes a seleção de plantar com maior teor de nicotina; 9 – todo fumante tem direito a gastar o direito que deveria ser destinado ao bem-estar de sua família com cigarros; 10 – todo fumante tem direito ao reconhecimento de sua condição como dependente de suas substâncias que o transformam num autômato de verdade.

²⁷ ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 25.

²⁸ *Tabagismo: danos e números*. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dados_num&link=mundo.htm>. Acesso em: 20 mai. 2009.

1.2.1 Câncer de pulmão

A doença do século XX. Assim é considerado o câncer de pulmão. Juntamente com o crescimento do número de mortes em razão dessa doença, aumentou também o número de usuários de tabaco no Brasil em todo o mundo. E como já esperado há uma ligação íntima entre os malefícios do tabaco e o câncer de pulmão.²⁹

Nos anos 80, o câncer do pulmão foi o responsável por aproximadamente 16% de todos os novos casos de neoplasia em todo o mundo. Sua morbidade e sua mortalidade vêm crescendo progressiva e continuamente, mas, nos últimos 15 anos, observou-se estabilização da mortalidade entre os homens e seu acréscimo entre as mulheres. Esse fato – a estabilização da incidência entre os homens e o seu aumento entre as mulheres – deve-se à modificação do hábito de fumar: os homens vêm parando de fumar em maior número do que as mulheres.³⁰

A maioria dos estudos analisados não quer dizer que o tabaco seja o causador do câncer de pulmão³¹. Somente confirma que é o grande contribuinte, ou seja, é um dos principais fatores de risco. “Mais de 90% dos tumores do pulmão podem ser evitados, simplesmente, abandonando-se o hábito de fumar.”³² Em monografia publicada pelo Ministério da Saúde nominada “Estimativas da incidência e mortalidade por câncer em 2003”³³ cada parte da federação foi acompanhada, para que fossem desenvolvidos estudos

²⁹ O câncer pulmonar origina-se por um crescimento não esperado do pulmão, ou seja, as células dos brônquios desenvolvem mutações. É silencioso, não possui sintomas evidentes. Por isso, na maioria das vezes, quando os pacientes procuram ajuda médica o câncer já está em estágio terminal. Embora a radioterapia e a cirurgia possam eliminar os tumores, a velocidade e o gravame das doenças prejudicam o tratamento. DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 16 e 17.

³⁰ *Jornal de Pneumologia*. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

³¹ “A análise da mortalidade pelo câncer do pulmão, entre 1980 e 1997, demonstra que sua taxa aumentou de 8,37/100.000 para 11,97/100.000, entre os homens, e de 2,57/100.000 para 4,74/100.000, entre as mulheres. Para todo o país, o número de óbitos esperados para o ano 2000, entre homens e mulheres, é, respectivamente, de 10.290 e 4.232. Com relação aos novos casos, os números estimados para o ano 2000 são de 14.460 para os homens e de 5.622 para as mulheres. O número absoluto de óbitos estimados para o ano 2000 corresponde a taxas brutas de mortalidade de 12,61/100.000 entre os homens e de 4,97/100.000 entre as mulheres. O número estimado de casos novos em 2000 reflete taxas brutas de incidência de 17,69/100.000 para os homens e de 6,66/100.000 para as mulheres.” *Jornal de Pneumologia*. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

³² *Jornal de Pneumologia*. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

³³ *Ministério da Saúde. Estimativas da incidência e mortalidade por câncer em 2003*. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/23estimativas_incidencia.pdf>. Acesso em: 12 de fev. 2009.

auxiliares aos programas de políticas públicas de controle do câncer. Algumas estatísticas exemplificam como é real o nexos causal entre mortalidade, tabaco e câncer de pulmão.

Em pesquisa realizada no Rio de Janeiro e divulgada pelo Inca evidenciam-se ação e causa do hábito de fumar:

a) Fumantes pesados (mais de vinte cigarros por dia) têm quinze a vinte vezes mais chances de morrer de câncer de pulmão que os não fumantes; b) Existe um intervalo de vinte e cinco a trinta anos entre começar a fumar e diagnosticar a doença. Este espaço de tempo varia de acordo com o tipo de cigarro fumado, com o tempo durante o qual o indivíduo fumou e a profundidade das tragadas; c) O consumo de cigarros e o número de mortes por câncer de pulmão têm caminhado em paralelo: em 1945 houve crescimento de consumo de cigarros no Brasil, que foi acompanhado, 30 (trinta) anos depois (1975), pelo crescimento da taxa de mortalidade por câncer de pulmão entre homens (maiores consumidores de cigarros neste período).³⁴

Hoje, com toda a tecnologia e estudos pontuais realizados e divulgados, ainda assim o número de fumantes só cresce. O vício gera a dependência e cadeia custos para o Sistema Único de Saúde (SUS). No espaço de tempo de 1996 a 2005, despesas somente com o câncer de pulmão chegaram a R\$ 24,1 milhões e este valor não inclui procedimentos de alta complexidade.³⁵

Por se tratar de um ciclo vicioso, é imprescindível a tutela jurídica sobre os elementos que expõem o cigarro a população. Um grande exemplo é a publicidade veiculada nos meios de comunicação. Por questão de saúde pública esse controle tem que ser efetuado, como será demonstrado.

³⁴ DELFINO, L., *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 16.

³⁵ *Controle do tabagismo no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Controle%20do%20Tabagismo%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

1.2.2 Doenças coronárias

O tabagismo, no caso das doenças cardiovasculares, não é a principal causa direta do seu alto índice de mortalidade, porém o seu uso leva ao desenvolvimento de outros fatores, quais sejam: hipertensão arterial (pressão alta) e colesterol alterado (elevação do colesterol – LDL e redução do colesterol – HDL) que implicam mudanças bastante significativas nos índices, que chegam a dobrar³⁶.

O stress a vida sedentária, o colesterol elevado, pressão alta e a predisposição genética têm papel importante nas doenças do coração, mas o cigarro é uma espécie de gatilho de todo esse processo. O cigarro prejudica o coração e os vasos sanguíneos por meio de vários mecanismos. [...] Além disso, o cigarro funciona como um agregante plaquetário, ou seja, ele aumenta as chances de coágulo no sangue que pode obstruir, de uma vez, a passagem de sangue por dentro de uma artéria.³⁷

O tabaco possui um efeito incidental sobre a parede interna das artérias. Vários fatores contribuem para o desenvolvimento da doença debatida. Em principal pode ser citado a quantidade de cigarros, a periodicidade com que são fumados e a idade em que se iniciou o hábito. A questão é diretamente proporcional: quanto maior o número de maços por dia, maiores também serão as chances de desenvolver doenças relacionadas ao fumo.³⁸

Em verdade, o tabagismo é um agravante para qualquer um que dele faça uso. Quem tem predisposição pode aumentar os riscos de infarto, embolia pulmonar e trombose. E o uso continuado para aqueles que possuem bom quadro de saúde coronária também leva às mesmas patologias que podem se apresentar ou não da mesma forma.

³⁶DELFINO, L. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 18.

³⁷*Cigarro dispara o gatilho do infarto*. Folha de São Paulo, 26 abr. 2008, Cotidiano 3, p. 9.

³⁸*Aparecimento de doença coronária*. Disponível em: <<http://www.enfarte.com/enfarte-factores-relacionado-s-o-aparecimento-da-doenca-coronaria.html>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

1.2.3 Acidente vascular cerebral – AVC

O acidente vascular cerebral (AVC) comumente conhecido como derrame³⁹ cerebral apresenta-se como obstrução de um ramo arterial causado por coágulo sanguíneo que prejudica a irrigação do cérebro, podendo se dividir em vascular e isquêmico⁴⁰.

Eli Evaristo, médico neurologista que trabalha no Hospital das Clínicas de São Paulo, em entrevista ao *site* de Dráuzio Varella, aponta o tabagismo como o terceiro principal fator, que pode provocar a doença. O aumento contínuo do número de cigarros usados pelo usuário, causado pela dependência, juntamente com outros fatores podem levar ao AVC. E, como foi dito, possui várias formas de manifestação sendo muito difícil reconhecer quais sintomas identificar. Por isso uma vida saudável, atividade física, o não uso do cigarro é fator incondicional para prevenir esse tipo de patologia.

1.2.4 Úlcera gastroduodenal

A úlcera se apresenta nos fumantes em consequência da presença da nicotina em seu organismo. Esta por sua vez, estimula a produção de ácido clorídrico no estômago, elevando os níveis de acidez gástrica, ou seja, abrindo condições para o desenvolvimento da úlcera.⁴¹

³⁹ Derrame pode ser confundido com outras doenças. Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa Novo Aurélio Século XXI, p. 62, significa acúmulo de líquidos em cavidades naturais.

⁴⁰ “Quando uma artéria sofre oclusão, o território que deveria ser irrigado por ela entra em processo de anóxia, ou seja, de falta de oxigênio e muitas células, principalmente muitos neurônios, morrem. Esses eventos caracterizam o acidente vascular cerebral isquêmico. Já o hemorrágico acontece quando uma artéria se rompe, e o sangue que deixa escapar dá origem a um hematoma, ou coágulo, que provoca sofrimento no tecido cerebral. [...] Detectar um AVC é um pouco difícil, pois os sintomas são imensamente variáveis, e sua aparência é abrupta, podendo ser constante ou desaparecer em instantes. Porém existem sinais que podem indicar a iminência de um acidente vascular cerebral como: fraqueza, distúrbios visuais, linguagem e fala prejudicada, convulsões, entortamento da boca, alterações cognitivas da memória e até a perda do movimento do braço. Esses sintomas devem ser interpretados com cautela por serem genéricos”. *Acidente vascular cerebral – AVC*. Disponível em <<http://drauziovarella.ig.com.br/entrevistas/avc.asp>>. Acesso em: 18 fev. 2009.

⁴¹ ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 174.

Os números comprovam que os fumantes têm o dobro de chances de desenvolver a úlcera gastroduodenal. “A relação tabagismo e incidência de úlcera péptica tem sido avaliada pela frequência de fumante entre os pacientes e pela percentagem de tabagistas ulcerosos em confronto com a encontrada nos abstêmios”.⁴²

1.2.5 Impotência sexual

Em razão da concentração do monóxido de carbono que bloqueia as ligações da hemoglobina com o oxigênio dificultando uma boa irrigação dos vasos sanguíneos, a impotência sexual é cada vez mais frequente.⁴³

Estudos relacionados indicam que o aumento dos níveis de monóxido no corpo provoca a diminuição da produção de testosterona, causando, por consequência, minoração da atividade sexual. O déficit de oxigênio gerado pela vasoconstrição prejudica a ereção e também influi na qualidade dos espermatozoides.⁴⁴

1.2.6 Tabagismo e a saúde da mulher

Anteriormente se pensava que a mulher estava menos sujeita aos efeitos maléficos do cigarro. Recentemente as mulheres iniciam o tabagismo cada vez mais cedo e também estão sujeitas aos efeitos nocivos do hábito de fumar. À medida que esse crescimento ocorre e juntamente com as peculiaridades inerentes ao seu sexo, além das doenças gerais a que estão sujeitas, aparece o apressamento da menopausa, maior propensão às doenças cardiovasculares nas consumidoras de anticoncepcionais e ainda doenças relacionadas à gravidez e ao fumo.⁴⁵

⁴² ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 173.

⁴³ COSTA, J. B. *Fumo no banco dos réus: culpado ou inocente?* Santo André, SP: Publicadora, 1984, p. 32.

⁴⁴ COSTA, J. B. *Fumo no banco dos réus: culpado ou inocente?* Santo André, SP: Publicadora, 1984, p. 32.

⁴⁵ ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987, p. 181.

A tendência de aumento do tabagismo nas mulheres jovens, que ocorre no Brasil e no mundo, é bastante grave, pois além da exposição pessoal da mulher aos malefícios do cigarro, existe também a vulnerabilidade do feto aos danos do fumo durante a gestação. Além do período gestacional, as mães convivem intensamente com as crianças até a adolescência, transformando-os em fumantes passivos e levando-os a encarar o ato de fumar como um comportamento social normal. Sabemos ainda que em famílias com pais fumantes há maior prevalência de tabagistas entre os adolescentes e adultos jovens.⁴⁶

Em resumo, a mulher é atingida pelos efeitos do cigarro em todas as fases da sua vida seja na adolescência, seja na vida adulta, seja na reprodução, seja na terceira idade. O fumo compromete claramente a qualidade de vida e o desejo de dar origem a uma vida saudável. Portanto é notório o maior cuidado com a saúde feminina.⁴⁷

1.3 Deficiência de informação sobre os malefícios do cigarro

Se não o maior responsável pelo início do hábito de fumar a deficiência no alerta sobre os males que o fumo pode acarretar contribuiu e contribui muito. Pode parecer ilusório, pois, hoje, na era da informação todos se encontram cercados por veículos de comunicação. E desde tempos idos estudos são desenvolvidos indicando o perigo que o tabagismo pode causar aos fumantes e não fumantes.⁴⁸

Em verdade, a informação passada não revelava a carga mortífera que possui cada tragada do cigarro. Tornando-se superficial e faltosa para que a escolha do consumidor seja mais adequada. Se existisse transparência e conscientização, a saúde pública não estaria nos moldes atuais. Assim muitos consumidores não levam em conta as patologias que podem

⁴⁶ *Tabagismo e saúde feminina*. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/213_TABAGISMO_E-SAUDE_FEMININA_FINAL.pdf>. Acesso disponível em: 20 mai. 2009.

⁴⁷ *Tabagismo e saúde feminina*. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/213_TABAGISMO_E-SAUDE_FEMININA_FINAL.pdf>. Acesso disponível em: 20 mai. 2009.

⁴⁸ DELFINO, L., *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 33.

ser desenvolvidas, ignorando os números, colocando em risco a sua saúde por um prazer que futuramente virá a ser vício.⁴⁹

Nas últimas décadas, o consumo acelerado do cigarro é atribuído diretamente à ignorância de alguns consumidores e à propaganda abusiva e enganosa veiculada nos meios de comunicação. No Brasil, segundo dados do Ministério da Saúde, verifica-se que a consciência sobre os malefícios do cigarro se dá de acordo com o nível cultural da população. A população mais carente e da zona rural representam 25,4% dos fumantes brasileiros.⁵⁰

Em pesquisas realizadas mundialmente perguntou-se quais os fatores mais influentes na saúde humana. A maioria dos entrevistados indicou o meio ambiente, em segundo hábitos alimentares e em terceiro estresse diário. Em quarto lugar o cigarro foi citado, contando somente 27% das pessoas do referido grupo.⁵¹

Diante dos resultados, conclui-se que o governo deve intensificar a campanha contra o cigarro, coibir a publicidade abusiva e/ou enganosa feita do produto. Pois mesmo diante da grande incidência de impostos que acaba levando a um aumento considerável nos preços do cigarro, verifica-se que, acentuadamente na classe baixa, não houve redução no nível e número de consumidores. É justamente a base da pirâmide socioeconômica, ou seja, a população de baixa renda que, em decorrência da sua condição, não possui meios para bancar tratamentos necessários gerados pelas doenças do fumo, ficando a cargo do sistema público

⁴⁹ DELFINO, L. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 34.

⁵⁰ DELFINO, L. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 34

⁵¹ DELFINO, L. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 34.

de saúde que em virtude da grande demanda não consegue atender a todos com qualidade. O tabagismo implica problemas de políticas públicas.⁵²

⁵² TABAGISMO *predomina nas classes de baixa renda*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/atualidades/ver.asp?id=276>>. Acesso em: 23 mai. 2009.

2 PODER PERSUASIVO DA PUBLICIDADE

A publicidade é um fenômeno da sociedade moderna que ganhou grande importância no mercado, na medida em que se tornou indissociável das relações de consumo. Tornou-se um meio de veiculação de massa para divulgar produtos e serviços que o fornecedor pretende ofertar para os consumidores, ou seja, é um meio de persuadir e influenciar a população, com instrumentos diversos, capazes de formar ou orientar a escolha do consumidor. Grosso modo, a publicidade gera no consumidor uma necessidade, podendo muitas vezes ser inexistente ou ainda ilusória, como no caso da propaganda enganosa. Por isso dentro desse panorama, é preciso coibir a publicidade enganosa e abusiva, pois causa prejuízo ao consumidor, parte fragilizada dentro dessa relação. Dentro do Código de Defesa do Consumidor há o princípio da fragilidade do consumidor, instituto que deu origem à inversão do ônus da prova dentro das relações de consumo.⁵³

O Código de Auto-Regulação Publicitária define a publicidade como “toda atividade direcionada a estimular o consumo de bens e serviços”.

Nessa mesma esteira, Jacobina assevera que “publicidade, assim, é a arte de criar, no público, a necessidade de consumir”.⁵⁴

Primeiramente, a publicidade é vista como uma forma de informar. Porém o objetivo primordial que não está explícito é a persuasão⁵⁵: fazer o produto girar no mercado,

⁵³ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 310.

⁵⁴ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 15.

criar uma necessidade não existente no destinatário do anúncio.⁵⁶ O poder de persuasão é indubitável, por pretender “mudar a ação ou inação do consumidor, levando-o a adquirir o produto ou o serviço”.⁵⁷

De acordo com Ricardo Ramos, tem-se uma ordem de mandamentos para que o sinal da mensagem seja absorvido pelo consumidor. Ele apresenta uma fórmula da publicidade chamada Ainda: atenção, interesse, desejo e ação, como um “modo de fazer” e transmitir o anúncio. O primeiro objetivo é instigar o consumidor, ou seja, chamar atenção. Em sequência o interesse deve ser provocado, para que o consumidor absorva a mensagem. Isso geralmente é feito através do apelo que pretende despertar uma sensibilidade que envolva o consumidor no ciclo. Captada a mensagem, passa-se ao desejo que emana de nossas vontades e anseios mais profundos, “a ânsia de viver, a atração pelo sexo oposto, a ânsia de paz e segurança, a importância pessoal, o prazer, e assim firmar a satisfação a convicção de que só o produto anunciado – e não seus concorrentes – pode satisfazer o desejo.”⁵⁸ Em conclusão, sair da inação e possuir o objetivo final do anúncio publicitário é imprescindível, de nada adianta todo trabalho, se o principal motivo do mesmo não for consolidado.⁵⁹

No que diz respeito à publicidade sobre tabaco, a persuasão foi elemento inerente às peças publicitárias veiculadas e inclusive estampadas em suas embalagens, o objetivo da indústria tabaqueira sempre revelou intenção de trazer mais consumidores, sejam jovens, crianças ou adultos para o seu mercado. Diante disso apresentava anúncios

⁵⁵ PERSUASÃO. Derivado do latim *persuasia*, de *persuadere* (persuadir, convencer, aconselhar) entende-se, propriamente, o processo que consiste em se *convencer*, mediante fatos ou palavras, a que se acredite ou se faça alguma coisa. Tem, assim, sentido equivalente a *indução*. E, quando o processo é ardiloso, mostra-se induzimento ou instigação. SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁵⁶ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 15.

⁵⁷ SPODE, Guinther. *O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 183.

⁵⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 16.

⁵⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense: 1996, p. 16-17.

publicitários com um tom de sociabilidade, reflexão sobre valores e atitudes, indicando melhor qualidade de vida, saúde, minoração do estresse, com o único intuito de manter uma ambientação constante do produto nocivo.⁶⁰

2.1 *Marketing*, propaganda e publicidade

Antes de começar a delimitar os conceitos que se pretende elucidar, é preciso ter em mente que não há intenção de esgotar todos os assuntos que interagem entre o Direito e a Comunicação Social. Será feita uma abordagem linear para chegar-se ao estudo da publicidade comercial sobre tabaco.

Paulatinamente segue-se então com a conceituação do que seria *marketing*, propaganda e publicidade, triviais diferenciações.

Segundo Fernando Gherardini Santos, o *marketing* pode ser entendido como a satisfação das necessidades humanas preteridas em determinado momento histórico, por meio de um agrupamento de atividades, podendo estar ligado a coisas triviais da vida humana, ou a necessidades criadas.⁶¹ *Marketing* consiste em uma orientação organizacional⁶² em que “a tarefa primordial da organização é determinar as necessidades, desejos e valores de um mercado, visando adaptar a estrutura a fim de promover as satisfações desejadas de modo mais efetivo e eficiente que os seus concorrentes⁶³. Conquistar e manter clientes, esse é o papel do *marketing*”.⁶⁴

⁶⁰ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 130.

⁶¹ SANTOS, Fernando Gherardini. *O direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

⁶² MELLO, Sérgio C. B. *Comentários: o que é o conhecimento em marketing no Brasil*, afinal?. Rev. adm. contemp. Curitiba, v. 10, n. 2, June, 2006. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552006000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 mai. 2009.

⁶³ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 129.

⁶⁴ MINADEO, Roberto. *1000 perguntas – marketing*, 2. ed. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 2005. p. 1.

O *marketing* é fenômeno de massa atingindo e influenciando uma enorme gama de consumidores, podendo, quando utilizado de forma indevida, causar danos a toda a coletividade a ele exposta. Seus riscos são sociais; seus danos em série.⁶⁵

A ideia do *marketing* trabalha todo o processo de escolha de um produto de mercado, define o objeto ou a mercadoria a ser produzida, de que forma, o preço a ser estabelecido e como deve ser a comercialização, tudo em função da colocação no mercado. A publicidade é posterior e, em suma, se presta para influenciar o comportamento do público, correspondendo positivamente ao produto ofertado.⁶⁶

Porém a atividade de *marketing* não é estranha à publicidade, pois dela faz parte. A publicidade consiste em qualquer forma de comunicação de entidades privadas ou públicas, inclusive as despersonalizadas, que tem por objetivo “influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa.”⁶⁷ É praticada com auxílio da mídia (rádio televisão, jornal, revista, *outdoor*, etc.),” que pressupõe, quase sempre, a “intervenção de três sujeitos: o anunciante, que busca vender seu produto ou seu serviço; a agência de publicidade, que cria e produz o anúncio; e o veículo, que transmite”.⁶⁸

⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, p. 26.

⁶⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1997, p. 28.

⁶⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1997, p. 25.

⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. *O controle jurídico da publicidade*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, p. 26.

O nosso sistema jurídico não cuidou em diferenciar a publicidade⁶⁹ da propaganda. Na maioria das vezes essas atividades são tratadas como complemento ou sinônimo uma da outra. Como o Código de Defesa do Consumidor traz a disciplina das relações consumeristas, em conjunto com as técnicas de estimulação do consumo, e oferece atenção à publicidade. Embora dispense especial atenção, em vários artigos a ela destinados, não traz em seu bojo nenhuma definição.⁷⁰

Como condição à interpretação idônea dos dispositivos, é necessário distinguir as similaridades existentes entre publicidade e propaganda, pois possuem distinções não tão simples, mas que merecem atenção.

“Enquanto a propaganda afasta-se do fim lucrativo a publicidade objetiva estimular uma necessidade existente – ou criar uma que ainda não existe – com o inequívoco objetivo do aumento do faturamento, ou seja, o lucro.”⁷¹ O principal objetivo da publicidade é colocar no mercado produto ou serviço. Possui uma abordagem de cunho profissional, objetivamente comercial⁷², diferente da propaganda que tem “conteúdo ideológico, político, religioso, ou possui utilidade pública.”⁷³

Eugênio Malanga simplifica e exemplifica de forma didática. “Uma campanha governamental visando ao aumento do consumo de leite seria *propaganda*, enquanto a

⁶⁹ Publicidade e propaganda para a Comunicação Social possuem diferença diametral. Já no universo jurídico há uma confusão terminológica. FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: RT, p. 49.

⁷⁰ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7.

⁷¹ FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, p. 42.

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, p. 32.

⁷³ FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, p. 43.

veiculação de anúncio desta ou daquela indústria, com o mesmo conteúdo, mas com o anúncio da sua marca seria *publicidade*".⁷⁴

O Comitê de Definições da *American Association of Advertising Agencies* (AAAA) trabalha com a seguinte definição: "publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado".⁷⁵

A congruência entre publicidade e propaganda está na sua gênese, ou seja, na sua criação, na afirmação de determinadas opiniões que trabalhem com técnicas parecidas.⁷⁶ Provocam psicologicamente, com suas mensagens, uma decisão de adesão, apesar de a destinação final ser totalmente diferenciada.

De outra forma, em definição didática feita por Dorothy Cohen,⁷⁷ entende-se a publicidade como "um conjunto de comunicações, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa".

Muitas são as diferenças doutrinárias, como já foram apresentadas, porém não é relevante para a lei brasileira trabalhar ou não com os conceitos. Rizzato Nunes⁷⁸ elenca alguns exemplos existentes na Constituição Federal, pois no art. 220, § 3.º, inc.II, admite o termo propaganda. Já os arts. 22, inc. XXIX, e 220, § 4.º, se referem à propaganda comercial.

⁷⁴ MALANGA, Eugênio. *Publicidade, uma introdução*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1977, p. 11.

⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 303.

⁷⁶ SANT'ANA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1981, p. 47.

⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 316-317.

⁷⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. Saraiva, 2000, p. 398.

Em sequência, o art. 5.º, inc. LX, observa publicidade de atos processuais; finalmente o art. 37, *caput* e § 1.º, utiliza publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor trata somente da publicidade, não se atendo às informações relacionadas à propaganda. Sua preocupação está ligada ao modo com que os produtos e serviços são oferecidos e veiculados ao destinatário final, o consumidor.⁷⁹

2.2 Publicidade de tabaco e seus elementos caracterizadores

Ao contrário do dever informativo que é atribuído à publicidade, quando se trata de anúncios sobre cigarro. Sabe-se que esta não destacava este dever, tornando-se mais perigosa que a falta de informação, pela enganosidade apresentada, grande parte dos consumidores não compraria o produto se não fosse o caráter persuasivo dos anúncios, e assim, as indústrias fumígenas estariam fadadas a falência.⁸⁰

Então, outro recurso publicitário teve que entrar em ação para fazer com que o produto maléfico fosse convidativo, abrasivo e desejado pelo consumidor, ou seja, seu objetivo era provocar uma necessidade artificial de consumo.⁸¹

A publicidade sobre tabaco apresentava uma ideia a ser consumida que “atua sobre um desejo ou um medo que já existe consciente ou inconscientemente e os aflora, conferindo-lhe proporções bem maiores que as reais”⁸², pois defendia a ideia de que as pessoas que fizessem uso dos produtos vinculados ao anúncio, “seriam visualizadas pelo público como bem resolvidas, seguras de si e detentoras de sucesso na vida afetiva,

⁷⁹ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.74.

⁸⁰ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 130.

⁸¹ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 130.

⁸² PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*, p. 66.

profissional e social. As mulheres seriam mais sedutoras, charmosas e inteligentes, assim como os homens mais viris, esportistas, cultos e seguros de si”.⁸³ E acabava também por subentender que o não consumo dos produtos geraria então uma exclusão do grupo.

O grau de vulnerabilidade do ser humano, a sua sugestionabilidade⁸⁴, combinado com um modo ilusório de ser e viver pode motivar o consumidor, por isso os anúncios sobre cigarro buscavam aproximação deste modo. “Algumas pessoas, inconscientemente, acabam por acreditar que tais produtos têm relação com sua maneira de viver, ou ainda tornar-lhes-ão mais fortes, eficientes e determinados, em conformidade com os apelos utilizados na publicidade”.⁸⁵

A maioria dos anúncios publicitários do cigarro fazia um *link* entre atividades esportivas, aventura, movimento e apresentavam pessoas sempre muito bem aparentadas, sociáveis, jovens, saudáveis. O que certamente, como era pretendido, trouxe uma ideia de satisfação, bem-estar.⁸⁶

A questão da introspecção era bastante marcada, em alguns tipos de anúncios “cada um na sua, mas com alguma coisa em comum”.⁸⁷ Em determinado momento a felicidade relacionava-se a um *hobby*, momento com seletivo grupo de amigos, porém a ideia de recato continuava sendo evidenciada.⁸⁸

⁸³ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*, p. 66 e 67.

⁸⁴ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*, p. 63 e 64

⁸⁵ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131.

⁸⁶ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131.

⁸⁷ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131.

⁸⁸ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131.

As cenas sempre ocorriam em bares, comemorações, buscando mostrar a sociabilidade, instigando o consumidor a querer obter o produto. Muitas vezes também marcas de cigarro apareceram associadas à arte, música clássica, festivais, lembrando o *glamour*, sugerindo prazer.⁸⁹

Como se não bastasse, algumas marcas criaram vínculo com a sofisticação, “um raro prazer” – como as marcas *Carlton* e *Carlton Low Tar*, que induziam elegância, classe e requinte.⁹⁰

Para atender a todos os estilos de vida as indústrias criaram também versões *light*, baixos teores, e até sabores como se aquele cigarro fosse estritamente personalizado, induzindo segurança, forçando o psicológico do consumidor.⁹¹

Como citado anteriormente, grande marcas de cigarro patrocinavam eventos que repercutiam mundialmente. Marcas como *Free* tinham relação com o *Free Jazz Festival*. A marca *Hollywood* patrocinou espetáculos de rock e também esportes. E por fim, o *Carlton Dance*, como o nome sugere, patrocinado pela marca *Carlton*. A publicidade desses eventos tinha relação direta com a publicidade do cigarro. Hoje, é proibida qualquer forma de publicidade, associação cultural ou desportiva com o tabaco, seja direta ou indiretamente, isso mudou com o maior rigor exigido no sistema brasileiro.⁹²

⁸⁹ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131.

⁹⁰ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 132.

⁹¹ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 132.

⁹² DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131.

2.3 Publicidades sobre cigarro: Um olhar para o passado

O que se tem notícia sobre a história da publicidade do cigarro começa em um possível duelo existente entre os antitabagistas e a publicidade de tabaco. Em meados do século XX uma epidemia criada pelo uso do tabaco apresentou-se como a principal responsável pelas graves consequências individuais e sociais existentes à época.⁹³

Em relação à responsabilidade, não há que se falar em outra válvula para a disseminação social do tabaco que não seja a publicidade. Em todos os seus aspectos e formas desenvolveram-se mecanismos para a aceitação social do tabaco como praticamente um incluído social do indivíduo que dele fizesse uso.⁹⁴

Conquistando multidões, o cigarro tornou-se símbolo de rebeldia, sucesso e autonomia. Afirmava-se que os produtos derivados do tabaco, em especial o cigarro, proporcionam tanto um bem-estar psicológico ou um prazer derivado do uso. Julgou-se fumar uma diversão relativa a um prazer oral tão necessário quanto à fome ou o sexo, considerado à época, e até hoje por muitas pessoas, como válvula de escape.⁹⁵

Essa era justamente a ideia que trabalhava a publicidade de cigarro, e o que fazia o consumidor escolher entre uma marca e outra seria a sua relação com determinado

⁹³ CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: *Actas da III Jornada Publicidade e Comunicação*. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>. Edições Universidade de Fernando Pessoa, 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

⁹⁴ CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: *Actas da III Jornada Publicidade e Comunicação*. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>. Edições Universidade de Fernando Pessoa, 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

⁹⁵ CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: *Actas da III Jornada Publicidade e Comunicação*. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>. Edições Universidade de Fernando Pessoa, 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

objeto central da publicidade ou a vinculação com determinada personalidade, ou seja, criava-se um ícone.⁹⁶

Na evolução histórica a realidade sobre a publicidade apresentou uma dualística entre os antitabagistas que divulgavam alertas sobre as doenças e nocividades, aspectos sempre evidenciados por médicos externando preocupação com a saúde populacional. E, por outro lado, a publicidade das indústrias tabaqueiras que rebatia os argumentos no sentido de mostrar a sociabilidade trazida pelo uso do tabaco.⁹⁷

Para Álvaro Cairrão, tratava-se da ilusão criada em torno da coerção gerada pela publicidade, que, para obter o seu intuito, não se negava a usar personalidades e até mesmo médicos induzindo que o produto seria eficiente até na cura de certas doenças respiratórias.⁹⁸

No centro dessa guerra, encontrava-se o consumidor que já não sabia o que realmente lhe soava verdade. Estariam os grupos antitabaco realmente certos em detrimento de tanta afirmação publicitária inclusive com confirmações de pessoas que para o consumidor seriam referências, ou mesmo diante da construção publicitária ao redor do produto.⁹⁹

O que se gerou foi um total desencontro de informações diante do consumidor, pois as campanhas publicitárias não faziam mais do que responder ao apelo dos antitabágicos.

⁹⁶ CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: *Actas da III Jornada Publicidade e Comunicação*. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>.Edições Universidade de Fernando Pessoa, 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

⁹⁷ CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: *Actas da III Jornada Publicidade e Comunicação*. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>.Edições Universidade de Fernando Pessoa, 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

⁹⁸ CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: *Actas da III Jornada Publicidade e Comunicação*. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>.Edições Universidade de Fernando Pessoa, 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

⁹⁹ CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: *Actas da III Jornada Publicidade e Comunicação*. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>.Edições Universidade de Fernando Pessoa, 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

Se fosse veiculada notícia de que o tabaco fazia mal para garganta ou causava tosse, logo em seguida um novo tipo de cigarro era criado com publicidade objetivamente indutiva. Apresentava-se então um novo cigarro com novos filtros chegando até a afirmar ser tão puro como água em decorrência da reestruturação do produto.¹⁰⁰

Os investimentos publicitários efetuados pelas indústrias tabaqueiras no Brasil elevaram-se em 74,3% entre 1985 e 1994. Levando em consideração que o gasto no fim desse período foi 3,6 vezes maior do que os relativos ao ano de início. Em esquema inversamente proporcional a publicidade era tratada como indexador do consumo de cigarro; se este era alto o investimento na publicidade diminuía, porém se houvesse uma baixa no consumo passava-se a investir massificadamente na publicidade com o objetivo de retornar aos índices. A televisão era o veículo predileto usado na divulgação da publicidade tabaqueira em razão da larga escala de espectadores, mas também se usaram jornais e revistas com grande regularidade.¹⁰¹

Notadamente, as indústrias cigareiras sempre tiveram consciência de que a nicotina é o alvo da dependência orgânica. Quanto mais cedo começa o hábito de fumar mais fácil a dependência instala-se. Por isso a publicidade¹⁰² era objetivamente direcionada na maioria dos casos aos jovens. Pesquisas comprovam que um fumante na vida adulta na maioria das vezes iniciou sua experimentação na adolescência, pois o cigarro é, muitas vezes,

¹⁰⁰ CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: *Actas da III Jornada Publicidade e Comunicação*. Disponível em: <https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>. Edições Universidade de Fernando Pessoa, 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

¹⁰¹ *A indústria do cigarro*. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/pesquisa/nos/olho_vivo/porque_fumamos/ind_pub.htm>. Acesso em: 5 jun. 2009.

¹⁰² “As estratégias de marketing seduzem os jovens para o uso de um produto, o tabaco, que mata a metade de seus consumidores. A proibição completa de toda forma de publicidade direta ou indireta, incluindo o patrocínio de eventos, é altamente efetiva para proteger a juventude do tabagismo”. *Estratégias da indústria do tabaco*. Disponível em: <http://portaldomeioambiente.org.br/pma/index.php?option=com_content&view=article&id=347:estrategias-da-industria-do-tabaco&catid=945:noticias-diarias>. Acesso em: 9 de jun. 2009.

usado como um passaporte para a vida adulta.¹⁰³ Tanto é realidade que o tabagismo tornou-se em pouco tempo uma doença pediátrica.¹⁰⁴

Na mesma esteira o cigarro se fazia também pela vinculação, muitas vezes direta, com jogos de *videogame*, brinquedos, em cenas de filme com artistas famosos, patrocínio de esportes e outros tipos de eventos que de forma sutil e ao mesmo tempo enfática apresentava aos jovens características do cigarro.¹⁰⁵

Outro grupo-alvo eram as mulheres. Evidenciava-se o *glamour* do hábito, sucesso e beleza. Muito se gastou com publicidade direcionada ao público feminino, foram criadas marcas “somente para mulheres” que relacionava imagens de mulheres bonitas e glamorosas que resultaram em um aumento considerável de mulheres fumantes em vários países incluindo o Brasil.¹⁰⁶

Além de destinar a publicidade ao público-alvo de cada marca, o cigarro também se fez visível por meio de prateleiras de supermercado, lojas de conveniência, acesso fácil, venda pela internet. Embalagens sempre muito coloridas e chamativas, sabores, tamanhos e aromas chamativos e diferenciados.¹⁰⁷

Diante do cenário em tela cada país, ao seu modo, cada país tomou atitudes no que diz respeito ao desregramento da atividade publicitária. No Brasil em um processo de

¹⁰³ *A indústria do cigarro*. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/pesquisa/nos/olho_vivo/porque_fumamos/ind_pub.htm>. Acesso em: 9 jun. 2009.

¹⁰⁴ *Estratégias da indústria do tabaco*. Disponível em: <http://portaldomeioambiente.org.br/pma/index.php?option=com_content&view=article&id=347:estrategias-da-industria-do-tabaco&catid=945:noticias-diarias>. Acesso em: 9 de jun. 2009.

¹⁰⁵ *Estratégias da indústria do tabaco*. Disponível em: <http://portaldomeioambiente.org.br/pma/index.php?option=com_content&view=article&id=347:estrategias-da-industria-do-tabaco&catid=945:noticias-diarias>. Acesso em: 9 de jun. 2009.

¹⁰⁶ *A indústria do cigarro*. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/pesquisa/nos/olho_vivo/porque_fumamos/ind_pub.htm>. Acesso em: 5 de jun. de 2009.

¹⁰⁷ *Estratégias da indústria do tabaco*. Disponível em: <http://portaldomeioambiente.org.br/pma/index.php?option=com_content&view=article&id=347:estrategias-da-industria-do-tabaco&catid=945:noticias-diarias>. Acesso em: 9 de jun. 2009.

aperfeiçoamento do controle criou-se a autorregulação exercida pelo Conselho Nacional de Auto-regulação Publicitária (Conar), e por não ser suficiente devido as suas deficiências em relação à coercitividade. O Estado então tomou as rédeas criando um sistema para coibir os abusos publicitários.

A Constituição Federal de 1988 além de estabelecer o princípio de proteção aos direitos do consumidor nas relações de consumo previu a criação do Código de Defesa do Consumidor, que dedicou parte para tratar da publicidade abusiva e/ou enganosa. Também previu a edição de lei que tratasse exclusivamente das restrições à publicidade de tabaco, que deu origem às Leis 9.294/1996 (Lei Murad) e 10.169/2000 (Lei Serra). Esses são os assuntos que exaustivamente serão tratados no próximo capítulo.

3 CONSUMIDOR E A PROTEÇÃO EM RELAÇÃO À PUBLICIDADE

Diante do fenômeno social contemporâneo, e levando em consideração o fato de que nenhuma atividade humana está isenta de controle, e com a publicidade¹⁰⁸ não poderia ser diferente, o objetivo principal desse regramento é justamente coibir os efeitos nocivos sobre a sociedade.¹⁰⁹

A preocupação não é tanto com o anúncio. Foca-se no controle da publicidade, pois este regramento não é exercido isoladamente sobre a atividade publicitária, insere-se no bojo mais extenso de disciplina da atividade produtiva e comercial.¹¹⁰

Existem três sistemas de controle da publicidade. São eles: a autorregulamentação, o controle legal e o misto.

Analisando os degraus de regulação da atividade publicitária, identifica-se precipuamente o autocontrole como a primeira alternativa para coibir eventuais abusos por parte dos fornecedores que, em seus anúncios, desde o início da explosão publicitária, muitas vezes abusam da fragilidade do consumidor. O controle privado foi introduzido por um órgão que se viu na necessidade de cuidar dos excessos cometidos dentro do processo de criatividade da publicidade.

¹⁰⁸ “O entendimento de que a publicidade é simples forma de promoção de vendas, da qual não resulta nenhum compromisso ou responsabilidade da empresa, está superado perante as ordens jurídicas que consagram os interesses dos consumidores na disciplina da publicidade”. CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24.

¹⁰⁹ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

¹¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. *O controle jurídico da publicidade*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, p. 312.

No Brasil, até a criação do Código de Defesa do Consumidor, início do controle público, a atividade publicitária respaldou-se em um ordenamento jurídico cujas normas careciam de uma estruturação sistemática e no autocontrole realizado pelo Conar, mediante a aplicação de um código de ética elaborado pelos próprios publicitários. Este sistema, porém se caracterizava pelo cumprimento espontâneo de suas decisões e ausência de coerção de suas normas.¹¹¹

A autorregulamentação¹¹² ou sistema de controle privado exercido pelo Conar possui natureza contratual, ou seja, somente exerce alguma forma de regramento sobre aqueles que se submetem a ele. A autodisciplina é promovida pela edição de códigos de ética ou conduta¹¹³, justamente por essa natureza não possuir poder coercitivo, o seu sistema não vai além de simbólicas advertências, tendo em vista a faculdade disciplinar. Por exemplo, o órgão não possui força para retirar peças publicitárias do mercado.¹¹⁴

Por isso a publicidade, em termos, não pode ser só autorregulada, apesar de o Conar ter um grande papel dentro do cenário não só publicitário, mas também jurídico. Em consulta ao *site*¹¹⁵ pode-se verificar o uso da Lei n.º 9.294/06 como legislação base para tomada de decisões pelo Conar. O problema do controle exclusivamente privado é justamente

¹¹¹ ALMEIDA, Marisa S. D. N. T. de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p. 12.

¹¹² “Embora se reconhecendo a grande importância da autorregulamentação publicitária, no plano teórico algumas objeções podem ser ajuntadas contra o método de disciplina inteiramente privado. Em primeiro lugar a regra de autodisciplina não vincula todos os operadores, limitando-se àqueles que aderem, voluntariamente, a tal modelo de controle. Ademais, as regras de autorregulamentação não são normas jurídicas, faltando-lhes, por isso mesmo, a qualidade de generalidade, obrigando somente os aderentes, isto é, opera e tão-só no plano normativo interno. Nenhuma relevância externa e conferida é conferida as regras de tal ordenamento. Em terceiro lugar, tal sistema – em oposição ao estatal, fundado na autoridade – apresenta-se como mera derivação contratual. Sua forma vinculante é, portanto, inferior à do modelo público”. BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, RT, p. 313.

¹¹³ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

¹¹⁴ RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 8, out./dez, São Paulo: RT, p. 59.

¹¹⁵ Em consulta ao *site* não foram encontradas decisões sobre o tema. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 8 de out. 2009.

a falta do poder de coerção sobre a publicidade, o que torna a tutela jurídica imprescindível para coibir os abusos eventuais ou exageros que ocorrem. O controle privado é ineficiente sozinho, pois a “natureza jurídica desse conselho, uma sociedade civil integrada majoritariamente por publicitários, por adesão espontânea, e cuja competência estatutária não vai além da imposição de penas simbólicas como advertências, recomendações, etc.”¹¹⁶

Dentro dessa dinâmica é realmente necessário o controle público efetuado pelo Estado, mesmo quando somente o controle privado solveria o caso¹¹⁷. O Estado traz a coercitividade inerente às normas de ordem pública, que por sua vez acarretam sanções de natureza jurídica. Hoje não se discute mais acerca do controle estatal dentro das práticas publicitárias, incluindo ainda o controle judicial e o administrativo, pois se tem por objetivo preponderante proporcionar maior segurança ao consumidor.¹¹⁸

O Código de Defesa do Consumidor adota o sistema misto, que surge da junção entre os dois controles: o público e o privado, o que só reforça e incentiva ambas as formas de regramento. O sistema misto brasileiro é formado pelos organismos autorregulamentadores, a administração pública e o Judiciário, o que enseja abundância normativa.¹¹⁹

Embora Adalberto Pasqualotto discorde com veemência sobre a afirmação de que o Brasil integra o sistema misto de controle, pois acredita que o sistema estatal ocupou completamente o espaço que antes era destinado ao regramento de caráter privado, o Conar continua exercendo o seu papel, mas a disciplina jurídica trata de uma questão de coerção, e

¹¹⁶ ALMEIDA, Marisa S.D.N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p. 17.

¹¹⁷ RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 8, out./dez, São Paulo: RT, p. 60.

¹¹⁸ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

¹¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, p. 314.

não somente de margem de atuação. É inquestionável a necessidade da intervenção do Estado na atividade publicitária.¹²⁰

3.1 Disciplina da publicidade no Código de Defesa do Consumidor

A publicidade, um meio muito útil de divulgação de produtos pelos fornecedores, é considerada o fenômeno mais importante do século. “De qualquer modo, é impossível deixar de mencionar o contexto da economia moderna no Brasil e no mundo em que se insere a publicidade e em que surgiu a legislação consumerista correspondente”.¹²¹

É nesse cenário que predomina relacionamento distante entre o fornecedor do produto e o consumidor. Por isso a necessidade do Código de Defesa do Consumidor e de normas auxiliares para coibir os abusos, como a Lei n.º 9.294/96 que restringe os anúncios publicitários de tabaco. A falta de pessoalidade nessas relações acaba gerando o abuso, por parte da publicidade, e fragiliza o consumidor que possui uma informação deficitária a respeito do produto.

Na sociedade moderna, mais do que nunca, as relações de consumo passaram a ser diretamente influenciadas pelos anúncios que são “fenômenos geradores da economia de massa. Como consequência, verifica-se a necessidade de criar mecanismos de proteção dos interesses coletivos, e não mais da atuação individual dos consumidores.”¹²² Apesar de a publicidade estar ligada ao princípio da liberdade de expressão, é também constitucional o dever do Estado de proteger os direitos do consumidor.

¹²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

¹²¹ SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 179.

¹²² SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 181.

O que Código de Defesa do Consumidor “pretende proteger é a possibilidade de o consumidor decidir por determinado produto ou serviço, livre da influência de fatores estranhos que não constituem motivos justificáveis para a decisão de consumo”¹²³

No Brasil esse código vem com condão de regular as lacunas existentes, e por se tratar de matéria de ordem pública prevista na Constituição, tem o objetivo final de proteger o consumidor. Já que realmente não se pode eliminar a publicidade, pois causaria tamanho desfalque na massa econômica, sendo ela responsável diretamente pelo capitalismo moderno, pretende-se então regular coercitivamente e coibir a publicidade abusiva e a enganosa, dando objetos jurídicos diferentes para cada uma delas.

3.1.1 Publicidade enganosa

O que se quer tutelar como publicidade enganosa, dentro dos limites do Código de Defesa do Consumidor, é a não divulgação de dados necessários ou faltosos sobre o produto ou serviço, capazes de induzir o consumidor a erro quanto à natureza, quantidade, características, qualidade, propriedades, origem, valor ou sobre outro aspecto relativo ao produto – incluindo, nessa distinção, a diferenciação do produto em destaque dos demais pertencentes aos concorrentes.¹²⁴

O direito à informação propõe dispor ao consumidor todos os elementos necessários para que ele possa efetuar boas escolhas de modo consciente. Por isso, para a proteção dos direitos econômicos é necessária a descaracterização da vontade viciada, é dever

¹²³SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 191.

¹²⁴JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense 1996. p. 91.

do fornecedor advertir e informar sobre seus produtos ou serviços¹²⁵, pois o erro, inclusive, faz-se também por omissão, quando a publicidade deixa de informar dado essencial.¹²⁶

No pensamento de Fábio Ulhoa Coelho, seria legítima a ideia de se apresentar a publicidade de modo falso. O autor argumenta que sempre há algo de falacioso nas mensagens publicitárias, portanto julga muito difícil a vinculação, ou seja, o elemento configurador da publicidade enganosa. Segundo o seu liame, somente teria enganabilidade a publicidade que realmente pudesse induzir o consumidor a erro. Os que defendem essa corrente “sugerem estes argumentos dentro da ideia de que não se colocaria um doente para fazer propaganda sobre cigarro, do mesmo modo que nenhuma propaganda de *lingerie* é feita com a imagem de mulheres feias”.¹²⁷

Em oposição veemente, Lúcio Delfino sustenta que este tipo de pensamento notadamente pouco ou nada tem relação com a proposta do Código de Defesa do Consumidor, de modo que com base no art. 37, §1.º, anteriormente exposto, conclui que “a publicidade enganosa nem sempre é falsa; já a publicidade falsa sempre é enganosa”. Portanto a mensagem publicitária não pode ser falha, quer por omissão quer por afirmação, em detrimento do seu direcionamento geral ou categórico.¹²⁸

Para o Direito é irrelevante se a publicidade é direcionada a um público-alvo, ou possui termos gerais, apesar das mensagens publicitárias, em sua maioria, possuírem uma

¹²⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2001, p. 76.

¹²⁶ CDC, art. 37, § 1.º 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. § 3.º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

¹²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 247.

¹²⁸ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.133.

delimitação. O que se preconiza é o erro que possa induzir o consumidor diante daquela realidade fantasiada, mesmo que sequer o anunciante tenha cogitado a indução ao tal erro. Não há que se falar em dolo ou culpa. A configuração se dá no momento em que o ilícito civil expõe “potencial capacidade para enganar, ainda que uma minoria significativa de consumidores”.¹²⁹

Tratando exclusivamente sobre a publicidade de tabaco, Lúcio Delfino, enfatiza que o usuário do cigarro começa a fumar muito cedo, e só percebe os efeitos causados, décadas depois. Portanto, ilustra não ser preciso causar um dano imediato ao consumidor, mas já é o bastante expor a perigo ou ser suficiente a possibilidade de causar dano futuro.¹³⁰

No mesmo sentido, Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin enfatiza a que se propôs o legislador brasileiro na ótica da publicidade enganosa. Parte do pressuposto de que o objeto não é a mente do publicitário ou da pessoa que da mensagem publicitária fez uso, mas sim o anúncio. Em detrimento desse liame conclui ser irrelevante o erro real, mas sim a sua configuração. O exaurimento da enganabilidade é mero desfecho.¹³¹

É importante concluir sobre as publicidades de tabaco que o *quantum* indutivo do anúncio sobre cigarro antes do advento da lei era, sem sombra de dúvidas, presente, tendo em vista que inexistiam nas mensagens aparência informativa ao consumidor em potencial, ou apresentação das consequências do uso contínuo pelo consumidor. O sentimento persuasivo era inquestionável, pois na alavancagem mercadológica seria inviável apresentar a veracidade

¹²⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 92.

¹³⁰ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 135.

¹³¹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 286

sobre o tabaco. Enfim, não se apresentavam informações suficientes para que o consumidor pudesse fazer uma escolha consciente e livrar-se de todos os males que o produto lhe pode causar.¹³²

3.1.2 Publicidade abusiva

Paulo Vasconcelos Jacobina refere-se à publicidade abusiva¹³³ como a forma com que a mensagem publicitária busca despertar na mente do consumidor a necessidade de consumir, usando aspectos que ofendem “os valores éticos, morais, em resumo a ordem pública”. Assim o Direito Consumerista elenca os valores que não podem ser contrariados pela atividade publicitária.¹³⁴

Até hoje muito se discute a respeito da publicidade abusiva, principalmente dentro do foco constitucional da liberdade de expressão do pensamento. Defende Jacobina que o conceito de publicidade abusiva não veda a liberdade de expressão como suscitado por diversos publicitários, pois se utilizando da abusividade não se estaria expressando pensamento, e sim usando uma técnica de venda.

Paulo Vasconcelos Jacobina não nega a existência de certa censura por parte do Código de Defesa do Consumidor, mas argumenta que ela é permitida pela própria Constituição quando se observa o princípio de defesa do consumidor, que pode ser encontrado nos artigos 5.º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal. O controle obsta o fundamento, pois “não existe, no estado de Direito, liberdade fora ou acima do direito”. Fazem-se

¹³² DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.135.

¹³³ CDC, art. 37, § 2.º É abusiva, dentre 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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

¹³⁴ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 96.

necessários limites à publicidade e a seus veículos, como pede a própria Carta Magna, no seu art. 221, que adverte: “A programação das emissoras de rádio e televisão atenderá ao princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. E no artigo 220, II, e § 4.º da Constituição Federal, o legislador exige que a lei estabeleça os meios que garantam a possibilidade à pessoa e à família de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. E ainda no parágrafo 4.º reafirma a ideia de que a publicidade de certos produtos seja regrada.¹³⁵

Dentro da ótica da publicidade de tabaco, seu caráter abusivo se desvendava a partir da fantasiosidade apresentada nas mensagens publicitárias que não traduziam danos fatídicos causados pelo uso do cigarro. Como dito, a publicidade tabaqueira nunca possuiu caráter instrutivo, esclarecedor ao consumidor sobre o produto. Somente objetivava atrair novos consumidores ou fazer com que o consumidor fizesse opção por esta ou aquela marca. O público-alvo traduzia-se, na maioria das vezes, em pessoas de pouco discernimento, crianças adolescentes, que pudessem continuar o ciclo do consumo do produto. A abusividade estava notadamente na persuasão das mensagens que tornavam o produto pouco ou nada perigoso, ficando em segundo plano a saúde do consumidor.

Com propriedade, Delfino Lúcio conclui sobre a publicidade abusiva do cigarro, dizendo que não se obriga a veiculação de publicidade de nenhum produto, mas a partir do momento em que se faz a opção por fazer, a indústria tabaqueira tem o dever de informar, pois fazendo “apologia de produto potencialmente perigoso, valendo-se da hipossuficiência cultural de alguns consumidores da própria inocência da criança e das

¹³⁵ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense 1996, p. 96.

mudanças psicológicas e hormonais do adolescente induzindo-os a consumir produto prejudicial à saúde”,¹³⁶ torna o tabaco um problema de saúde pública.

3.2 A Constituição e a publicidade de produtos derivados de tabaco

A Constituição Federal, em razão do direito à saúde, do direito à informação¹³⁷ e da tutela ao meio ambiente, restringiu certos direitos fundamentais e bens jurídicos.¹³⁸ Por esta razão, outros particulares tiveram os seus direitos fundamentais atingidos, como as liberdades de iniciativa econômica e de expressão. O conflito entre normas fundamentais não decorre de outro fato que não seja o estado conflitual das sociedades modernas refletido na aplicação da norma, que alude o “reconhecimento de direitos fundamentais dotados de uma via expansiva geradora de frequentes colisões”.¹³⁹

Friedrich Müller, em lições de interpretação constitucional, ensina que a norma jurídica não se limita ao seu texto, ou seja, há interferência da realidade social.¹⁴⁰ Diante disso, as soluções a serem buscadas, devem ter foco sob “a perspectiva do titular do direito que virá a ser restringido (princípio da necessidade ou da proibição do excesso), mas também devem ser eficientes e adequadas sob o ponto de vista do titular do direito que se pretende

¹³⁶ DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey 2002. p.140.

¹³⁷ Artigo 220, *caput*, §§ 1.º e 2.º, da Constituição Federal de 1988.

¹³⁸ DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v.,4, n.13 jan./mar., 2006, p. 91.

¹³⁹ DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4, n.13 jan./mar., 2006, p. 92.

¹⁴⁰ Apud DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4 n.13 jan. / mar, 2006, p. 93.

promover ou proteger (princípio da proibição de déficit ou de insuficiência)”. O intérprete deve atentar para encontrar um resultado constitucionalmente adequado.¹⁴¹

No mesmo diapasão, Guinther Spode, em artigo publicado na *Revista de Direito do Consumidor*, trata o assunto da mesma forma alegando que:

Pode-se dizer não serem raras as situações em que a liberdade de comunicação conflita com outros valores igualmente erigidos ao patamar de direito fundamental, tais como a dignidade humana e a igualdade. Por óbvio, contata-se que os direitos fundamentais não podem ser absolutos. Verificada a colisão de direitos de hierarquia constitucional, dever-se-á conciliá-los, garantindo-os ao máximo possível, quanto ao seu cumprimento, observado, em contrapartida, a mínima restrição de qualquer dos direitos fundamentais em questão. [...] a garantia da liberdade de expressão pode ser limitada na medida em que seu exercício seja prejudicial ao exercício dos direitos dos cidadãos individualmente ou ao bem-estar geral.¹⁴²

Sobre o embate dos direitos fundamentais, Eduardo Rocha Dias, em suas notas sobre o caso da publicidade de produtos perigosos, enfatiza que, como a maioria das normas de direito fundamental revestem natureza de princípios, e não de regras. Pode-se então afastar a subsunção do fato à norma, ou seja, a mecanicidade desse processo, pois diante da colisão de direitos fundamentais de titulares diversos, é necessário cautela para proceder.¹⁴³

Em suas notas, o autor enfatiza e embasa o pensamento quanto à colisão de direitos fundamentais e justifica dizendo que:

A possibilidade de se restringir a publicidade de bens e serviços nocivos à saúde decorre do § 3.º, inciso II, e do § 4.º do artigo 220 da Constituição Federal, apesar de apontar para uma preferência em favor do bem saúde em relação às liberdades de iniciativa e expressão, não dispensa a necessidade de apresentação de boas razões para justificar as medidas a serem adotadas.

¹⁴¹ DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4, n.13 jan. /mar., 2006, p. 92.

¹⁴² SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 181.

¹⁴³ DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4, n.13 jan. / mar., 2006, p. 128.

O grau de ingerência destas últimas sobre os direitos dos produtores e comerciantes dos produtos ali mencionados poderá variar.¹⁴⁴

Ainda seguindo a linha do autor, conclui-se que “a limitação da propaganda comercial de produtos do tabaco aos locais de venda do produto não constitui medida excessiva, ante a necessidade de tutelar crianças e adolescentes em face de uma substância que causa comprovadamente dependência e outros danos à saúde.” Na publicidade de produtos derivados do tabaco não ocorre o extermínio da liberdade de expressão publicitária, são somente exceções explicáveis diante do problema de saúde pública gerado.¹⁴⁵

No mesmo sentido, Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin articula a ideia de que não seria qualquer regramento da publicidade oposição aos direitos de livre manifestação e criação. Não se regra o direito, mas sim o abuso que na verdade é objeto de proteção ao consumidor. “Ademais, a mensagem publicitária *per se* não pode ser considerada manifestação de opinião e pensamento. Mostra-se, ao revés, como um momento da atividade econômica da empresa, e como tal é expressamente, disciplinada pela Constituição Federal.”¹⁴⁶

3.3 Lei n.º 9.294, de 15 de julho de 1996

O legislador constitucional inovou no momento em que propôs que a lei estabeleça critérios protetivos contra a propaganda de “produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”¹⁴⁷ Portanto existem tipos de publicidade

¹⁴⁴ DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4 n.13 jan. / mar, 2006, p. 128.

¹⁴⁵ DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4 n.13 jan. / mar, 2006, p. 129.

¹⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 315.

¹⁴⁷ Art, 220, § 3.º, II, Constituição Federal.

que devem se submeter a “advertências sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”¹⁴⁸ Nesta linha, caracteriza-se o Código Consumerista como uma base geral de proteção ao consumidor, sendo apenas uma regulação genérica, porém fundamental da matéria, devendo-se ainda instituir controle complementar.¹⁴⁹

O princípio da proteção ao consumidor condiciona a legitimidade da ordem econômica, para resguardar direitos, incluindo a inviolabilidade do direito a vida. Este é o principal foco quando se trata da publicidade de produtos perigosos. Na maioria das grandes democracias, o que se fez foi restringir por completo toda e qualquer publicidade de tabaco. Porém não foi este o caminho da legislação brasileira, buscou-se com a Lei 9.294/1996 e a 10.167/2000 não proibir a publicidade, mas sim frear a atividade publicitária no que tange ao anúncio de produtos prejudiciais à saúde.¹⁵⁰

Muito se critica acerca da proibição em termos da publicidade, pois por ser um produto nocivo, não poderia existir nenhuma forma de publicidade, tendo em vista o objetivo principal das indústrias, de angariar novos fumantes e garantir os mercados futuros, mas o intuito da lei foi o de coibir a exposição desnecessária dos não usuários de tabaco à publicidade que as indústrias dizem ser direcionada aos fumantes, com o objetivo de tão somente, apresentar novas marcas e possibilitar a concorrência.¹⁵¹

Por determinação constitucional do artigo 220, § 4.º, da Constituição Federal, foi criada a Lei 9.294/96, também chamada de Lei Murad. As aspirações que então se colocaram postas sobre a lei não foram atendidas em decorrência da forte influência que a ela

¹⁴⁸ Art. 220, § 4.º, Constituição Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mai. 2009.

¹⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 359.

¹⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 360.

¹⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 361.

sofreu de veículos de comunicação, agências de publicidade e, ainda, do *lobby* das indústrias de cigarro. Formou-se um arcabouço em torno da letra da legislação, que, por fim, restou por ser um instrumento do uso da publicidade de tabaco e seus abusos no que toca às grandes impropriedades contidas na lei. Não se retirou o direito dos veículos de massa, apenas restringiu-se o horário em que o anúncio seria exibido. Nada se tratou na lei sobre o uso de quadrinhos, sem falar na não regulação das publicidades insinuantes, comportamentais e sofisticadas, e ainda não apresentou nenhum óbice sobre a vinculação com esportes e eventos culturais. Ou seja, criou-se uma regulamentação legal para a publicidade de tabaco.¹⁵²

Diante dos fatos, o então Ministro da Saúde, José Serra, com os dados de crescimento do número de fumantes, incluindo jovens e crianças, avocou para si a responsabilidade de corrigir os defeitos existentes na Lei Murad, colocando-a tão somente nos exigidos moldes constitucionais. Mesmo diante de muitas resistências, conseguiu com que se aprovassem as alterações necessárias. Então foi editada a Lei 10.167/2000¹⁵³, que passou a ser conhecida como Lei Serra, a qual revogou alguns artigos e proporcionou profundas e importantes modificações na Lei 9.294/96.¹⁵⁴

Então a regra geral da publicidade de tabaco consiste na obediência ao art. 3.º da Lei 9.294/96 com a nova redação dada pela Lei 10.167/2000, em que foram enumeradas várias proibições quais sejam:

I– a venda por via postal; II – a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde; III – a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet; IV – a realização de visita promocional ou distribuição gratuita em estabelecimento de ensino ou local público; V – o patrocínio de atividade cultural ou

¹⁵² BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 361.

¹⁵³ “Ao contrário da Lei Murad, de conteúdo amplo, a Lei Serra cuida apenas da publicidade de tabaco, limitando-se a alterar os arts. 2.º, 3.º e 9.º daquela, acrescentando um novo artigo 3.º B. São, contudo, modificações profundas”.

¹⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 362.

esportiva; VI – a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar; VII – a propaganda indireta contratada, também denominada *merchandising*, nos programas produzidos no País após a publicação desta Lei, em qualquer horário; VIII – a comercialização em estabelecimento de ensino, em estabelecimento de saúde e em órgãos ou entidades da Administração Pública; IX – a venda a menores de dezoito anos

Quanto à localização, os painéis, pôsteres e cartazes, somente podem ser fixados na área interna dos locais de comercialização, considerando-se os de venda, apenas em estabelecimentos destinados exclusivamente para o comércio de tabaco ou assemelhados (desde que se mantenham visivelmente isolados), em vista do objetivo da lei de não expor a publicidade a não fumantes, crianças e adolescentes. Ou seja, é vedada a comercialização em estabelecimentos de ensino e saúde.¹⁵⁵

Dentre outras proibições, podem-se enumerar a restrição aos produtos de promoção, a distribuição gratuita de amostras, os recursos de vendas utilizados pelo *marketing* e ainda o *merchandising* remunerado direto ou indiretamente em filmes novelas. Vedou-se também a vinculação e o patrocínio de atividades culturais ou desportivas de qualquer espécie.¹⁵⁶

Vedou-se então toda e qualquer veiculação de publicidade¹⁵⁷ sobre tabaco, por meio da televisão, rádio, jornais, cinema, revistas, impressos, *outdoors* ou em uniformes e materiais esportivos.

¹⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 363.

¹⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 365.

¹⁵⁷ Estão proibidos os anúncios que: a) sugiram o consumo exagerado ou irresponsável; b) induzam ao bem-estar ou saúde; c) façam associação a celebrações cívicas ou religiosas; d) atribuam propriedades calmantes, estimulantes, ou que reduzam fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar; e) associem imagens de maior êxito sexual, em especial através de insinuações do aumento de virilidade ou feminilidade; f) vinculem o produto a esportes – olímpicos ou não; g) sugiram ou induzam o consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais; h) empreguem imperativos que induzam diretamente ao consumo; i) incluam a participação de crianças ou adolescentes.

E tratando-se de eventos internacionais, culturais ou esportivos que possuam patrocínio de empresas ligadas de qualquer forma ao tabaco, veiculados por televisão, exige-se “a veiculação gratuita pelas emissoras de televisão, durante a transmissão do evento, de mensagem de advertência sobre os malefícios do fumo, tais como:

I – "fumar causa mau hálito, perda de dentes e câncer de boca"; II – "fumar causa câncer de pulmão"; III – "fumar causa infarto do coração"; IV – "fumar na gravidez prejudica o bebê"; V – "em gestantes, o cigarro provoca partos prematuros, o nascimento de crianças com peso abaixo do normal e facilidade de contrair asma"; VI – "crianças começam a fumar ao verem os adultos fumando"; VII – "a nicotina é droga e causa dependência"; e VIII – "fumar causa impotência sexual

Para definir as sanções ao descumprimento da Lei 9.294/96, o conceito de infrator foi modificado pela Lei Serra: “considera-se infrator, para efeitos desta lei, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação”¹⁵⁸. Com a abrangência dada ao conceito, adiciona não só o anunciante, como também “sua agência e veículo de comunicação; o funcionário público que autoriza ou licencia atividade irregular; o explorador do ponto ou do local de venda; a gráfica e o distribuidor de revistas e publicações; artistas; desportistas e seus empresários envolvidos dentre outros.”¹⁵⁹

3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311

Em 24 de setembro de 2004 foi protocolada no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), que tem por objeto tornar inconstitucionais dispositivos da Lei n.º 9.294, de 15 de julho de 1996, com a redação, os acréscimos e as alterações introduzidas pela Lei n.º 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e a Medida Provisória n.º 2.190-34, de 23 de agosto de 2001.

¹⁵⁸ Art. 9.º, § 3.º, da Lei 9.294/96

¹⁵⁹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 366.

A CNI alega na ação serem todos esses artigos inconstitucionais e expõe seus argumentos exaustivamente durante toda a inicial, baseando suas alegações em suposta infringência a princípios basilares como liberdade de comunicação e expressão, acesso à informação e à livre iniciativa econômica.

De acordo com Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), que atua como *amicus curiae* no processo, objetivando a defesa dos interesses do consumidor, a CNI produz falácias colocando em segundo plano as premissas a que devem atentar o legislador. Em primeiro apresenta linha de que existiria um direito fundamental das empresas à livre iniciativa, tanto quanto o direito à saúde, à informação e à segurança que são inerentes a todos os cidadãos. Afirma também que as restrições à publicidade impostas pela Lei 9.294/96 infringem o art. 220, § 4.º, da Constituição Federal, e que a contrapropaganda é prejuízo à atividade.¹⁶⁰

Alega, igualmente, “que a livre publicidade a que se pretende expor a sociedade brasileira sem as restrições legais ora em vigor atenderia ao princípio da informação, desvirtuando deletariamente a finalidade deste preceito constitucional.”¹⁶¹ E como último argumento, garante a CNI que o princípio de livre concorrência entre as empresas seria ferido pelas restrições impostas à publicidade dos produtos derivados do tabaco, tendo em mente que, “no atual estágio da atividade, não haveria mais consumidores a serem captados ao vício, já que o produto seria maduro, e não uma novidade no mercado”.¹⁶² Porquanto o CNI deseja que sejam declarados inconstitucionais *in totum* os dispositivos impugnados em sede de ADIN.

¹⁶⁰ *Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC*. Disponível em: <http://www.idec.org.br/arquivos/amicus_curiae_tabaco.doc>. Acesso em: 31 ago. 2009.

¹⁶¹ *Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC*. Disponível em: <http://www.idec.org.br/arquivos/amicus_curiae_tabaco.doc>. Acesso em: 31 ago. 2009.

¹⁶² *Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC*. Disponível em: <http://www.idec.org.br/arquivos/amicus_curiae_tabaco.doc>. Acesso em: 31 ago. 2009.

Como é fato concluir, O IDEC requer a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade para que seja a lei mantida em todos os seus termos. Não apenas ele, o Estado de Sergipe, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), o Sindicato dos Médicos do Distrito Federal, o Partido Verde, Associação de Defesa da Saúde do Fumante (Adesf), Associação de Controle do Tabagismo, promoção da Saúde e dos Direitos Humanos (ACT) e outros ingressaram na ADIN, solicitando a habilitação como *amicus curiae* para que a vigência da legislação que restringe a publicidade de produtos de tabaco seja mantida.

A Suprema Corte ainda não se pronunciou a respeito da ação direta de inconstitucionalidade. O último andamento processual constado é de 30 de junho de 2009, indicando que o processo está concluso ao relator Ministro Joaquim Barbosa. O que se espera é uma decisão coerente com as aspirações sociais; que todos os pontos sejam levados em consideração e, em verdade, o que realmente se almeja é que tudo o que foi feito até os dias de hoje, com objetivo de avançar em termos de saúde pública e em relação ao tabaco, não venha a ser inútil.

3.5 Suficiências da legislação em relação ao problema

Cabe, para finalizar, fazer uma última análise de toda a problemática que envolve o controle da publicidade de tabaco como proteção ao direito do consumidor.

O tabagismo não é um mal que atinge apenas o Brasil. Hoje todo o mundo sofre as consequências do uso cigarro. Milhões de pessoas morrem todo ano em decorrência do uso do tabaco. Como desenvolvido no capítulo primeiro, são diversos os males que atingem não só aqueles que fumam, mas toda a população.

As indústrias tabaqueiras aproveitaram-se da não existência de uma legislação adequada para fazer todo e qualquer tipo de publicidade. Usaram os mais diferentes tipos de recursos persuasivos existentes, para atingir todas as camadas sociais, crianças e adolescentes, no intuito de obter cada vez mais consumidores e garantir assim mercados futuros.

Como os efeitos do tabaco somente são sentidos, na maioria da população, vários anos após o primeiro cigarro, o *glamour*, a liberdade e o requinte sustentaram-se durante muito tempo, até que os efeitos em massa pudessem ser sentidos, e as doenças, em suas mais diferentes formas, começassem a proliferar. Mesmo os não usuários começaram a sofrer até em maior proporção os efeitos nocivos dos componentes do tabaco.

Cada país tomou partido para resolver os problemas de saúde pública decorrente do uso contínuo do cigarro pela população. No Brasil, o controle misto coibiu em grande parte a publicidade ilegítima que se estendia por toda a publicidade, inclusive, no tocante aos anúncios sobre o cigarro, porém somente tentar coibir não foi o suficiente, era necessário restringir, regular em todos os vértices a publicidade sobre cigarro.

A Constituição Federal previu a restrição da publicidade de produtos perigosos, que foi regulada por lei de maneira que se expusessem menos os não consumidores a publicidade de tabaco e também tratou para que as indústrias tabaqueiras transmitissem aos consumidores os males que o cigarro pode causar ao seu organismo, bem como para a coletividade.

O conflito entre direitos fundamentais sugeridos é aparente, pois quando se suscita esse conflito a primeira coisa que se deve perceber é que os direitos fundamentais não colidem; eles apenas se sobrepõem com o objetivo de alcançar um bem maior que é a vida, ou seja, se a liberdade de expressão publicitária garantida pela Constituição como direito

fundamental está trazendo prejuízos visíveis à coletividade, à saúde pública e ao meio ambiente. As restrições às publicidades de tabaco são de toda forma legítimas, pois o choque entre os direitos é aparente; eles se sobrepõem na medida em que geram reflexos sociais não queridos ou esperados.

O direito à vida é a máxima dentro deste embate. É impossível o Estado ter como um de seus principais deveres garantir a todos o direito à vida, e permitir a livre circulação de peças publicitárias que possam induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial a sua saúde, pelo uso de produtos visível e comprovadamente nocivos.

A partir do momento que existem comprovações científicas de que certo produto causa males irreversíveis, é dever do Estado fazer com que o consumidor saiba exatamente o que está comprando e quais os efeitos o uso do produto provoca no seu organismo. A divulgação desse produto precisa sofrer restrições em prol da coletividade, da saúde pública, pois o cigarro não é algo que atinge somente o usuário. Inúmeras vezes, já foi provado que os efeitos nos não fumantes são imensamente maiores, isso sem falar nos danos causados ao meio ambiente.

Antes do advento a Lei 9.294/96 somente era necessário que as indústrias tabaqueiras fizessem uma notícia de conscientização sobre o uso do produto, porém não se regulava a respeito do conteúdo desses anúncios ou da forma como eram elaborados. A persuasão incorporada nas publicidades era usada para convencer o consumidor de que o uso do cigarro traria mais benesses do que malefícios.

Com os termos da lei, foi possível regular realmente os anúncios publicitários sobre tabaco e seu conteúdo integral, pois somente com a Lei 9.294/96, e as alterações feitas pela Lei 10.167/2000, restringiu-se a publicidade de tabaco a painéis, pôsteres, que devem ser

localizados na parte interna das lojas ou que se destinem ao exclusivo comércio de tabaco, tornando ilegal a veiculação de publicidade na televisão, rádio, jornal ou revista. Também se proibiu o comércio dentro de centros de saúde e escolas. No que tange ao conteúdo, estabeleceu-se que não poderiam ser feitas associações do tabaco com eventos culturais, esportivos e dentro de seus limites não autoriza a vinculação do tabaco com situações de aventura, perigo, lazer, prazer dentre outros.

A lei, assim, procura tutelar tanto a reivindicação dos não fumantes, que não são obrigados a fumar junto com as pessoas que do tabaco fazem uso, e, também como mais importante, retirou a publicidade ilícita que foi veiculada durante anos sobre o tabaco, induzindo o consumidor a erro.

Em se tratando de saúde pública, a lei tem por objetivo fazer com que sejam explicitados os efeitos maléficos do fumo, para que o consumidor possa elaborar um pensamento crítico e real sobre o produto. A lei gerou, então, uma considerável redução do uso do tabaco pela população, tornou os ambientes, agora livres da fumaça excessiva e prejudicial do cigarro, saudáveis para os não fumantes e, o mais importante, fez com que os direitos do consumidor fossem respeitados e cumpridos.

Portanto, tendo em mente toda a problemática apresentada, é imperioso concluir que é suficiente, legítima, constitucional e adequada à regulação legislativa que se estende sobre a publicidade de tabaco no Brasil.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é de grande importância ressaltar os pontos que desencadeiam toda a problemática apresentada, a proteção aos direitos do consumidor, como se pode perceber, vai muito além dos limites do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à publicidade de tabaco, pois coube à Lei 9.294/96 findar a abusividade e/ou enganabilidade apresentada nas peças publicitárias de cigarro no Brasil dentre outros pontos abordados.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade começou verdadeiramente a ser regulada de maneira coercitiva, o que possibilitou em larga escala a proteção dos direitos do consumidor no que tange à veiculação de anúncios com o conteúdo explícito sobre o produto, sem que falácias fossem apresentadas, para que o consumidor pudesse fazer uma escolha consciente.

Entretanto a atividade publicitária é composta de recursos psicológicos e artimanhas estudadas pelo *marketing*, que nem sempre têm a intenção de iludir o consumidor, porém em alguns casos, como o do tema em destaque, acabam causando danos diante da persuasão inerente a este tipo publicitário.

A publicidade de tabaco no Brasil desencadeou um problema de saúde pública, deixou de ser uma relação restrita ao fumante individual, como consumidor do produto, e tornou-se um problema de dimensão muito maior, atingindo a coletividade exposta à publicidade do cigarro.

A Constituição Federal, no seu capítulo intitulado “da comunicação social”, no art. 220 § 4.º, previu a edição de uma lei para que fosse restringida a propaganda comercial de tabaco e outros produtos perigosos, mandamento que originou a Lei n.º 9.294/96, que

posteriormente foi alterada pela Lei n.º 10.126/02, e concebeu plena restrição à publicidade de produtos derivados de tabaco, fazendo com que os não fumantes deixassem de ser expostos à publicidade de cigarro e que os fumantes realmente soubessem que tipo de produto estavam consumindo, sobretudo quais as doenças o uso do cigarro pode acarretar, tais como câncer de pulmão, acidente vascular cerebral, doenças coronárias dentre outras que oneram o sistema público de saúde.

Os direitos fundamentais, no que dizem respeito à saúde e ao interesse coletivo se sobrepõem, na medida em que o interesse público deve prevalecer em detrimento da iniciativa econômica e a liberdade de expressão, no que tange à publicidade de cigarro, pois se tem em mente a supremacia da proteção aos direitos do consumidor.

Desse modo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311 que tramita na Suprema Corte em oposição à Lei n.º 9.294/96 nada mais é do que uma tentativa desesperada em obter legitimidade de atuação das indústrias cigareiras, para envolver o consumidor, mais uma vez, no bojo ilusório da publicidade tabagista.

O que se pode dizer é que houve uma sensibilização visível da população ao se mostrar os reais efeitos que o uso contínuo do cigarro pode causar, não tanto quanto o esperado na população carente. Porém não há que se falar que a lei não é adequada, pois atinge o ponto chave da publicidade cigareira, a persuasão, que sempre foi articulada de forma a usar a enganosidade e a abusividade para tornar o produto comercialmente vendável. Além do mais, proibiu-se a vinculação com esportes, eventos culturais dentre outros que evidenciavam e expunham o consumidor a sugestibilidade implícita ou, muitas vezes, plenamente explícita das peças publicitárias.

A Lei n.º 9.294/96 é adequada, legítima e constitucional. As restrições impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro à publicidade de tabaco surtiram efeito visível quando se analisam as estatísticas da saúde pública brasileira antes e depois da entrada em vigor da lei. O número de fumantes diminuiu consideravelmente com a conscientização da população sobre os efeitos do hábito de fumar.

O Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado de maneira complementar à lei, podendo ser utilizado para restringir ainda mais a publicidade de tabaco, no que tange a algumas ilegalidades não tuteladas pela Lei n.º 9.294/96, pois quando se trata de publicidade abusiva e enganosa com a indução do consumidor a erro e o uso de ambiguidade, o Código reprime com propriedade.

O direito à informação correta e adequada é devido ao consumidor por questão de cidadania e respeito a sua condição dentro da relação de consumo. Esse é o papel do direito do consumidor, seja por meio do Código de Defesa do Consumidor, seja por outras Leis que possuam essa proteção como premissa maior, como é o caso da Lei n.º 9.294/96.

REFERÊNCIAS

A INDÚSTRIA do cigarro. Disponível

em:<http://www.faac.unesp.br/pesquisa/nos/olho_vivo/porque_fumamos/ind_pub.htm>.

Acesso em: 5 jun. 2009.

ALMEIDA, Marisa S. D. N. T. de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. In: _____. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p. 12.

APARECIMENTO de doença coronária. Disponível em: <<http://www.enfarte.com/enfarte-factores-relacionado-s-o-aparecimento-da-doenca-coronaria.html>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos atores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 36.

_____. O controle jurídico da publicidade. In: _____. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 32.

BRASIL. Constituição Federal (1998). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mai. 2009.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 nov. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 9 out. 2009.

_____. Lei n.º 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4.º do art. 220 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm>. Acesso em: 9 out. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311, de 24 de setembro de 2004. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>> . Acesso em: 9 abr. 2009.

CAIRRÃO, Álvaro et al. Publicidade, tabaco e estratégias. In: _____. *Actas da III jornada publicidade e comunicação*. Disponível em:

<https://bdigital.ufp.pt/dspace/bitstream/10284/752/1/publicidade_tabaco_estrategias.pdf>.

Edições Universidade de Fernando Pessoa 2008. p. 3. Acesso em: 25 mai. 2009.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 74.

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7.

CIGARRO dispara o gatilho do infarto. *Folha de São Paulo*, 26 abr. 2008, Cotidiano 3, p. 9.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 247.

CONAR. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 8 out. 2009.

CONTROLE do tabagismo no Brasil. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Controle%20do%20Tabagismo%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

COSTA, J. B. *Fumo no banco dos réus: culpado ou inocente?* Santo André, SP: Publicadora, 1984. p. 32

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.133.

DIAS, Eduardo Rocha. Notas sobre as restrições a direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – em especial o caso da publicidade de produtos perigosos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4 n.13 jan. / mar, 2006, p. 93.

EMPRESA Souza Cruz. *Fumo e saúde*. Redução de risco. Disponível em: <<http://www.souzacruz.com.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

ESTRATÉGIAS da indústria do tabaco. Disponível em: <http://portaldomeioambiente.org.br/pma/index.php?option=com_content&view=article&id=347:estrategias-da-industria-do-tabaco&catid=945:noticias-diarias>. Acesso em: 9 de jun. 2009.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49.

FERREIRA, Aurélio Buarque de H. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: 1999, p. 627.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76.

INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. Disponível em: <http://www.idec.org.br/arquivos/amicus_curiae_tabaco.doc>. Acesso em: 31 ago. 2009.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 15.

JORNAL DE PNEUMOLOGIA. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

MALANGA, Eugênio, *Publicidade, uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1977, p.11.

MELLO, Sérgio C. Benício. *Comentários: o que é o conhecimento em marketing no Brasil, afinal?* rev. adm. contemp. Curitiba, v. 10, n. 2, june, 2006.
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552006000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 mai. 2009.

MINADEO, Roberto. *1.000 perguntas – marketing*. 2. ed. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 2005. p. 1.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Conheça o cigarro por dentro*. Disponível em: <<http://www.INCA.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

_____. *Conheça o cigarro por dentro*. Disponível em: <<http://www.INCA.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. *Dados e números*. Disponível em: <<http://www.INCA.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=conheca.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. *Programa Nacional de Controle do Tabagismo e outros fatores de risco de câncer*. Disponível em: http://www.INCA.gov.br/conteudo_view.asp?id=139. Acesso em: 23 mai. 2009.

_____. *Sobre o cigarro*. Disponível em: <<http://www.consciencia.net/2004/mes/01/sobreofumo.html>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 398.

PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*. (Tese de doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, Paraná, 2002, p. 66-67.

RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 8, out./dez, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 59.

ROSEMBERG, J. *Tabagismo sério problema de saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Almed, 1987. p. 14.

SANT'ANA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1981, p. 47.

SANTOS, Fernando Gherardini. *O direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 183.

TABAGISMO e saúde feminina. Disponível em:
<http://actbr.org.br/uploads/conteudo/213_TABAGISMO_E-SAÚDE_FEMININA_FINAL.pdf>. Acesso disponível em: 20 mai. 2009.

TABAGISMO predomina nas classes de baixa renda. Disponível em:
<<http://www.INCA.gov.br/tabagismo/atualidades/ver.asp?id=276>>. Acesso em: 23 de maio de 2009.

TABAGISMO: danos e números. Disponível em:
<http://www.INCA.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dados_num&link=mundo.htm>. Acesso em: 20 mai. 2009.