

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO III - NÚMERO IV

1º SEMESTRE 2017

**DERECHO ANTE LOS DESAFIOS
DE LA GLOBALIZACIÓN**

Lisboa
Editorial Juruá
2017

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO III, Nº IV, 1º SEM. 2017



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com/revistaconsinter/
e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00004.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

COLABORADORES:

Alexandra Barbosa Campos de Araújo
Aloísio Krohling
Antônio Carlos Efig
Carlos Eduardo Koller
Carlos Mauricio López Cárdenas
Deilton Ribeiro Brasil
Edna Raquel Hogemann
Eduardo Manuel Val
Faena Gall Gofas
Felipe Dalenogare Alves
Francisco Ortego Pérez
Gisele Alves Bonatti
Igor Fernando Ruthes
Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte
Juan José Fernández Domínguez
Julia Scárdua Maria
Leticia Mottin

Luigi Bonizzato
Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff
Manuel Rodrigues de Sousa Junior
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Maria Cristina de Brito Lima
María José Corchete Martín
Mário Luiz Ramidoff
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Natalia Caicedo Camacho
Natália de Souza e Mello Araújo
Nivea Corcino Locatelli Braga
Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Rosana Helena Maas
Simone Letícia Severo e Sousa
Tatsiana Ushakova
Waldemar Hummer

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO CONTROLE DO TABAGISMO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

THE INTERVENTION OF THE STATE IN THE CONTROL OF TOBACCO AND THE PROTECTION OF THE BRAZILIAN CONSUMER

DOI: 10.19135/revista.consinter.00004.09

*Leticia Mottin*¹

*Antônio Carlos Efig*²

Resumo: Busca a presente pesquisa examinar a controvérsia jurídica gerada pela Lei 12.546/2011. Visando a promover ambientes 100% livres do tabaco, eliminou-se os fumódromos em todo o território nacional, diante deste contexto, um lado da doutrina defende a inconstitucionalidade da Lei, eis que o banimento dos fumódromos elimina o direito à liberdade do consumidor do tabaco, e outra parte da doutrina sustenta a possibilidade de mitigação da liberdade do fumante ante a promoção da saúde coletiva. Entretanto, cabe questionar se de fato, o consumidor do tabaco detém a plena liberdade no poder de escolha. A partir dessa premissa objetiva-se analisar a constitucionalidade da Lei 12.546/2011, em confronto com a suposta restrição gerada na vida individual dos consumidores de tabaco. Com suporte no estudo bibliográfico da doutrina científica e jurídica brasileira, depreendeu-se que as modificações introduzidas pela Lei, no âmbito da publicidade do tabaco não são eficazes para

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduanda em Direito Aplicado na Escola de Magistratura do Estado do Paraná.

E-mail: le_mottin@hotmail.com

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado em Curitiba/PR, Brasil, líder do Grupo de Pesquisa Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica.

E-mail: ace@eradv.com.br

garantir a plena liberdade do consumidor no momento em que a compra dos produtos compostos por tabaco acontece, isso por que as embalagens são consideradas o principal veículo de comunicação, assim propõem-se a padronização das embalagens dos produtos fumígenos. Assim sendo, conclui-se que na realidade são consumidores involuntários de cigarros, de modo que todos os fatores citados potencializam a vulnerabilidade do fumante na qualidade de consumidor, devendo-se estabelecer um tratamento diferenciado, para que se possa de algum modo compensar os seus déficits especialmente de liberdade e de determinação da vontade no momento da decisão de comprar um produto com tabaco.

Palavras-chave: Áreas destinadas ao tabagismo. Consumidor do tabaco. Livre-arbítrio. Publicidade. Hipervulnerabilidade.

Abstract: The presented paper proposes to examine the legal controversy generated by Law 12.546/2011. Intending to promote 100% tobacco-free environments, the Law eliminated the spaces designated for smoking along in the entire national territory. Due to that scenario, there is one side of the tenet defending the unconstitutionality of the Law, since the banishment of the smoking areas limits the rights of the tobacco consumer's freedom, and on the other hand of the tenet, the possibility of mitigating the freedom of the smokers before the collective health enhancement is sustained. Nevertheless it's necessary to question whether the tobacco consumer actually owns plenty of freedom on the power of choice or not. Based on this premise and from it on, there is the global of analyzing the constitutionality of the Law 12.546/2011. In objection to the supposed restriction that was built up in the tobacco consumer's lives. Supported by bibliography studies regarding to the Brazilian scientific and legal doctrine, it was apprehended that modifications introduced through the Law, related to the tobacco advertising field aren't effective to assume plenty of freedom to the consumer at the very moment of the tobacco made products purchase, because the packages are considered as the main way of communication, and that's the reason why the standard of the packages is proposed. Thus, it concluded about the existence of involuntary cigarettes consumer, so that all the factors mentioned potentialize the vulnerability of the smoker as a consumer the vulnerability of the smoker as a consumer, where a differential treatment becomes necessary to be established, and then it can compensated somehow the deficit of freedom and the determination of while at the moment of purchasing a tobacco based product.

Keywords: Areas designed for smoking. Tobacco consumer. Freewill. Advertising. Hypervulnerability.

1 INTRODUÇÃO

A norma reguladora do tabaco representa para a Administração Pública um dever de proteção aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal da República, tais como o direito à saúde coletiva e

o direito à vida, no sentido de que o Poder Público possui a responsabilidade pela educação da população dos efeitos nocivos do tabaco, bem como pela preservação da epidemia tabagista.

Atualmente o grau de controle do uso do tabaco no território brasileiro é alvo de um acentuado conflito jurídico. A divergência gira em torno da suposta alegação da restrição gerada na esfera da liberdade do consumidor do tabaco, em contraste com os interesses da promoção da saúde dos não fumantes.

Ante a eliminação da existência dos “fumódromos” ocasionada pela Lei 12.546/2011, parte da doutrina considera a medida incompatível à luz dos princípios constitucionais, segundo tal raciocínio o espaço reservado para o fumo é primordial para que seja concretizada a liberdade de autodeterminação do fumante.

Já para a outra parte da doutrina, em sentido contrário, sustenta a percepção de que é possível a mitigação da liberdade do fumante do tabaco em prol da saúde pública, visto que se baseia na premissa de que o espaço reservado para o ato de fumar não é eficaz para garantir o isolamento da fumaça e seus componentes tóxicos das áreas de não fumantes, concluindo que não há garantia plena de não afetação da saúde dos trabalhadores e pessoas que dividem o mesmo ambiente.

Logo, muito se fala na liberdade do consumidor do tabaco. Doutrinadores consideram apenas tratar-se de uma escolha individual em fazer o uso ou não do produto, ou seja, cuida-se do raciocínio de apenas tratar-se de uma opção entre usufruir do sentimento de prazer e tranquilidade que o produto proporciona, ou deixar de consumi-lo em face dos malefícios ocasionados à saúde. Ademais, sustenta-se que o ato de fumar é um hábito o qual para ser abandonado depende exclusivamente da força de vontade do fumante, tratando o fumo como uma mera decisão do fumante.

À vista disso, frente aos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor e das evidências científicas esse exame deve ser analisado sob outras concepções.

Primeiramente, a questão que se põe é saber se realmente é possível assegurar a existência da liberdade do consumidor do tabaco entre a opção de iniciar ou não o hábito de fumar, bem como entre a opção de manter o vício ou deixar de consumir o produto.

Ademais, é de se indagar se é adequado interpretarmos as normas de proteção do direito consumerista destinadas aos consumidores do tabaco com o mesmo rigor que interpretamos as normas da generalidade dos consumidores.

Logo a presente pesquisa possui como objetivo geral contribuir com o impasse jurídico gerado na figura do consumidor do tabaco frente à Lei 12.546/2011. A fim de possibilitar a compreensão necessária e abrangente do tema, possui como objetivos específicos conhecer e analisar a eficácia do tratamento dado pela Lei 12.546/2011, em especial às disposições no âmbito da publicidade do tabaco, bem como examinar o atual perfil do consumidor do tabaco e a ausência de regulamentação publicitária. Busca-se também estudar acerca dos valores constitucionais envolvidos na legislação antifumo, a fim de auferir sobre a existência ou não da liberdade do consumidor do tabaco e a razoabilidade da norma que estabeleceu o banimento dos fumódromos. Por fim, sob a ótica do código consumerista, busca-se averiguar a vulnerabilidade do consumidor do tabaco, em relação às suas peculiaridades inerentes que agravam a sua situação de consumidor.

2 PUBLICIDADE DO TABACO

Atualmente resta consolidada a ideia de que garantir que as decisões tomadas pelos consumidores sejam baseadas em informações verdadeiras e consistentes trata-se de competência do Estado bem como o fato de que a implantação de normas que visem a regulamentação da publicidade dos produtos fumígenos consiste em uma importante ferramenta para o combate da epidemia tabagista.

A constitucionalidade de tais normas está fundamentada no art. 220, § 4º da Constituição Federal, o qual prevê que a publicidade de tabaco estará sujeito às restrições legais. Segundo Silva³ este artigo deixa clara a intenção do constituinte em restringir a publicidade dos produtos derivados do tabaco, havendo um menor ônus do legislador infraconstitucional em demonstrar a constitucionalidade de tal norma.

Não obstante, a norma restritiva do direito à publicidade também é fundamentada pelo artigo 13 da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco, uma vez que idealiza a proibição total da publicidade dos produtos derivados do tabaco (BRASIL, 2011c)⁴. Logo a Convenção possui como objetivo crucial a restrição total à oferta, sendo que uma eventual restrição parcial deverá ser encarada como uma exceção à regra.

³ SILVA, Virgílio Afonso. **Parecer a Aliança de Controle do Tabagismo**, 2009. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2015.

⁴ BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **Convenção-Quadro Para Controle do Tabaco**. Rio de Janeiro: INCA, 2011c.

É certo que por mais que se estabeleça a restrição total do direito à publicidade, a decisão de fumar é única e exclusivamente individual, entretanto dificilmente o indivíduo possui as informações completas de forma a conseguir decidir de maneira consciente, o que justifica a proteção dada aos consumidores dos efeitos nocivos dos produtos derivados do tabaco. É nesse sentido que Silva sustenta que “*o consumo de um produto que vicia parece não ser inteiramente compatível com a ideia de liberdade irrestrita e consciente de escolha*”⁵.

Até a entrada em vigor da Lei 12.546/2011, a publicidade se limitava através de pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda. Nas palavras de Silva “*os pontos de venda— como caixas de padaria— tornaram-se verdadeiras vitrines para a publicidade de cigarros, cada vez mais luminosas e chamativas*”⁶, sem qualquer mensagem de advertência sobre os males causados pelo produto.

Assim sendo, a restrição dada pela Lei 10.167/2000 não é tida como satisfatória frente aos diversos mecanismos de marketing adotados pelas empresas do setor tabagista. Com a entrada em vigor da Lei 12.546/2011, a indústria e comércio tabagista ganham novas exigências, a partir da leitura do art. 3º da Lei 9.294/1996 e do art. 7º do Decreto 8.262/2014, depreende-se que a única permissão da publicidade comercial de cigarros, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, é a exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, por meio de mostruários e/ou expositores afixados na parte interna do local de venda.

Outra obrigatoriedade a ser obedecida está prevista no art. 3º, § 5º da Lei 9.294/1996, a qual se refere ao aumento dos espaços para avisos sobre os danos causados pelo tabaco, que deverão aparecer em 100% da face posterior das embalagens e de uma de suas laterais, do mesmo modo dispõe o art. 7º, § 2º do Decreto Regulamentador.

Além de tudo, desde 2016 deve ser incluída advertência adicional em 30% (trinta por cento) da parte inferior da face frontal nas embalagens de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, vendidas diretamente ao consumidor (art. 3º, § 6º da Lei 9.294/1996 e art. 7º A, § 3º do Decreto regulamentador).

⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **Parecer a Aliança de Controle do Tabagismo**, 2009. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.de.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2015, p. 6.

⁶ *Idem*.

Entretanto a eficácia das alterações introduzidas pela Lei 12.546/2011, ainda não é dita como satisfatória acerca do combate total da publicidade do cigarro. Em entrevista concedida, Jons (2014), diretora executiva da ACTbr, explicou a importância de combater a oferta comercial de cigarros e outros fumígenos nos pontos de venda nas seguintes palavras:

publicidade de produtos de tabaco é como um vazamento de gás, não adianta deixar um buraco aberto, a vedação precisa ser completa. Há uma quantidade enorme de evidência nacional e internacional nessa área e há um tratado internacional, a Convenção-Quadro para Controle do Tabaco, ratificado pelo Brasil, que recomenda a proibição total da publicidade, promoção e patrocínio. A medida de exceção em proibição de publicidade é a que foi implementada pela Austrália, através da adoção de embalagens padronizadas de cigarros, onde o nome da marca fica preservado, mas onde não há logos ou qualquer outro tipo de propaganda através de embalagem⁷.

Essa ideia também é sustentada por Iglesias *et al.* ao passo que “há um consenso de que as restrições parciais à propaganda não funcionam, já que as indústrias tendem a explorar outros meios e táticas alternativas de promoção”⁸.

3 A EVOLUÇÃO DO PERFIL DE CONSUMO DE PRODUTOS DERIVADOS DO TABACO E A REGULAMENTAÇÃO DO ÂMBITO PUBLICITÁRIO

O cachimbo de água, popularmente conhecido como narguilé, é consumido por grande parte dos jovens que não possuem o pleno conhecimento sobre os riscos e danos à saúde que o produto é capaz de causar. De acordo com informações trazidas pela *American Lung Association* (2013 *apud* MARTINS *et al.*, 2014): “o uso de narguilé é a primeira nova tendência de consumo de tabaco do século XXI. Esse uso está se

⁷ JOHNS, Paula. Entrevista: Diretora da ACTbr fala da luta contra o tabagismo no Brasil. **CENTRO Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES)**, 17.03. 2014. Disponível em: <<http://cebes.org.br/2014/03/entrevista-diretora-da-actbr-fala-da-luta-contra-o-tabagismo-no-brasil/>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

⁸ IGLESIAS, R. *et al.* **Controle do Tabagismo no Brasil**, 2007. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/202_controle-tabagismo-brasil-BM.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2015, p. 10.

*espalhando ao redor do mundo e tornando-se tão elegante como o fumo de charutos no século passado, especialmente entre jovens profissionais e estudantes universitários*⁹.

Em pesquisa de campo realizada por Martins *et al.* no ano de 2014, entrevistou-se 586 estudantes da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, chegando ao seguinte resultado: “*a forma de uso de tabaco para o qual a prevalência foi mais elevada foi o uso de narguilé (47,32% e 46,75% entre os estudantes do terceiro e sexto anos, respectivamente)*”¹⁰.

Semelhantemente, o estudo de dados realizado por Szklo (2011) também atesta a tendência de consumo de narguilé no século XXI, apontando elevada “[...] *prevalência de consumo de outros produtos do tabaco fumado e, em particular, de consumo de narguilé, entre os estudantes de 13 a 15 anos, de ambos os sexos, de Campo Grande e São Paulo*”¹¹.

Assim, o uso do narguilé popularizou entre os jovens, tornando-se comum a presença do produto em ambientes de socialização. Segundo Szklo (2011) “*é possível que a queda da prevalência de fumantes de cigarro observada nos últimos anos no Brasil tenha favorecido o uso de outros produtos do tabaco como o narguilé, sobretudo entre estudantes*”¹².

Talvez o motivo da popularização seja a variedade de aromatizantes adicionais ao tabaco, como menta, chicletes, chocolate, entre outros, o que o torna mais atraente para os jovens. Além do mais, a existência da ideia equivocada de que o narguilé é inofensivo também pode ser considerado um dos pretextos.

Logo, o produto é utilizado em festas, encontros casuais, bares e em outros ambientes, onde o indivíduo consome sem qualquer alerta ou advertência sobre os males que o produto causa. Segundo informação

⁹ MARTINS, S.R. *et al.* Experimentação de e conhecimento sobre narguilé entre estudantes de medicina de uma importante universidade do Brasil. **J Bras Pneumol.**, v. 40, n. 2, p. 102-110, mar./abr. 2014. Disponível em: <http://www.jornaldepneumologia.com.br/detalhe_artigo.asp?id=2264>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ SZKLO, André Salem *et al.* **Perfil de consumo de outros produtos de tabaco fumado entre estudantes de três cidades brasileiras: há motivo de preocupação?** 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2011001100020>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹² *Idem.*

disponível no sítio eletrônico do Instituto Nacional do Câncer (BRASIL, 2015a), são inúmeras as doenças ocasionadas pelo narguilé:

*estudos associam o uso de narguilé ao desenvolvimento de câncer de pulmão, doenças respiratórias, doença periodontal (da gengiva) e com o baixo peso ao nascer, além de expor seus usuários a de nicotina em concentração que causa dependência. Após 45 minutos de sessão, o narguilé aumenta os batimentos cardíacos e a concentração de monóxido de carbono expirado. Ocorre também maior exposição a metais pesados, altamente tóxicos e de difícil eliminação, como o cádmio. Em longo prazo, seu consumo pode causar câncer de pulmão, boca e bexiga, aterosclerose e doença coronariana. Mas os riscos do uso do narguilé não estão somente relacionados ao tabaco, mas também a doenças infectocontagiosas: compartilhar o bocal entre os usuários pode resultar na transmissão de doenças como herpes, hepatite C e tuberculose*¹³. (grifo dos autores)

Logo, os males causados pelo narguilé vão além dos ocasionados pelo uso do cigarro, ao passo que a maneira pela qual se fuma com o narguilé é através da mangueira de forma compartilhada entre os usuários.

Muito embora não precise de muito esforço para perceber a popularização do produto, o que se observa atualmente é a omissão da legislação em regulamentar o âmbito publicitário relativo aos produtos do narguilé.

É nessa acepção que Martins *et al.* (2014) sustenta que “[...] a comunidade de controle do tabagismo precisará contrariar o argumento errôneo atual de que o uso de narguilé tem menos efeitos nocivos sobre a saúde humana do que o tabagismo”¹⁴. Continua o autor, advertindo de que “há uma necessidade de novas campanhas de saúde pública advertindo os fumantes de narguilé sobre os riscos à saúde a que estão se expondo”¹⁵.

¹³ BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **29 de agosto – Dia Nacional de Combate ao Fumo**, 2015a. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/wcm/dncf/2013/o-que-e-narguile.asp>>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁴ MARTINS, S.R. *et al.* Experimentação de e conhecimento sobre narguilé entre estudantes de medicina de uma importante universidade do Brasil. **J Bras Pneumol.**, v. 40, n. 2, p. 102-110, mar./abr. 2014. Disponível em: <http://www.jornaldepneumologia.com.br/detalhe_artigo.asp?id=2264>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁵ *Idem.*

Conclui-se que o fato agravante é que a minoria da população possui acesso à informação de que o narguilé é mais prejudicial à saúde do que o cigarro. Da mesma forma Hammond D (2011, *apud* Szklo, 2001) alerta que: “*o uso de advertências sanitárias nas embalagens de outros produtos de tabaco, nos seus acessórios e/ou na mídia seria, provavelmente, eficaz para reduzir a proporção de usuários. Todavia, ainda há um escasso desenvolvimento de estratégias de comunicação específicas para inibir o seu consumo no Brasil e no mundo*”¹⁶.

Assim, devido à falta de informações sobre o assunto, constata-se a necessidade de que o Estado elabore e implemente de forma mais acentuada políticas públicas de combate ao tabagismo relativo ao narguilé, com o objetivo de tornar público e notório os efeitos devastadores do produto, a fim de evitar que fumantes ocasionais se tornem fumantes regulares no futuro, de forma semelhante com a história do cigarro.

4 DOS VALORES JURÍDICOS ENVOLVIDOS NO ART. 49 DA LEI 12.546/2011 QUE PROIBE OS “FUMÓDROMOS”

Em função das vastas evidências científicas que atestam a inviabilidade de se controlar a fumaça gerada pelo uso do produto derivado do tabaco, bem como de seus efeitos negativos para a sociedade civil e das recomendações previstas na Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, o art. 2º da Lei 9.294/1996, foi alterado pela Lei 12.564/11 de 14.12.2011, anulando-se a área destinada exclusivamente ao uso do produto fumígeno, devidamente isolada e com arejamento conveniente. Em que pese tal adoção vise a dar cumprimento aos interesses envolvidos na Convenção-Quadro para Controle do Tabaco bem como na Constituição Federal, tal restrição é alvo de acentuado conflito jurídico.

A abolição é vista pela comunidade sobre várias vertentes, primeiramente como um direito de defesa em prol do empreendedorismo tabagista em criar espaço reservado para o uso do produto visando a lucratividade, concomitantemente é concebido como um direito de prestação por parte do Estado em prol do não consumidor do tabaco em não ser

¹⁶ SZKLO, André Salem *et al.* **Perfil de consumo de outros produtos de tabaco fumado entre estudantes de três cidades brasileiras**: há motivo de preocupação? 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2011001100020>. Acesso em: 01 set. 2015.

compelido a inalar a fumaça do produto gerada pelo consumo de outrem e também é visto como um direito do consumidor do tabaco em fazer o uso do produto no espaço reservado para o fumo.

Insculpido no art. 5º *caput*, da Constituição Federal da República, o direito fundamental da liberdade, constitui de maneira a preservar a autodeterminação e autonomia dos indivíduos. Segundo Silva, “*significa dizer que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é o poder de escolha, de opção, entre fins contrários*”¹⁷. Esta é a chamada liberdade interna. Entretanto, prossegue o autor afirmando que a questão fundamental “*é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela*”¹⁸. Esta é chamada liberdade externa, ou seja, a liberdade abrange tanto o poder de escolha de determinada forma e a possibilidade do agir de acordo com a sua escolha livremente.

Para Tércio Sampaio, o direito fundamental da liberdade implica na possibilidade do indivíduo escolher qual atitude deseja ser adotada, mesmo que venha a sofrer consequências prejudiciais. À guisa de conclusão, o doutrinador assevera que:

*portanto, uma proibição absoluta de fumar para todo e qualquer recinto coletivo fere não só o espaço reservado à autonomia privada, como fere também o dever de conciliar os direitos do fumante e do não-fumante, quando em ambientes coletivos: o dever do Estado de harmonizar, tecnicamente, os respectivos exercícios. Liberdade, nestes termos, opõe-se à tutela estatal*¹⁹.

De igual modo, é importante refletir sobre o outro lado da moeda, que é direito individual do não fumante, pois, igualmente a Constituição Federal os protege no sentido de que o não fumante tem o direito salvaguardado de não querer ser compulsoriamente exposto à fumaça produzida pelo cigarro e seus derivados, eis que não pode ser compelido a adquirir doenças e futuras limitações por conta da fumaça alheia. Portan-

¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 231.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Na Constituição, o constituinte fez inserir a liberdade como um dos valores supremos do Estado democrático de Direito. **Folha de São Paulo**, 2008. Disponível em: <<http://www.abead.com.br/clipping/exibClipping/?clipping=2924>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

to, de igual modo, a Constituição Federal garante o direito à saúde coletiva, concebida como um direito do não fumante²⁰.

Segundo Mirra *et al.* (2013)²¹ “*mesmo diante de baixo níveis de exposição à fumaça do tabaco, como ocorre com o tabagismo passivo, a fumaça do tabaco causa aumento rápido e intenso nos fatores que desencadeiam o infarto do miocárdio e o acidente vascular*”.

Logo, a norma que vedou a existência dos fumódromos em todo o território nacional foi instituída com base neste direito fundamental, ou seja, diante do dever do Estado em implantar políticas públicas que visem à redução de doenças na sociedade. Entretanto, muito embora a garantia do direito social à saúde seja fundamental para a existência dignidade da pessoa humana, qualquer realização de política pública não deve suprimir outros direitos sem um respaldo justificável.

É o que Oliveira ensina:

*[...] há que se ter cuidado com os limites desta atuação estatal, embora se trate de um direito fundamental, em casos concretos, o Legislativo, a Administração e o Judiciário podem resvalar em outros direitos fundamentais dos cidadãos, a exemplo da liberdade, igualdade e, por que não até mesmo da própria vida digna, admitindo-se que não são direitos absolutos*²².

Continua o autor alertando que não podemos partir do pressuposto de que em todas as legislações adotadas pelo ordenamento preponderará sempre a vida, a liberdade, a igualdade ou a saúde, pois tudo depende do contexto em que surgem as tensões e conflitos de direitos e/ou princípios fundamentais.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Na Constituição, o constituinte fez inserir a liberdade como um dos valores supremos do Estado democrático de Direito. **Folha de São Paulo**, 2008. Disponível em: <<http://www.abead.com.br/clipping/exibClipping/?clipping=2924>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

²¹ Mirra AP *et al.* **Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**, 2013. Disponível em: <<http://www.projetodiretrizes.org.br/diretrizes12/tabagismojudiciario.pdf>> Acesso em: 20 set. 2015.

²² OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. **A liberdade de fumar enquanto direito fundamental na constituição da república de 1988**: análise da (in)constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546/2011, que suprimiu os espaços reservados para fumantes em recintos coletivos públicos e privados no Brasil, segundo procedimento de ponderação do Prof. Jorge Reis Novais. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/upo/aded/files/2013_08_08461_08586.pdf> Acesso em: 29 ago. 2015, p. 8.502.

Além do mais o impasse do caso em estudo se dá na afronta do princípio da livre-iniciativa, à medida que o setor econômico brasileiro defende a evidência de que áreas 100% livre do tabaco possam diminuir o consumo do cigarro e consequentemente os lucros da empresa, gerando repercussões econômicas negativas²³.

Para o jurista Oliveira (2013, p. 8.541):

nos termos do art. 170, da CR/88, nosso sistema é permeado pelo livre comércio e iniciativa de modo que o empresário pode escolher entre aceitar em seu estabelecimento apenas não fumantes, apenas fumantes ou fumantes e não fumantes, de acordo com suas convicções pessoais ou empresariais, sopesando custos e benefícios e assumindo as despesas que bem entender²⁴.

Ora, se há a possibilidade de risco acerca da receita e a viabilidade do negócio, gerando instabilidade e por consequência afetação na economia do país, a questão que se coloca aqui é refletirmos até que ponto a abolição dos fumódromos é conveniente para a nossa sociedade.

Simultaneamente o constituinte originário em conformidade com os direcionamentos do art. 170, V, da Constituição Federal, inseriu a proteção do consumidor como um direito e garantia fundamental, e também como um princípio da ordem econômica²⁵. Nessa dimensão, José e Ferreira relatam que “[...] o constituinte ao ditar que o Estado deverá proteger os direitos do consumidor, buscou aplicar o princípio da igualdade fazendo com que este princípio irradiasse efeitos dentro das relações privadas”²⁶.

²³ BIALOUS, S.A. *et al.* A resposta da indústria do tabaco a criação de espaços livres de fumo no Brasil. **Revista Panamericana de Salud Publica**, v. 27, n. 4, p. 283, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v27n4/a07v27n4.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2015.

²⁴ OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. **A liberdade de fumar enquanto direito fundamental na constituição da república de 1988**: análise da (in)constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546/2011, que suprimiu os espaços reservados para fumantes em recintos coletivos públicos e privados no Brasil, segundo procedimento de ponderação do Prof. Jorge Reis Novais. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_08_08461_08586.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2015. p. 8.541.

²⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

²⁶ JOSÉ, Thaielly Silva; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. **A Proteção Do Consumidor Idoso**: Contextos e Conceitos Da Vulnerabilidade Agravada, 2012. Disponível

Para Efing tal princípio não representa qualquer obstáculo à atividade econômica, visto que: “[...] *as relações econômicas encontrarão sua ideal expressão quando assentadas sobre o suporte principiológico constitucional e visarem alcançar seu objetivo: assegurar a todos a existência digna de todos aqueles envolvidos no processo econômico*”²⁷.

Nesse aspecto o autor relata que o princípio da ordem econômica de proteção ao consumidor “*busca equilibrar e completar, concomitantemente, a tutela da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana*”²⁸. Logo, a ordem econômica deve ser associada à dignidade da pessoa humana, a qual é tida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF/1988).

Igualmente, Efing expõe que “*sendo a defesa do consumidor um dos princípios regentes da ordem econômica, a função social da empresa se dá necessariamente com o respeito às normas do Código de Defesa do Consumidor*”²⁹.

Diante disso, se a indústria e o comércio tabagista não estiverem atendendo aos ditames constitucionais, tais como o princípio da ordem econômica da proteção do consumidor, ou seja, se não estiverem respeitando as normas do Código de Defesa do Consumidor, estará violando a dignidade da pessoa humana e a função social da empresa.

É certo que em regra, o Estado tem que respeitar e não interferir nas decisões que as pessoas tomam dentro da ordem legal, entretanto, após a descoberta e comprovação científica dos malefícios do cigarro, o governo passou a ter a obrigação de estabelecer medidas necessárias para preservação da saúde da população, tal fenômeno trata-se da interferência Estatal nas esferas de autonomia do indivíduo e do livre empreendedorismo³⁰.

No âmbito do direito consumerista, o doutrinador Almeida relata que “[...] *equivale a dizer que o Estado intervirá na área econômica para garantir a defesa do consumidor, havida pelo constituinte como um*

em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/5289.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2015. p. 3.

²⁷ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 124.

³⁰ GOMES, Paula Gecislany V. S. Liberdade de fumar e o poder regulamentador do Estado como instrumento de proteção da sociedade. **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, n. 429, p. 20-22, dez. 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/995_artigo_Paula_Gomes.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

direito constitucional fundamental (art. 5º, XXXII)”³¹. Logo, sob pena de se tornar ineficaz a proteção garantida aos consumidores pela Constituição Federal, é dever do Estado intervir na atividade econômica, de modo a garantir a tutela.

Juridicamente é indiscutível a legitimidade do Estado em orientar as atividades econômicas conforme o interesse público, entretanto a restrição instituída é criticada por uma parte dos autores no sentido de estarmos diante de um típico excesso de poder legislativo. À vista disso, o principal desafio é vencer as indagações do “menosprezo” de certos direitos, na busca da solução do conflito.

Virgílio Afonso da Silva explica que a possibilidade de restrição total individual é justificada pela aplicação da regra da proporcionalidade, definindo que: “*se há razões suficientes para a restrição, ou seja, se o grau de realização do direito colidente justifica o grau de restrição ao direito atingido (vida, liberdade, propriedade), e assumido a medida restritiva como adequada e necessária, as restrições são consideradas constitucionais*”³².

Assim sendo, se a lei que aboliu a existência do espaço reservado para a prática do fumo possuir razões suficientes para a restrição do direito da suposta liberdade do fumante, bem como à livre-iniciativa do empresário, se esta medida for considerada adequada na sociedade atual e necessária para o fim que pretende atingir, a conclusão que podemos chegar é pela constitucionalidade da norma.

5 A ESFERA DO DIREITO CONSUMERISTA NA PERSPECTIVA DOS FUMANTES DO TABACO

A Constituição Federal buscou proteger os consumidores (art. 5º, XXXII), reconhecendo a sua condição de vulnerabilidade perante os fornecedores, porém dentro dessa categoria, ainda é possível afirmar que há outros grupos que, devido as suas peculiaridades, necessitam de uma proteção maior que os consumidores em geral³³.

³¹ ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.

³² SILVA, Virgílio Afonso. **Parecer a Aliança de Controle do Tabagismo**, 2009. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicada_de.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2015, p. 19.

³³ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

Nesse sentido José e Ferreira abrangem sobre os diferentes tipos de consumidores nas relações de consumo:

*pode-se perceber que o consumidor é naturalmente vulnerável, tendo em vista que está diariamente sofrendo influências externas pelos fornecedores em relação àqueles. Assim, havendo diferentes tipos de consumidores nas relações de consumo, devem existir diferentes graus de vulnerabilidade para que esta seja aplicada de forma justa conforme a igualdade jurídico-formal, protegendo de forma mais eficiente àqueles que acabam sendo enquadrados como “presas” fáceis da sociedade consumerista*³⁴.

Portanto, é possível afirmar que há diferentes graus de vulnerabilidade dentro do nosso ordenamento jurídico e por consequência há de estabelecer um tratamento diferenciado para que seja aplicado de forma justa. Para os doutrinadores o que o conceito de hipervulnerabilidade “[...] *leva em consideração é o fato de serem alvos fáceis dos fornecedores de produtos e serviços, uma vez que tem sua vulnerabilidade potencializada*”³⁵.

Quanto aos apontamentos de que os hipervulneráveis são apenas os mencionados no texto constitucional (crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência) os ensinamentos de Cláudia Lima Marques revelam que

*a diferença está em que os hipervulneráveis mencionados nas normas constitucionais se beneficiam do mandamento de proteção constitucional (com efeitos e força normativa no direito privado), enquanto que, por exemplo, os doentes e analfabetos são hipervulneráveis cuja proteção dependerá da atuação do Judiciário e das especialidades do caso concreto (por exemplo, conhecimento pelo parceiro contratual de sua condição agravada de vulnerabilidade, tipo de contrato, onerosidade ou gratuidade deste, etc.)*³⁶.

³⁴ JOSÉ, Thaielly Silva; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. **A Proteção do Consumidor Idoso: Contextos e Conceitos da Vulnerabilidade Agravada**, 2012. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/5289.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2015, p. 5.

³⁵ *Ibidem*, p. 1-2.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 364-365.

Portanto, além do reconhecimento pela Constituição Federal da necessidade de tratamentos peculiares para os consumidores idosos, criança, adolescentes e portadores de deficiência, a doutrina entende que há outras condições de consumidores que demandam o seu reconhecimento de vulnerabilidade agravada.

No tocante à vulnerabilidade dos consumidores do produto do tabaco, não podemos deixar de lado o fato de que a nicotina presente no produto cria uma situação de dependência nos fumantes, o qual, segundo Delfino, cultiva: “[...] em seus organismos uma necessidade química que os transformam em consumidores involuntários de cigarros. Necessitam eles – os fumantes – de alimentar, minutos após, seus vícios, impedindo, através de cada tragada, a manifestação de uma desagradável crise de abstinência, sob o débil abrigo do prazer postigo criado pela nicotina”³⁷.

Diante deste contexto, os fumantes são vistos como consumidores involuntários, revelando sua situação de hipervulnerabilidade, caracterizado quando, além do fato de serem vulneráveis pela própria condição de consumidores, é agravada pela condição do binômio de serem dependentes químicos de um produto de uso e comércio legalizados e causador de dependência física e psicológica. Neste contexto é importante definir quem são os consumidores hipervulneráveis: “o prefixo hiper (do grego hyper), designativo e alto grau ou aquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra vulnerável, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais”³⁸.

Na opinião de Cláudia Lima Marques “[...] a hipervulnerabilidade de seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou desconhecidas do fornecedor [...]”³⁹. A autora contribui com exemplos, como a idade reduzida ou na situação de doente, concebe-se que alguns consumidores de certos produtos, em razão de suas peculiaridades, devem possuir um tratamento diferenciado dos consumidores comuns.

³⁷ DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, n. 51, p. 172-197, jul. 2002, p. 186.

³⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010, p. 19.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 360.

Segundo Renata Domingues Balbino Munhoz Soares, “o indivíduo tem liberdade quando tem pleno e prévio conhecimento da informação. Se não tem informação completa sobre determinado produto, não tem liberdade de escolha efetivamente”⁴⁰. Neste contexto, a configuração da hipervulnerabilidade do consumidor do tabagismo caminha também no sentido da carência de informações claras e corretas sobre o produto difundido ao longo da história.

Nesta mesma linha Delfino estabelece que “a deficiência de informações do consumidor quanto aos males acarretados pelo fumo tem íntima relação com as primeiras experiências de consumo do cigarro e, conseqüentemente, com a deflagração do vício causada por esse produto”⁴¹. Ademais, ainda que atualmente sejam adotadas diversas medidas de combate ao fumo, Delfino afirma que “[...] as pessoas, em sua maioria, não possuem conhecimento lúcido e firme da carga mortífera que o cigarro carrega a seus organismos. Possuem, algumas delas, conhecimento básico e superficiais; insuficientes, porém, para conduzi-las a uma escolha consciente de iniciar ou não no tabagismo”⁴².

Assim sendo, muito embora contenha mensagens de advertências nas embalagens do tabaco, a grande massa dos consumidores do produto não possui conhecimento firme, preciso e abrangente dos efeitos nefastos à sua saúde, de modo que se possa sustentar que o início do uso do cigarro se deu com base na liberdade individual.

Cumulativamente à carência de informações Rocha reconhece a situação de enfermidade do fumante: “é uma doença crônica, de tal modo que somente a vontade do fumante não é suficiente para curá-la, sendo necessário um tratamento baseado em remédios e terapia, o que faz cair por terra o argumento do livre arbítrio. O fumante sozinho raramente consegue abandonar o vício”⁴³.

⁴⁰ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Vulnerabilidade e Estratégia: Os Dois Lados de uma Mesma Moeda. **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, n. 429, p. 26-28, dez., 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/998_artigo_Renata_Soares.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁴¹ DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, n. 51, p. 172-197, jul. 2002, p.191.

⁴² *Idem*.

⁴³ ROCHA, Claudia Leal Andrade da. **A questão do nexa causal na responsabilidade civil por danos causados pelo consumo de cigarro**. Disponível em: <http://www.e-merj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/ClaudiaLealAndradedaRocha.pdf>, 2012. Acesso em: 02 out. 2015, p. 9.

Soraes aponta que a vulnerabilidade do consumidor do tabaco (na realidade hipervulnerabilidade) manifesta-se em decorrência de vários fatores: em decorrência da não capacidade plena, ocasionada em razão dependência da nicotina, ou em razão da idade do consumidor, ou em decorrência da falta de informações: *“tanto a liberdade daquele que se inicia no hábito de fumar, quanto a liberdade do já fumante (para parar de fumar) são manifestações de vulnerabilidade, seja em decorrência da não capacidade plena (vulnerabilidade por idade ou incapacidade), seja divulgação em decorrência da dependência da nicotina (vulnerabilidade por dependência), ou em decorrência da falta de informação (vulnerabilidade informacional), como ocorreu durante o século xx, quando a indústria tabagista sabia dos efeitos maléficos da nicotina e omitia tais dados”*⁴⁴.

Em guisa de conclusão Soraes adverte que

*o controle do tabaco, no Brasil, precisa ser vivenciado como dois lados de uma mesma moeda. De um lado, o indivíduo fumante, que é vulnerável, seja por idade, incapacidade, dependência ou informação; e, de outro, a indústria e suas estratégias, que buscam acobertar o que de mais importante aí se encontra: a saúde de milhões de pessoas no mundo*⁴⁵.

Diante deste contexto, questões como a publicidade e dependência do fumante tornam-se consumidores com peculiaridades significativas, de modo a merecerem um tratamento diferenciado pelos Poderes Públicos, buscando protegê-los de forma mais eficiente. Nesta seara oportunizamos para refletirmos a proteção do consumidor (fumante) através da condição de singularidade que lhe é congruente.

Ainda, além da existência do consumidor que efetivamente consome o produto derivado do tabaco e do fumante passivo considerado consumidor por equiparação, o Código de Defesa do Consumidor ainda prevê a figura do consumidor equiparado em razão da exposição à uma publicidade, os quais, segundo o art. 29 do CDC, são todos aqueles que são expostos às práticas comerciais, como a oferta, publicidade e práticas abusivas: *“para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”*.

⁴⁴ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Vulnerabilidade e Estratégia: Os Dois Lados de uma Mesma Moeda. **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, n. 429, p. 26-28, dez. 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/998_artigo_Renata_Soares.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁴⁵ *Idem*.

Segundo Efig são consumidores por equiparação “[...] *todos os que forem expostos a uma determinada campanha publicitária (como reflexos, inclusive, em termos de tutela coletiva de direitos coletivos e difusos); aqueles que, mesmo não havendo relação contratual, forem equivocadamente inscritos em cadastros de do consumidor; ou mesmo aquele consumidor cujo contrato é composto por cláusulas nulas em quase sua integralidade*”⁴⁶.

Logo, para que se torne possível a incidência das normas do direito consumerista não se faz necessário a existência de um contrato que regule a relação jurídica. Neste aspecto, Efig menciona que “*de nada valeria prever inúmeras práticas reprováveis no mercado de consumo, sem com isso outorgar proteção às suas vítimas, estejam elas vinculadas por um contrato ou não*”⁴⁷. Portanto, por mais que algum cidadão não seja o destinatário final do produto do tabaco, este é equiparado ao consumidor se for exposto à alguma prática de publicidade considerada enganosa ou abusiva.

A exemplificação de publicidade enganosa ou abusiva é trazida no art. 37 do CDC, segundo Efig “*enganosa é a mensagem publicitária que, sendo total ou parcialmente falsa, é capaz de levar o consumidor a adquirir um produto ou serviço indesejado por acreditar em dado não inerente ao bem*”⁴⁸.

Sob este aspecto Efig ressalta que

“[...] *a publicidade ou informação pode ser verificada como enganosa antes mesmo da aquisição de determinado produto ou serviço por um consumidor por ela induzido, sendo suficiente sua veiculação ao público potencialmente consumidor*”. Não é necessário, portanto, que o consumidor enganado e viciado em seu consentimento, efetivamente adquira determinado produto ou contrate o serviço; basta que exista a possibilidade de ser o consumidor induzido a erro, a partir da veiculação da mensagem, para que se configure a publicidade enganosa. Portanto, seja ocorrendo o erro em si, seja havendo a possibilidade de erro em virtude de falsidade na informação, está caracterizado o ato ilícito descrito do CDC, ensejando a responsabilidade civil de erro objetiva (independentemente da arguição de dolo ou culpa do fornecedor) bem como a possibilidade de responsabilização criminal (pela infração descrita nos arts. 66 e 67 do Código de Defesa do Consumidor, respecti-

⁴⁶ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 113.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 400.

vamente os crimes de oferta não publicitária enganosa e de publicidade enganosa ou abusiva) e administrativa (art. 56 do CDC)⁴⁹.

Conjuntamente é previsto no artigo 30 do CDC a vinculação dos fornecedores pela divulgação da informação de seus produtos, sob este aspecto Efing relata que é dever do fornecedor

[...] observar a veracidade do que está divulgando posto que as informações constantes da oferta passam a integrar o conteúdo do futuro contrato, caso tal oferta seja aceita pelo consumidor. Para que a informação ou publicidade integre o conteúdo contratual e obrigue ao fornecedor proponente, contudo, é necessário que seja suficientemente precisa, a fim de que seja possível, pela boa-fé objetiva, identificar as obrigações e as legítimas expectativas por ela gerada⁵⁰.

Logo, em consonância com as disposições dos arts. 29, 30 e 37 do CDC, concebe-se que a indústria e o comércio tabagista ficam vinculados à toda informação transmitida aos consumidores e às legítimas expectativas ocasionadas, independentemente se a pessoa adquiriu o produto derivado do tabaco ou não, bastando a ocorrência da possibilidade de que o consumidor seja induzido a erro para que se configure a publicidade enganosa, caracterizando o ato ilícito, e consequentemente a responsabilidade civil de erro objetiva por parte deste.

Ademais, o art. 4º *caput* do CDC, estabelece alguns parâmetros a serem seguidos por todos os participantes da relação de consumo, tais como: “o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...]”.

Em especial ao tema em estudo, descrevemos os seguintes princípios contidos no art. 4º *caput* do CDC que regem a Política Nacional de Relações de Consumo, descritos por Efing:

b) O respeito à dignidade, saúde e segurança dos consumidores, que significa respeitar a dignidade humana dos consumidores, respeitando a sua liberdade de escolha e preservando (como valores maiores do sistema) a vida e a saúde dos consumidores, garantido segurança

⁴⁹ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 401-402.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 398.

dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo. [...] d) A transparência e a harmonia das relações de consumo que geram a confiança do consumidor nos produtos e serviços, possibilitando a harmonização dos interesses dos agentes na sociedade de consumo. Já o princípio da transparência alerta para o fato de que a informação não basta ser formal, ela deve efetivamente contribuir para que o consumidor possa tomar decisões, devendo qualificar-se como informação eficaz (transparente);⁵¹.

Logo, todos os fornecedores de produtos e serviços devem preservar a vida e a saúde dos consumidores, bem como atuar de forma transparente no mercado de consumo, informando quanto às características de seu produto de forma eficaz a fim de que o consumidor possa tomar uma decisão segura de acordo com o seu real desejo. Nessa concepção o art. 6º, inc. I do CDC, estabelece como direito básico do consumidor “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Assim, a proteção à vida e à saúde dos consumidores provocados pelos produtos colocados no mercado pelo fornecedor são vistos como um direito básico do consumidor. Seguidamente, o art. 8º do Código de Defesa do Consumidor estabelece algumas normas a serem seguidas quanto à preservação da saúde dos consumidores:

***Art. 8º.** Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.*

Neste aspecto, Efing descreve que

além da expressa proibição da comercialização de produtos e serviços que possam causar danos ao consumidor, o legislador previu que, em alguns casos sua própria utilização poderia trazer algum tipo de risco aceitável para os padrões do mercado de consumo. Assim, expressamente determina que, em virtude de este produto/serviço, apesar de autorizado pelas regras gerais de conduta a ser comercializa-

⁵¹ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das Relações de Consumo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 103.

*do, estes devem ser ostensivamente informados, inclusive para desestimular o seu consumo*⁵².

Logo, o Código de Defesa do Consumidor veda a comercialização de qualquer produto que possa causar riscos à saúde do consumidor, porém, permite a comercialização de produtos que em razão de sua natureza e fruição, os riscos são considerados normais às regras de conduta, obrigando os fornecedores a oferecerem as informações necessárias e adequadas a seu respeito, a fim de desestimular o seu consumo.

Quanto ao modo de oferecimento da informação sobre os males causados pelo produto, o art. 9º do CDC, estabelece que o fornecedor “*deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto*”. Portanto, se os riscos à saúde quanto a nocividade e periculosidade dos produtos derivados do tabaco não forem amplamente divulgados de forma efetiva, considerando as peculiaridades inerentes ao consumidor, configurada está a omissão do dever de informação, e conseqüentemente a violação dos arts. 8º e 9º do Código Consumerista.

Ao tratar sobre qualidade da publicidade dos produtos tabagistas, Renata Domingues Balbino Munhoz Soares (2014) preconiza que:

*no final do século XX e início do século XXI, a informação da indústria ainda não atende o que denominamos de tripé informacional, ou seja, informação clara, completa e de credibilidade. A mínima informação existente de que o cigarro faz mal à saúde e causa doenças, como câncer, é resultado de apenas uma década de imposição pelo Estado de advertências nos pacotes, sem, contudo, impedir a estratégia da indústria de estimular a dúvida nos indivíduos, embasada até pela Ciência que patrocinou. O fundamental, hoje, é que se possa exigir dos fabricantes informações sobre o consumo, os cuidados, os efeitos colaterais, inclusive aquelas contrárias aos seus próprios interesses, já que estamos na esfera de um problema de saúde pública (como nos medicamentos)*⁵³.

⁵² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das Relações de Consumo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 263.

⁵³ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Vulnerabilidade e Estratégia: Os Dois Lados de uma Mesma Moeda. **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, n. 429, p. 26-28, dez., 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/up_loads/conteudo/998_artigo_Renata_Soares.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

Assim sendo, muito embora sejam inquestionáveis os danos acarretados à saúde dos consumidores pela exposição de qualquer produto derivado do tabaco, percebe-se que a comercialização destes produtos, além de violar as diretrizes estabelecidas no art. 4º do CDC, viola também os arts. 6º, inc. IV, 8º e 9º do CDC, haja vista que o grau de nocividade do produto à saúde e a qualidade de informações oferecidas pelos fornecedores, não são consideradas como satisfatórias em relação às características inerentes do consumidor, violando, portanto, a essência do direito consumerista.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme narrado ao longo da pesquisa, muito embora a Lei 12.546/2011 tenha restringido ainda mais publicidade dos produtos derivados do tabaco em relação à legislação anterior, a norma não é tida como satisfatória, isso porque a doutrina certifica que as embalagens são consideradas o principal veículo de comunicação da indústria do tabaco, bem como sustenta que as restrições parciais não funcionam devido ao fato de que o empreendedorismo tende a explorar outras táticas de promoção. Logo, a fim de garantir a plena liberdade do fumante, propõem-se a padronização das embalagens dos produtos derivados do tabaco.

Ademais constata-se que o novo perfil dos consumidores do tabaco são os usuários do narguilé. De forma semelhante com a história do cigarro, o narguilé popularizou-se entre os jovens, seja pelo fato de que pequena parte da população possui acesso à informação dos vastos malefícios do narguilé, visto que os dados científicos relatam ser mais prejudicial à saúde de que o cigarro, seja pela variedade de aromatizantes adicionais ao tabaco, como menta, chicletes, chocolate, entre outros, o que o torna mais atraente para os jovens. Dessa maneira observa-se a imprescindibilidade da legislação em regulamentar o âmbito publicitário relativo aos produtos do narguilé, proporcionando o direito à informação plena do produto, a fim de evitar que fumantes ocasionais do narguilé se tornem fumantes regulares no futuro.

Em relação à constitucionalidade do banimento dos fumódromos, constata-se que a medida se mostrou adequada e com respaldo jurídico. Isso por que os dados científicos revelam que a permissão de espaços reservados para a prática do uso dos produtos derivados do tabaco não é eficaz de proteger os não fumantes da fumaça do tabaco, bem como devido ao fato de que na sociedade atual não há qualquer outra medida mais eficiente ou tão eficiente quanto à adotada pela norma do art. 49 da Lei 12.546/2011.

Quanto à suposta alegação da restrição do direito da livre-iniciativa do empreendedorismo, pesquisas científicas demonstram que a abolição dos fumódromos não afeta de forma negativa o funcionamento de locais de trabalho, nem tampouco geram repercussões econômicas negativas, logo concluímos que não há qualquer limitação quanto à livre-iniciativa empresarial.

O fumante é considerado de maneira incontestável pela comunidade científica como um dependente da nicotina, não tendo domínio e nem racionalidade quanto à sua dependência. Neste contexto, concluímos que tanto a tese que defende a possibilidade da limitação da liberdade do fumante, como a tese que defende a impossibilidade dessa limitação restam prejudicadas, assim sendo o alegado livre-arbitrio do fumante, portanto, não está plenamente presente no hábito de fumar, tampouco no momento em que se inicia tal hábito.

O início do ato de fumar tem ligação com a deficiência de informações quanto aos males acarretados pelo fumo, ao passo que os consumidores não possuem um conhecimento pleno, lúcido e firme da carga mortífera do tabaco, sendo que a maioria da população apenas possui um conhecimento superficial e básico, logo, considerando que o consumidor apenas possui liberdade na escolha de consumo de qualquer produto, quando tem pleno conhecimento da informação, entendemos que não há livre-arbitrio no ato de iniciação do fumo.

Quanto à decisão da manutenção do hábito de fumar, é certo que a dependência causada pela ação da nicotina, e os efeitos da promoção da publicidade do tabaco ao longo da história, dificultam na tarefa de abandonar o vício, de modo com que não podemos considerar o livre-arbitrio entre a opção de fumar ou não fumar.

Assim, não há lógica em defender qualquer tese que considere existir o direito à liberdade do fumante.

Neste cenário, concebemos que o consumidor do produto do tabaco deve ser tratado como um consumidor hipervulnerável em decorrência de vários fatores que agravam a vulnerabilidade inerente ao consumidor. Como a não capacidade plena, idade do consumidor, a falta de informações lúcidas e firmes e a condição do binômio de serem dependentes químicos de um produto de uso e comércio legalizados e causador de dependência física e psicológica.

Assim sendo, em razão de certas características singulares inerentes ao fumante, os consumidores do tabaco possuem uma vulnerabilidade maior do que a normalidade dos consumidores, devendo-se proteger de forma mais eficiente aqueles que acabam sendo enquadrados como hipervulneráveis.

ráveis na sociedade consumerista. Por fim, concluímos que as informações transmitidas pela indústria e pelo comércio tabagista violam as normas do direito consumerista, isso por que não cumprem com o dever informação clara, adequada e ostensiva em relação aos riscos à saúde que o tabaco proporciona, devendo ser responsabilizadas pelos danos que causarem ao consumidor, bem como pela prática da publicidade enganosa em conformidade com os arts. 30, 37 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIALOUS, S.A. *et al.* A resposta da indústria do tabaco a criação de espaços livres de fumo no Brasil. **Revista Panamericana de Salud Publica**, v. 27, n. 4, p. 283, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v27n4/a07v27n4.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **Conveção-Quadro Para Controle do Tabaco**. Rio de Janeiro: INCA, 2011c.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **29 de agosto – Dia Nacional de Combate ao Fumo**. 2015a. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/wcm/dncf/2013/oque-e-narguile.asp>>. Acesso em: 01 set. 2015.

DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do código de defesa do consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, n. 51, p. 172-197, jul. 2002.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos das Relações de Consumo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Na Constituição, o constituinte fez inserir a liberdade como um dos valores supremos do Estado democrático de Direito. **Folha de São Paulo**, 2008. Disponível em: <<http://www.abead.com.br/clipping/exibClipping/?clipping=2924>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

GOMES, Paula Gecislany V. S. Liberdade de fumar e o poder regulamentador do Estado como instrumento de proteção da sociedade. **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, n. 429, p. 20-22, dez. 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/995_artigo_Paula_Gomes.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

IGLESIAS, R. *et al.* **Controle do Tabagismo no Brasil**, 2007. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/202_controle-tabagismo-brasil-BM.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2015.

JOHNS, Paula. Entrevista: Diretora da ACTbr fala da luta contra o tabagismo no Brasil. **CENTRO Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES)**. 17.03.2014. Disponível em: <<http://cebes.org.br/2014/03/entrevista-diretora-da-actbr-fala-da-luta-contr-o-tabagismo-no-brasil/>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

JOSÉ, Thaielly Silva; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. **A Proteção Do Consumidor Idoso: Contextos e Conceitos Da Vulnerabilidade Agravada**, 2012. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/5289.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2015

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, S.R. *et al.* Experimentação de e conhecimento sobre narguilé entre estudantes de medicina de uma importante universidade do Brasil. **J Bras Pneumol.**, v. 40, n. 2, p. 102-110, mar./abr. 2014. Disponível em: <http://www.jornaldepneumologia.com.br/detalhe_artigo.asp?id=2264>. Acesso em: 01 set. 2015.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. **A liberdade de fumar enquanto direito fundamental na constituição da república de 1988**: análise da (in) constitucionalidade do art. 49 da lei 12.546/2011, que suprimiu os espaços reservados para fumantes em recintos coletivos públicos e privados no Brasil, segundo procedimento de ponderação do prof. JORGE REIS NOVAIS. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_08_08461_08586.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2015.

ROCHA, Claudia Leal Andrade da. **A questão do nexo causal na responsabilidade civil por danos causados pelo consumo de cigarro**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/ClaudiaLealAndradedaRocha.pdf>, 2012. Acesso em: 02 out. 2015. p. 9.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. **Parecer a Aliança de Controle do Tabagismo**, 2009. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2015.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Vulnerabilidade e Estratégia: Os Dois Lados De Uma Mesma Moeda. **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, n. 429, p. 26-28, dez., 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/998_artigo_Renata_Soares.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

SZKLO, André Salem *et al.* **Perfil de consumo de outros produtos de tabaco fumado entre estudantes de três cidades brasileiras**: há motivo de preocupação? 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2011001100020>. Acesso em: 01 set. 2015.