

Silvio Tonietto

3ª Edição

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR DANO PROVOCADO PELO TABACO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Publicação



**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA
POR DANO PROVOCADO PELO TABACO NO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Copyright © by Silvio Tonietto
ASSOCIAÇÃO MUNDIAL ANTITABAGISMO – AMATA

Tonietto, Silvio

Responsabilidade Civil Objetiva por Dano Provocado pelo Tabaco no Código de Defesa do Consumidor / Silvio Tonietto – São Paulo: Associação Mundial Antitabagismo, 1ª ed: Set/2006 - 2ª ed: Abr/2007 ; 3ª ed.: Mai/2011.

Anexo

Inclui bibliografia

1. Responsabilidade civil objetiva – ações indenizatórias – danos – periculosidade e defeito do produto – tabaco – cigarro – fumo – tabagismo – antitabagismo - controle. 2. Responsabilidade da empresa e do fornecedor – relação de consumo. 3. Código de Defesa do Consumidor. 4. Efeitos fisiológicos – doença - câncer - morte.

130 páginas.



Proibida a reprodução total ou parcial.

Os infratores serão processados na forma da lei.

Direitos exclusivos administrados pela

Associação Mundial Antitabagismo – AMATA, Unidade Brasileira

São Paulo / São Paulo - Brasil

Página-e: www.amata.org.br

E-mail: amata@amata.ws

ISBN nº 978-85-906772-0-8

1ª ed: Set/2006 - 2ª ed: Abr/2007 ; 3ª ed.: Mai/2011

Capa: Antônio Cláudio da Costa Ayres

Diagramação: (1ª ed.) Antônio Cláudio da Costa Ayres

Revisão ortográfica: (1ª ed.) Nancy Fares Barberá.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Silvio Tonietto

Bacharel em Direito pela USP. Pós-graduado em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo e em Gerência de Cidades pela Fundação Armando Álvares Penteado. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito.

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA
POR DANO PROVOCADO PELO TABACO NO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

3ª edição
Revista e Atualizada

**São Paulo
2011**

Agradeço a todos que, de uma forma ou de outra, colaboraram para a realização deste livro.

“Leis injustas existem. Ficaremos satisfeitos em obedecer a elas, ou tentaremos corrigi-las”.

Henry David Thoreau

NOTA À 3ª EDIÇÃO

A necessidade de esclarecer melhor a opinião pública, e elucidar pontos obscuros aos profissionais do Direito, levou-nos a elaborar esta terceira edição.

Significativamente reestruturada e atualizada, na busca do ideal didático, procuramos realçar de forma mais direta o ponto central da sua mensagem crítica: o dano causado pelo comércio do produto derivado do tabaco deve ser indenizado à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Com a máxima licença, inaceitáveis teses jurídicas de que a informação sobre a periculosidade do produto exclua a responsabilidade pela reparação do dano. O artigo 12, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor - CDC é claro ao elencar a periculosidade como causa *relevante* do defeito de um produto, e não *excludente* da responsabilidade; e considerar que a má qualidade de vida, a doença e até mesmo a morte do consumidor é algo legitimamente esperado pela sociedade beira à ausência de fraternidade social.

Ou seja, o Poder Judiciário vem, flagrantemente, salvo honrosas exceções, desconsiderando a vigência aos arts. 6º, inciso VIII, e 12, *caput* e §3º, do CDC.

Inserimos, também, algumas notas explicativas de termos e institutos jurídicos, a fim de facilitar a compreensão do tema pelos que não operam o Direito, mas se interessam ou acompanham a matéria, em especial médicos e jornalistas.

A mim compete agradecer aos distribuidores pela honra de poder continuar fomentando a reflexão sobre o tema.

O Autor

NOTA À 2ª EDIÇÃO

A generosa receptividade do livro, em especial pelos que lidam com aspectos jurídico-administrativos na Área da Saúde Pública, animaram-me a preparar esta 2ª edição, significativamente revisada e atualizada.

Sem lhe alterar as linhas estruturais, segue o *Responsabilidade Civil Objetiva por Dano Provocado pelo Tabaco no Código de Defesa do Consumidor* pouco ampliado, em virtude do enxugamento de boa parte do trabalho, na busca do ideal de torná-lo o mais diretivo e assertivo possível.

Esperamos que continue a ser útil a todos que, profissionalmente ou por diletantismo, interessam-se pela matéria.

O Autor

PREFÁCIO

Figurar no pórtico da presente obra, que traz a lume as mazelas que sustentam o tabagismo, é uma contribuição consciente e de inestimável valor para a defesa da saúde pública.

É preciso que se preserve e salvaguarde os direitos individuais e coletivos expressos no artigo 5º e seus mais de 77 incisos da Constituição, para exigir que os poderes constituídos exerçam ação coercitiva que zele pela saúde e, implicitamente, pela família, um núcleo que se alcança apenas com a educação.

O que interessa às tabaqueiras, é óbvio, não interessa à saúde pública, pois as pretensões e as intenções são diametralmente opostas. Sem sacrificar a liberdade de expressão garantida pelos artigos 5º, IX, e 220 da Constituição, deve-se equilibrar a informação e **assegurar ao consumidor o direito de saber a verdade sobre o tabagismo**, bem como as manobras ilegais utilizadas para promovê-lo.

Valendo-se do Código de Defesa do Consumidor, a **ADESF** – Associação de Defesa da Saúde do Fumante, em julho de 1995, ingressou em juízo com uma **Ação Coletiva Indenizatória por Danos Individuais Homogêneos** em nome da coletividade fumante e ex-fumante estimada em 40 milhões de pessoas, Processo **1.503/95**, em trâmite na **19ª Vara Cível de São Paulo**.

A **inversão do ônus da prova** obtida pela Adesf tornou-se um fato inédito e é sua **chave-mestra**, pois as rés, **Souza Cruz e Philip Morris**, terão que provar em juízo que a nicotina não vicia e que a propaganda que utilizam não é abusiva nem enganosa.

Ao longo de 12 anos de instrução processual não apresentaram uma prova sequer!

Utilizaram-se de expedientes protelatórios, insistindo inclusive no seu arquivamento. Mandados de segurança, agravos de instrumento, embargos declaratórios, exceção de suspeição de juízes e peritos médicos, recursos ordinários e extraordinários foram algumas das medidas impetradas para procrastinar o feito.

Como asseverou Luiz Carlos Mônaco, Vice-Presidente e Diretor Jurídico da Adesf, *“com a reafirmação da legitimidade extraordinária da Adesf e a sustentação da inversão do ônus da prova, os impedimentos para o julgamento da ação foram eliminados”*.

De fato, aos **07 de abril de 2004**, a juíza **Adaísa Isaac Halpern** julgou procedente a Ação Coletiva com uma **sentença de 1º grau, inédita nos tribunais do Brasil e do mundo**, que obriga as rés, Souza Cruz e Philip Morris, a **indenizarem fumantes e ex-fumantes** por danos morais e materiais. Afinal, o tabaco é um produto de consumo e ao fabricante cabe a responsabilidade civil e penal pelos danos causados ao consumidor. Observe-se que em setembro de 2006 a Suprema Corte de Massachusetts, EUA, rejeitou o argumento das tabaqueiras de que *“a culpa é do fumante”* e condenou a Philip Morris por 7 a 0 em favor de uma viúva cujo marido morreu de câncer de pulmão em 2000. John F. Banzhaf, professor da Universidade de Direito de Washington, afirmou que essa decisão *“pode derrubar a indústria do tabaco”*. Trata-se de um produto tão perigoso que o consumidor jamais será acusado de tê-lo utilizado de forma imprópria.

A **ascensão da luta antifumo** ficou ainda mais fortalecida pelo entendimento de que as indústrias do tabaco, para livrarem-se de sua obrigação e responsabilidade de indenizar, bajulam o consumidor atribuindo-lhe valores como *“decisão, coragem, livre arbítrio, espírito de aventura e personalidade”*, para adjetivar o fumante *“que sabe o que quer...”*. Ainda hoje as tabaqueiras deitam e rolam, nesse **vazio de cidadania crítica**, para conferir aura de **legalidade, responsabilidade e transparência** ao seu inescrupuloso *“negócio de vender nicotina para instituir a servidão do fumante”* por muitos anos. Espera-se que essa preciosidade, extraída da **documentação secreta das tabaqueiras**, mexa com a autoestima e dignidade dos que fumam.

Ao **revisar o tabagismo**, na sua **conceituação histórica e jurídica**, a obra assinada por Silvio Tonietto anseia **construir e lapidar conhecimentos** que motivem **mudança de atitude** e melhorem a **qualidade de vida**.

O tema é relevante e, por certo, cumprirá o importante papel de acrisolar conceitos diante da realidade social.

É do conhecimento público que cientistas de aluguel a serviço das tabaqueiras manipulam a opinião pública distorcendo a verdade sobre o fumo. Atores fumando no cinema e na televisão, fotos de pessoas públicas com cigarro ou charuto publicadas em revistas e jornais, configuram licenciosidade declarada que dificulta sobremaneira não só a conscientização social, como também a do próprio fumante.

Somente a consolidação de uma cultura antifumo sócio ambiental ativa, crítica e vigilante livrará os ambientes fechados do tabaco.

A hesitação existente enfraquece e desmoraliza a lei, os poderes constituídos e a saúde pública. Essa pseudodemocracia permite que a servidão do fumante arraste crianças, idosos, mulheres grávidas, alérgicos e todos os demais, a fumarem por tabela o dejetos de sua adicção e dependência por nicotina.

Considere-se também que permitir a venda de tabaco em padarias, bancas de jornal, supermercados e outros locais, por entendê-los pontos de venda, significa autorizar a promoção e difusão do tabagismo.

Ponto de venda de cigarro é **tabacaria**.

A ADESF reconhece e valoriza a iniciativa do autor de comprovar e registrar a Responsabilidade Civil Objetiva por Dano Provocado pelo Tabaco no Código de Defesa do Consumidor. Ao empenhar-se na exegese da luta antifumo acumulou notável saber jurídico e uma profunda experiência.

Esta obra surge em boa hora para formar massa crítica que esclareça a opinião pública e oriente os profissionais do Direito.

Com particular consideração e a amizade de sempre.

Mário Albanese
Presidente da ADESF

SUMÁRIO

PREFÁCIO	07
INTRODUÇÃO	12
Capítulo I –	INFORMAÇÕES BÁSICAS SOBRE O TABACO
1.1.	Brevíssima História 14
1.2.	Visão Religiosa..... 16
1.3.	Aspectos de Saúde Pública 17
1.3.1.	A Natureza de Droga da Nicotina 19
1.4.	Aspectos Econômicos 22
Capítulo II –	ASPECTOS LEGAIS DA EXPLORAÇÃO DO TABACO
2.1.	Responsabilidade Civil Objetiva do Código de Defesa do Consumidor .. 28
2.1.1.	A Circunstância da Informação Inadequada 35
2.2.	Responsabilidade Civil (Subjetiva)..... 37
2.3.	Responsabilidade Penal 43
2.4.	Responsabilidade do Estado 52
Capítulo III –	ASPECTOS DAS AÇÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AO TABACO
3.1.	Por que no Brasil as Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo estão sendo Julgadas Improcedentes? 63
3.2.	Prescrição 69
3.3.	A Atual Legalidade do Tabaco Não Exclui a Responsabilidade Civil Objetiva 72
3.4.	Inversão do Ônus da Prova 77
3.4.1.	Inafastabilidade da Inversão do Ônus da Prova 83
3.4.2.	Momento da Inversão do Ônus da Prova 85
3.5.	Nexo de Causalidade 88
3.5.1.	Aprofundando a análise do Nexo de Causalidade 97
3.6.	Prova do Consumo de Marca do Mesmo Fabricante (O Polo Passivo) . 107
3.7.	Utilização do Juizado Especial 108
3.8.	Ações Coletivas Indenizatórias e de Proteção e Defesa do Consumidor 109
3.8.1.	O perigo da Lei nº 9.494/97 111

CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
BIBLIOGRAFIA	118
ANEXO: Transcrição da Decisão de Primeiro Grau da Ação Coletiva da Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESF	122

INTRODUÇÃO

Caro leitor.

Se você, ou seu cliente, decidiu acionar uma das indústrias do fumo em razão de danos provocados pelo tabaco, prepare-se! A indústria fumageira adotou uma postura de utilizar o poderio econômico como estratégia jurídica:

*“O jeito de vencer os casos, para parafrasear o general Patton, não é gastar todo o dinheiro da Reynolds, mas fazer os filhos da ** gastarem todo o seu.”*¹

Pode ser que essa tenha sido uma frase isolada de um único advogado dessa indústria, mas o fato é que as tabaqueiras têm investido os seus amplos recursos, antes direcionados para a publicidade, nos grandes escritórios de advocacia, e se utilizado de todos os recursos judiciais disponíveis no curso dos processos dos que decidiram acioná-la pelos danos causados por seu produto.

Quando me dispus a realizar este estudo, embora contagiado pelo estímulo da polêmica do assunto, relativamente pouco estudado até o presente momento – o produto defeituoso, ou potencialmente nocivo, derivado do tabaco em face do direito consumerista – apesar dos mais de 20 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, propus-me a expor o tema de forma imparcial, sem aferir qualquer juízo de valoração que propendesse para um ou outro ponto de vista.

¹ PRINGLE, Peter. *Cornered: Big Tobacco at the Bar of Justice*. New York: Henry Holt, 1998, p. 195, *apud* CARVALHO, Mário César, *O Cigarro*, p. 28.

As graves violações à Saúde Pública e à boa-fé das relações de consumo, no entanto, falaram mais alto, razão pela qual defendo a tese, nas linhas que se seguem, de que com a evolução científica, social, ética, política, filosófica, jurídica e religiosa do século XXI a exploração do tabaco como ocorre nos dias atuais é abusiva, e os danos resultantes desse produto devem ser indenizados.

Para se ter uma ideia, Henry Ford (1863-1947), o criador da linha de montagem que revolucionou a indústria automobilística, numa obra de quatro volumes publicada entre 1914 e 1916, já chamava o cigarro de o pequeno tirano branco - *The Case Against the Little White Slaver*” (Argumento Contra o Pequeno Tirano Branco).²

Inaceitável a escravidão branca oriunda da concepção de droga da nicotina, de reconhecimento público.

Como se verá, o Poder Judiciário em sua maioria vem, de forma inadmissível, desconsiderando a vigência de mais de 20 anos dos arts. 6º, inciso VIII, e 12, *caput* e § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

E isso considerando que as normas desse Código são de *ordem pública*, nos termos do seu art. 1º.

Serve a presente análise, portanto, como um instrumento aos operadores do direito na prestação dos serviços jurisdicionais aos consumidores que se sentem lesados pelos efeitos dos produtos derivados do tabaco.

Continua sendo este livro, também, uma *carta aberta* aos produtores, fabricantes, e todos aqueles que indiretamente exploram esse produto, para que diversifiquem suas atividades, adequando-se aos tão em voga padrões de *Responsabilidade Social* do mundo empresarial moderno.

É com um sentimento de satisfação, por analisar um assunto de interesse social, ainda pouco examinado atualmente, que continuo apresentando as páginas que se seguem.

Boa leitura!

² *Idem*, p. 37

CAPÍTULO I

INFORMAÇÕES BÁSICAS SOBRE O TABACO

1.1. Brevíssima História

Levado da América do Norte à Europa pela esquadra de Cristóvão Colombo, o tabaco se difundiu no velho continente a partir da Península Ibérica.

Rezam as tradições que em 1560 o embaixador francês em Lisboa, Jean Nicot, enviou à rainha Catarina de Médicis as primeiras remessas do vegetal, que julgava ser uma erva dotada de propriedades terapêuticas. A rainha patrocinou a difusão do fumo como medicamento, utilizando-o em pomadas, xaropes, infusões, banhos, etc. Porém, relata-se que desses usos surgiram envenenamentos, intoxicações e mortes. Vingou até os dias atuais, contudo, o consumo através da inalação da fumaça resultante da combustão do produto, como faziam os índios americanos, e em algumas regiões, como na Suécia³, por meio da forma mascada.

A história dessa primeira grande difusão, no entanto, não é absoluta, havendo quem indigite que a planta, fumada em palha de milho ou palmeira pelos índios tupinambás, já havia sido remetida diretamente do Brasil à França em 1555 pelo franciscano André Thevet, frade capelão da primeira expedição francesa ao Brasil, chefiada por Cologny, tendo os partidários de Thevet contestado o verbete “nicotiana” atribuído à planta em 1584 pelo dicionário francês-latim de *Etienne e Thiery*. O autor da primeira classificação científica

³ BARELLA, José Eduardo, “Um tipo de fumo de mascar, rico em nicotina, vira opção ao cigarro em locais fechados”. Revista *Veja*, 03.07.2005.

dos vegetais, Linneu, entretanto, ratificou definitivamente o nome do produto, em 1737, batizando o vegetal de *Nicotiana tabacum*.⁴

O segundo nome científico da planta – tabacum – também é objeto de controvérsias, pois Trinidad Tobagum teria sido o nome dado a uma das terras recém-descobertas por Colombo e, por outro lado, tabaco era o nome do cachimbo bifurcado, cujas duas pontas eram introduzidas no nariz pelos nativos para melhor aspirar a fumaça da planta.⁵

Não fosse a atribuição da nomenclatura da planta ao idealista Nicot, o alcaloide nicotina bem poderia atualmente ser conhecido como tevetina.

O fato é que os primeiros usuários europeus do tabaco aprenderam rapidamente o que os índios da América já sabiam há muito tempo: desde que se começasse, era impossível parar sem sentir um grande mal-estar e uma imperiosa necessidade de retomar o hábito.

Com efeito, o renomado médico brasileiro, Dr. Dráuzio Varela, relata que mesmo 26 anos após parar de fumar, o que fez por 19 anos, ainda sonhava que acendia um cigarro e enchia os pulmões de fumaça. Foi claríssimo ao aquilatar que “*a nicotina é uma cascavel adormecida nas vísceras do ex-fumante, pronta para acordar e dar o bote ao primeiro contato com ela. Sinto que bastaria uma tragada para ir à padaria atrás de um maço*”.⁶

A popularização deveu-se à propaganda. A título de exemplo, quando do lançamento do filme publicitário *Joe Camel*, nos Estados Unidos, em 1987, o número de adolescentes fumantes naquele país era de 0,34%. Um ano e meio depois esse percentual havia chegado a 37%.⁷

Por ironia do destino, o tabaco difundiu-se no mundo, dentre outros agentes, por uma entidade que deveria ser a primeira a combatê-lo: a Cruz Vermelha. O produto, ante a conjuntura de guerra, *na ausência de um cafezinho para manter os soldados acordados*, foi distribuído nas trincheiras ao exército aliado na Primeira Guerra Mundial.⁸

Suserano da vontade daqueles que o consomem, temido por aqueles que largaram o seu vício, abominado por tantos outros que viram familiares e

⁴ ROSEMBERG, José, *Pandemia do Tabagismo – Enfoques Históricos e Atuais*. p. 14.

⁵ ENCICLOPÉDIA Luso-Brasileira de Cultura. Lisboa: Verbo, 1975, v. 17, p. 933, *apud* DELFINO, Lúcio, *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*, p. 4.

⁶ “Antitabagismo Inveterado”, *Folha de São Paulo*, Ilustrada, 15.10.2005.

⁷ FERNANDES, Dr. José Ramon Calvo, Secretário da Saúde do México e de Porto Rico, Palestra proferida no Hospital Santa Catarina, São Paulo, em 30.06.2005.

⁸ *Idem*.

amigos perderem a saúde ou a vida pelo seu consumo, o tabaco bem se resume como um dos produtos mais polêmicos da história da humanidade.

1.2. Visão Religiosa

O ponto de vista religioso é sempre importante em qualquer área das relações humanas.

Em 1649, o Papa Urbano VIII excomungou todos os fumantes.⁹

Nada resume melhor o ponto de vista sobre o tabaco no movimento evangélico no Brasil, em grande expansão no século passado, do que o título do livro do fundador da Igreja Renascer em Cristo - *A Fumaça do Inferno* - que bem pode ser sintetizado no seguinte excerto que se transcreve:

“Onde há fumaça do cigarro há adoração à morte e à destruição. Também há um altar, criado para adorar a Deus, profanado, contaminado e sujo. Um lugar que foi criado para ser habitado pela vida agora totalmente rendido e aos poucos consumido pela morte. Agora mesmo você pode fazer a escolha de ser um vencedor. Deixe de ser um perdedor, rendido e escravo, sem direito a desejos. Escolha ser soberano e novamente dominar e não ser dominado. Resolva que vai ter uma vida limpa com o Vencedor que pode realmente fazer você “livre”, realizador, empreendedor, dando-lhe alegria de viver. Jesus lhe devolverá não somente o paladar, no que diz respeito ao sabor dos alimentos, mas também a capacidade de desfrutar seus relacionamentos e realizações saudavelmente em alegria.”¹⁰

Do ponto de vista espírita¹¹, o saudoso médium *Francisco Cândido Xavier*, eleito o Mineiro do Século XX pela votação popular promovida pela Rede Globo Minas, assim se manifestou quanto ao produto em entrevista dada ao jornalista Fernando Worm:

“**F.W.** - A ação negativa do cigarro sobre o perispírito¹² do fumante prossegue após a morte do corpo físico? Até quando?

⁹ VALE, João Batista do, *Malefícios do Fumo: Causas, Conseqüência e Terapia*, p. 18. Referida informação constou da tiragem de 1999, impressa por “Abaeté - Copiadora e Gráfica Ltda..

¹⁰ HERNANDES, Estevam, *A Fumaça do Inferno*, p. 31

¹¹ Para quem se interessar por outra comunicação mediúnicamente sobre o tema tabagismo, embora sem a mesma credibilidade do médium Chico Xavier, indicamos a mensagem “Tabagistas Desencarnados”, psicografada pelo médium Nilton Souza, do livro *Contos do Invisível*, da Editora DPL, que pode ser vista em <http://www.amata.ws/imagens/tabagistas_desencarnados/1.htm>; bem como, sobre o tema alcoolismo, a mensagem “Veneno Livre”, do médium Chico Xavier, em <http://www.amata.ws/veneno_livre.html>.

¹² Termo que, para os espíritas, representa uma substância vaporosa que envolve os espíritos (KARDEC, Allan, *Livro dos Espíritos*, pergunta nº 93)

Emmanuel¹³ - O problema da dependência continua até que a impregnação dos agentes tóxicos nos tecidos sutis do corpo espiritual ceda lugar à normalidade do envoltório perispiritual, o que, na maioria das vezes, tem a duração do tempo em que o hábito perdurou na existência física do fumante. Quando a vontade do interessado não está suficientemente desenvolvida para arredar de si o costume inconveniente, o tratamento dele, no Mundo Espiritual, ainda exige cotas diárias de sucedâneos dos cigarros comuns, com ingredientes análogos aos dos cigarros terrestres, cuja administração ao paciente diminui gradativamente, até que ele consiga viver sem qualquer dependência do fumo.

F.W. - Como descreveria a ação dos componentes do cigarro no perispírito de quem fuma?

Emmanuel - As sensações do fumante inveterado, no Mais Além, são naturalmente as da angustiada sede de recursos tóxicos a que se habituou no Plano Físico, de tal modo obcecante que as melhores lições e surpresas da Vida Maior lhe passam quase que inteiramente despercebidas, até que se lhe normalizem as percepções. O assunto, no entanto, com relação à saúde corpórea, deveria ser estudado na Terra mais atentamente, já que a resistência orgânica decresce consideravelmente com o hábito de fumar, favorecendo a instalação de moléstias que poderiam ser claramente evitáveis. A necropsia do corpo cadaverizado de um fumante em confronto com o de uma pessoa sem esse hábito estabelece clara diferença.”¹⁴

Por fim, é sabido que o islamismo proíbe o tabagismo, e o Butão, de religião muçulmana, foi o primeiro país a proibir a venda de qualquer produto do tabaco e o fumo em locais públicos¹⁵; e um dos mais importantes rabinos de Israel, em uma homilia na televisão, comparou cigarros a cananeus, os inimigos bíblicos de Israel, recorrendo a uma passagem do Êxodo para aconselhar a diminuição gradual da dependência do tabaco até se acabar definitivamente com o vício: "Pouco a pouco os lançarei de diante de ti".¹⁶

1.3. Aspectos de Saúde Pública

São os mais indiscutíveis, tendo em vista a Organização Mundial da Saúde – OMS ter elevado o tabagismo à categoria de doença a partir de 1992.¹⁷

¹³ As respostas são atribuídas ao Espírito de Emmanuel, senador romano à época de Jesus e principal Espírito que se comunicava pelo médium.

¹⁴ *Folha Espírita*, agosto de 1978, nº 53, apud PEREZ, Ney Prieto, *Manual Prático do Espírita*, p. 50/51.

¹⁵ “Butão proíbe venda de tabaco no país”, *BBC Brasil.com*, 17.12.2004.

¹⁶ Ovadia Yosef, “Rabino compara cigarros a cananeus”, inserido e visitado em 09/05/2011. Visto em: http://rr.sapo.pt/informacao_detalhe.aspx?fid=95&did=154688.

¹⁷ ROSEMBERG, José, *Op. Cit.*, p. 45.

Por outro lado, a maior Companhia de cigarros do mundo já confessou, em 1º de outubro de 1999, no seu sítio eletrônico www.philipmorris.com, que *cigarro causa câncer de pulmão e provoca dependência*, e nesse mesmo ano a Brown and Williamson, terceira maior companhia mundial de cigarros, da British American Tobacco, divulgou que os fumantes “estão assumindo significativos riscos para a saúde”¹⁸.

A confissão expressa Philip Morris não foi por acaso: tratou-se de uma tática jurídica de defesa em face do boom de ações indenizatórias nos EUA, já que a indústria do fumo o havia confessado tacitamente, em junho de 1997, ao assinar um acordo em juízo norte-americano concordando em pagar a maior indenização da história (US\$ 246 bi em 25 anos)¹⁹ para suspender a ação de indenização por fraude contra a Saúde Pública movida pelos 50 Estados Norte-Americanos²⁰.

O Ligget Group, menor entre os fabricantes de cigarros dos EUA, com aproximadamente 2,3% do mercado americano em 1996²¹, já havia admitido, em 20.03.1997, ao se comprometer a pagar a 22 Estados americanos US\$ 750 milhões, que cigarros viciam e causam câncer.²²

Confirmando a contrariedade à Saúde Pública do produto derivado do tabaco, Organismos Internacionais, no final do século passado, asseveraram que o tabaco era o responsável por 1 de cada 10 mortes de pessoas adultas, e que acreditavam “que no ano 2030, esta cifra chegará a 1 de cada 6, o que equivale a 10 milhões de mortes por ano se nada for feito”.²³

A fim de sacramentar esse assunto, em 10 anos e 16 volumes, por enquanto, de uma ação coletiva²⁴ movida pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESF²⁵, os malefícios à saúde jamais foram contestados, havendo na literatura mundial mais de 100.000²⁶ livros escritos a respeito²⁷.

¹⁸ O Estado de São Paulo: 22/02/2000 [N.Y. Times News Service, Associated Press, The Washington Post]. Disponível em: <http://www1.unimed.com.br/nacional/bom_dia/saude_destaque.asp?nt=6787>. Acessado em 03.01.2006.

¹⁹ Fabiane Leite indigna que esse valor é de US\$ 368 bi (Indústria barra restrição ao fumo com pesquisas de resultado suspeito, *Folha de São Paulo*, Cotidiano, 19.01.2003, p. C1), e Lúcio Delfino, de US\$ 360 bi, e de US\$ 10 bi anuais depois dos 25 anos (*Op. Cit. (Responsabilidade Civil e Tabagismo)*, p. 93, nota “1.f”

²⁰ Nos EUA, diferentemente do Brasil, o custeio da Saúde é da competência dos estados.

²¹ CARVALHO, Mário César, *Op. Cit.*, p. 22.

²² DELFINO, Lúcio, *Op. Cit.*, p. 94, nota “1”.

²³ CHALOUPKA, Franck J, *A Epidemia do Tabagismo: Os Governos e os Aspectos Econômicos do Controle do Tabaco*, p. 22.

²⁴ Processo nº 95.523167-9 da 19ª Vara Cível / Tribunal de Justiça de São Paulo. V. sentenças de Primeiro e Segundo Graus nos Anexos.

²⁵ Organização não-governamental fundada em 1995 por um advogado, músico e ecologista de São Paulo (Mário Albanese) e um advogado do interior de São Paulo (Luiz Carlos Mônaco). Surgiu como uma espécie de braço

Por fim, qualquer alimento ou produto ingerível tóxico está sob a fiscalização e controle do Ministério da Saúde, através do Sistema Único de Saúde (CF, art. 200, incisos VI e VII), hoje atribuição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999; e os produtos derivados do tabaco jamais foram registrados nos termos da Resolução nº 23/00-ANVISA, sendo apenas suas marcas cadastradas, consoante a Resolução nº 346/03-ANVISA.

Ou seja, as marcas de cigarros são elementos perigosos à sociedade que são *fichados*, registrados, no Órgão competente.

Veja-se, por sinal, que numa resposta a uma nossa solicitação de que algumas medidas fossem tomadas em favor da Saúde Pública, a Gerência de Produtos Derivados do Tabaco da ANVISA, em 09.12.2002, seguindo a orientação científica de toda a literatura médica, assim se manifestou quanto à licitude do tabaco:

“Se o tabaco fosse introduzido na sociedade agora, certamente, seria considerado ilegal, pelo conhecimento acumulado sobre os danos provocados pelo seu uso. Portanto sua legalidade é produto de um erro histórico.” (destacado)²⁸

Portanto, provada está a abusividade do produto, segundo a própria orientação do órgão técnico governamental, justificando inclusive a responsabilidade do Estado, mais adiante analisada.

1.3.1 A Natureza de Droga da Nicotina

A ciência não tem dúvidas quanto à natureza de droga da nicotina.

O saudoso farmacologista e médico fisiologista e pneumologista Prof. Dr. José Rosemberg, que teve uma de suas obras - *Tabagismo: Sério Problema de Saúde Pública* - laureada com o Prêmio Azevedo Sodré de 1978 pela Academia Nacional de Medicina, citando quase nove centenas de referências, a maioria internacionais, em meio à definição de nicotina como uma amina terciária

político do maior especialista brasileiro em fumo, Profr. Dr. José Rosemberg. Mais informações, em: <<http://www.adesf.com.br>>.

²⁶ FERNANDES, Dr. José Ramon Calvo, *Cit.* (palestra).

²⁷ Jaqueline Issa indigita que o primeiro estudo científico a respeito foi a tese de doutoramento, na Faculdade de Medicina de Paris, orientada por Fagon, médico de Luís XIV, intitulada “*O uso do tabaco abrevia a vida*” (ISSA, Jaqueline Scholz *Deixar de Fumar: fumar é gostoso... parar é ainda melhor*, p. 21).

²⁸ A íntegra da carta-resposta da Anvisa pode ser lida na página eletrônica: <http://www.amata.ws/resposta-anvisa.htm>

composta de anéis de piridina e pirrolidina, e às citações científicas do processo da ação farmacodinâmica da nicotina sobre os centros nervosos, surgimento de formações nitrosâmicas de alto potencial cancerígeno, metabolismos óxido-N-nicotínicos e cotinínicos, este último no fígado pelo sistema citocromo 450 (CYP) com o gene codificador CYP2A6 ativo, etc., faz uma observação que não exige conhecimentos médicos para entender o porquê de o cigarro causar dependência tão profunda:

“Após a tragada, a nicotina atinge o cérebro entre 7 e 19 segundos. Os que fumam 20 cigarros (1 maço) por dia, tragando em média 10 vezes cada cigarro, efetuam 200 tragadas, sofrendo o cérebro 200 *impactos* nicotínicos por dia, totalizando 73.000 por ano. Os que fumam apenas um cigarro por dia pensam que isso nada significa, porém sofrem 7.300 impactos cerebrais por ano. Esse processo massificante e siderante não ocorre com nenhuma outra droga.”²⁹

Com efeito, que outra droga provoca em média 73 mil vezes a sensação de prazer em um ano?

Em 1988, o *Surgeon General* (Órgão Militar paradigma ao de um Ministério da Saúde nos Estados Unidos) noticiou que:

“a) nicotina é droga que causa dependência, é psicoativa, é reforçadora da motivação de fumar; com a repetição do uso desenvolve-se tolerância, exigindo doses progressivamente maiores para desencadear o mesmo efeito; b) a nicotina liga-se a receptores específicos do sistema nervoso; no cérebro interage com todos os centros alterando o metabolismo energético cerebral (...); c) o processo farmacológico determinante da dependência é similar aos desenvolvidos com outras drogas, como cocaína e heroína; e d) a supressão do uso da nicotina acompanha-se de ‘coorte’ de sintomas desagradáveis, quase sempre insuportáveis, que desaparecem prontamente com nova dose de nicotina”³⁰ (destacamos)

Em 13 de Julho de 1995, a *Food and Drug Administration* – FDA, agência norte-americana responsável pela regulamentação dos medicamentos e alimentos, do *Department of Health and Human Service*, paradigma do Ministério da Saúde brasileiro, concluiu pela primeira vez que nicotina é uma droga causadora de dependência que deveria ser regulamentada.³¹

²⁹ ROSEMBERG, José, *Op. Cit.*, p. 44.

³⁰ *Idem*, p. 45.

³¹ *Crônica da Guerra Contra as Drogas*, Disponível em:

Em 25 de abril de 1997, um juiz do Estado da Carolina do Norte já havia decidido que a FDA podia controlar o comércio de cigarros.³²

A par de tudo isso, no início de 2000, estranhamente, a Suprema Corte dos EUA³³ rejeitou a principal iniciativa antitabagismo da administração federal americana, determinando que o governo daquele país não tinha autoridade para regulamentar o tabaco como droga que vicia. Com uma votação de 5 contrários contra 4 a favor, os juízes disseram que o FDA se excedeu quando tentou se intrometer na venda de cigarros aos menores.³⁴

Não se levou em conta nem mesmo a rainha das provas: a confissão extrajudicial da principal companhia de cigarros do mundo, seis meses antes, de que *cigarro causa dependência*, e a confissão judicial tácita das indústrias fumageiras, em junho de 1997, ao assinar o acordo para suspender a ação de indenização por fraude à Saúde Pública.

A fim de minimizar a polêmica decisão da cúpula do judiciário dos EUA, o Senado Americano aprovou, em julho de 2004, uma série de medidas para dotar o governo daquele país de poderes para regulamentar a indústria do cigarro, incluindo eliminar ingredientes nocivos nos produtos e proibir publicidade atraente às crianças³⁵.

Felizmente, mais de 100 países se reuniram nas negociações da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco³⁶, primeiro Tratado Internacional de Saúde Pública que visa controlar o consumo do tabaco no mundo - o Brasil foi o 100º país a depositar o instrumento de ratificação na ONU³⁷ - e estão mudando o rumo da história em prol da saúde pública mundial.

Finalmente, a partir de 18 de julho de 2007 o Senado americano deu poderes ao FDA para regular os níveis de nicotina e de outras substâncias

<<http://www.midiaindependente.org/eo/blue/2005/07/323022.shtml> org>. Acessado em 03.01.2006.

³² DELFINO, Lúcio, *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*, p. 93, nota "1".

³³ "EUA: cigarro não pode ser tratado como droga", *JT*, 22.03.2000, Geral, p. 17ª, e *O Estado de São Paulo*, 22.03.2000 (N.Y. Times News Service, Associated Press, The Washington Post) - disponível em :<http://www1.unimed.com.br/nacional/bom_dia/saude_destaque.asp?nt=6787>. Acessado em 03.01.2006.

³⁴ É possível que tenha havido uma preocupação com o impacto que tal medida teria de uma hora para outra – o comércio de derivados do tabaco passaria a ser tráfico de droga - única explicação plausível, salvo melhor juízo, para o caso. O Tribunal de Apelação da Flórida, nos Estados Unidos, por exemplo, em maio de 2003, modificou uma condenação de US \$145 bi a 500 mil moradores daquele estado que sofreram doenças relacionadas ao fumo, imposta em julho de 2000, devido ao risco potencial de causar falência (lei da Flórida) às fabricantes envolvidas no processo: Phillip Morris, RJ Reynolds, Lorillard Tobacco, Brown & Williamson e Liggett Group. (Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT541528-1664,00.html>. Acessado em 21.05.2003).

³⁵ "Governo americano ganha poder para alterar composição de cigarros", *Folha de São Paulo*, Saúde, 17.07.2004.

³⁶ Que entrou em vigor em 27/02/2005, assinado por 168 nações e ratificado por 142 países até abril de 2007.

³⁷ Em vigor no Brasil a partir de 1 de fevereiro de 2006, nos termos do Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006

tóxicas dos cigarros, e pela primeira vez as companhias de tabaco nos Estados Unidos terão de revelar as fórmulas de seus produtos e os estudos que fizeram sobre os efeitos desses ingredientes. As informações devem ajudar o FDA a determinar quais substâncias tornam os cigarros mais nocivos ou que aumentam a dependência. A lista, com os ingredientes e a quantidade deles por marca, deve ser divulgada em junho de 2011.³⁸

O fato é que para se resolver esse grande problema de saúde pública, apesar das dificuldades sociais que abordaremos nos itens “2.4” e “3.1” abaixo, o produto derivado do tabaco, em razão da nicotina, deveria estar proibido, como já se manifestou o Ex-Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos.³⁹

1.4. Aspectos Econômicos

São os mais desconhecidos pela opinião pública, porém de negatividade não menos perceptíveis.

No início da década de 80 do século passado, pudemos ouvir nos meios de comunicação a seguinte frase de um Ex-Ministro da Fazenda⁴⁰ a respeito dos aspectos econômicos do cigarro: *Se o Brasil parar de fumar, o Brasil quebra*; e o descompromisso do governo brasileiro com a Saúde Pública em face do tabaco foi registrado em ampla matéria pelo jornal da Associação Médica Brasileira, edição de 11 de agosto de 1981, da qual transcrevemos os seguintes trechos:

“Os órgãos mais representativos da imprensa nacional informam que o Secretário da Receita Federal, uma das mais altas autoridades do Ministério da Fazenda, com o objetivo de elevar a arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados, convocou a Brasília os dirigentes da Reynolds, da Philip Morris, da Souza Cruz e da Sudan. Reunidos em seu gabinete, no 7º andar do Ministério da Fazenda, S. Exa. sugeriu que promovessem uma campanha publicitária maciça, a fim de aumentar o consumo de cigarro no País. Tanto quanto sabemos, é a primeira vez na história que um governo recomenda a propaganda de cigarros e estimula o seu consumo. Enquanto 40 países proíbem terminantemente a sua propaganda, o Brasil, só o Brasil, a incentiva. (...) Economistas ou tecnocratas, tão altamente situados, não podem argüir ignorância. Não podem desconhecer os pronunciamentos sucessivos da Organização Mundial da Saúde,

³⁸ Abril.com, com informações do jornal O Estado de S. Paulo, “Nos EUA, empresas de tabaco terão de revelar fórmulas de seus produtos”, <<http://www.abril.com.br/noticias/ciencia-saude/eua-empresas-tabaco-terao-revelar-formulas-seus-produtos-675871.shtml>>. Acessado em 19/01/2010.

³⁹ O Estado de São Paulo, <<http://blogs.estadao.com.br/sonia-racy/nao-me-lembro-de-ter-inimigos>>. Visitado em 22/02/2010.

⁴⁰ Ocupante da pasta entre 1967 e 1974.

os relatórios do Secretário da Saúde dos Estados Unidos, as acusações do Real Colégio Médico Britânico e dos congressos internacionais ou a Carta de Salvador, O programa Nacional Contra o Fumo, da Associação Médica Brasileira e as recomendações da Conferência Brasileira Antitabagismo, que lhes foram diretamente encaminhadas”.⁴¹

Mas ao menos para os dias atuais, a frase do Ex-Ministro não é verdadeira.

Com efeito, a ilusão tributária do fumo é, salvo melhor juízo, um grande equívoco. O único diferencial da arrecadação do cigarro em relação aos outros produtos é o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, que possui alíquota superior em razão do seu caráter de seletividade: quanto menos essencial é o produto, maior é a sua alíquota.

O Decreto nº 5.379 de 25 de fevereiro de 2005, por exemplo, estimou a arrecadação do IPI do fumo em 2005 no valor de R\$ 2,42 bi, muito menor do que o IPI dos automóveis, por exemplo, previsto para 1,08%, e que ante o valor estimado de R\$ 315,70 bi de toda a arrecadação da Receita Federal, representava apenas 0,75% do total, não incluídos na arrecadação da Receita Federal os impostos estaduais (inclusive o ICMS, que mais arrecada no país), municipais e nem mesmo o orçamento da Seguridade Social, que representa 37,20% de toda a arrecadação federal, nos termos da Lei nº 11.100/05, que estimou a receita e fixou a despesa da União em 2005.

A grosso cálculo, portanto, a arrecadação diferencial do tabaco, por força do IPI seletivo, deve ter representado em 2005, aproximadamente, 1/400 (um quatrocentos ávos), se tanto, da arrecadação total de impostos.

Os efeitos no desemprego com uma redução no comércio de cigarros também serão mínimos, ou melhor, positivos, pois a indústria do fumo, uma das mais automatizadas, emprega pouquíssimos trabalhadores.

E deixando de gastar com cigarros a população gastará suas economias com produtos saudáveis, diversão, entretenimento, turismo, cultura, etc., aquecendo a economia. Imagine-se os benefícios para a economia se a classe econômica menos afortunada da população pudesse economizar R\$ 730,00 reais por ano (1 maço no valor aproximado da marca mais barata - R\$ 2,00 - por dia). Levando-se em conta o índice de fumantes de 19% da população brasileira acima de 15 anos, segundo dados do Ministério da Saúde em 2003⁴², teríamos, na referida hipótese, e levando-se em conta que os maiores de 15 anos representam o percentual de

⁴¹ *Apud* COSTA, João Batista D., *O Fumo no Banco dos Réus*, p. 25/26.

⁴² disponível em: <<http://www.folha.com.br>>. Acessado em 29.08.2005.

70,40% da população segundo o último censo do IBGE em 2000, com uma população brasileira aproximada em 2006 de 186 milhões, uma injeção no mercado de aproximadamente R\$ 18 bi ao ano através de aproximadamente 28 milhões de fumantes que largassem o vício.

E plantando tabaco os cultivadores estão deixando de produzir produtos saudáveis, correndo o risco de não estarem competitivos em relação a outras plantações em médio prazo, quando da esperada diminuição do consumo de tabaco nos países que estão se unindo por meio da Convenção Quadro, o que já vem ocorrendo nos países desenvolvidos, em especial nos Estados Unidos, Canadá e Europa.

Vê-se, portanto, que o impacto econômico de uma redução do comércio de cigarros na arrecadação tributária e no mercado econômico é muito pequeno, sendo positivo para o futuro da agricultura e para a força e o mercado de trabalho, pois é reconhecidamente sabido que o fumante produz menos. O trabalhador adicto do tabagismo perde aproximadamente 45 minutos por dia, ou 25 dias/ano, para fumar.⁴³

Com efeito, desde 1º de dezembro de 2005 a Organização Mundial da Saúde não contrata mais funcionários fumantes⁴⁴, o que vem sendo seguido por inúmeras empresas privadas, que inclusive vem custeando o tratamento dessa dependência a seus funcionários.

Há ainda os gastos com assistência médica estatal gerados pelo consumo do tabaco. O economista e Ex-Ministro da Saúde José Serra já teve oportunidade de externar: *“O argumento da arrecadação fiscal é cínico. O prejuízo causado pelo cigarro ultrapassa esse valor. Mesmo se não fosse assim, nada justificaria dar cobertura a um vício porque ele rende dinheiro”*.⁴⁵

De fato, os gastos com tratamentos de saúde inerentes ao tabaco são 1,5 ou 2 vezes maior que a arrecadação com o produto, como é notoriamente sabido.⁴⁶

Como exemplo, o Estado de São Paulo gasta 10% (dez por cento) de toda a sua verba do SUS apenas com procedimentos oncológicos⁴⁷, sendo o tabagismo, causa plenamente evitável, responsável por grande percentual dos casos de cânceres.

⁴³ Disponível em <<http://www.adesf.com.br>>. Acessado em 06.01.2006.

⁴⁴ Disponível em <<http://www.saude.gov.br>>. Acessado em 06.01.2006.

⁴⁵ A hora de parar (matéria de capa), *Época*, edição nº 46, de 05.04.99.

⁴⁶ LEMOS, Fabiana. Secretário considera fumo droga ilícita. *O Estado de Minas Gerais*, Saúde/Educação, p. 32, 01.06.2000.

⁴⁷ *Folha de São Paulo*, Cotidiano. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2609200508.htm>>. Acessado em 26.09.2005.

O cigarro tem ainda outro aspecto mais negativo à Saúde Pública e ao Direito: o de estar inserido entre as camadas economicamente mais baixas da população. De acordo com pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde, verificou-se que o consumo do cigarro estabelece uma relação inversamente proporcional ao rendimento familiar *per capita*, havendo um menor consumo nas classes de maior rendimento, devido, é claro, à maior possibilidade de acesso à informação e educação, e um maior consumo nas classes sem nenhum rendimento, apresentando uma estatística de 25,4% dos indivíduos dessa classe fumando, deixando de comprar produtos prioritários, como os alimentícios, gerando desnutrição, favorecimento de doenças para si e em crianças, considerando-se os ambientes confinados das pequenas moradias, e a piora progressiva na qualidade de vida⁴⁸.

Não podemos deixar de citar ainda as flagrantes violações a direitos individuais e sociais dos agricultores, expostos a altos níveis de agrotóxicos, indenizadas, escandalosamente, às expensas do Governo Federal, e os danos ambientais à agonizante Mata Atlântica, indigitadas por Guilherme Eidt Gonçalves de Almeida, a requererem uma atenção mais séria das autoridades constituídas:

“Fomos a pedido, embora funcionário público concursado, eliminado do Laboratório de Referência Vegetal do Ministério da Agricultura, onde éramos corresponsáveis pelas análises de resíduos de agrotóxicos (...) por termos analisado várias toneladas de folhas de fumo contaminadas com 2,4-D, uma pré-dioxina, por um piloto agrícola que confundiu as plantações de fumo com arroz”.⁴⁹

De outro lado, para se ter uma pequena noção do poderio econômico das tabaqueiras e de seus acionistas, sendo esse assunto pouco divulgado na mídia, é oportuno citar que a Philip Morris/Altria, maior das companhias de cigarros, era possuidora de 89% da Kraft Foods, segunda maior empresa do ramo alimentício do mundo, distribuindo essas ações entre todos os seus acionistas, numa operação financeira chamada *spin-off*, em janeiro de 2007, ao constatar que o setor de alimentos rendia claramente menos que o de tabaco.⁵⁰

⁴⁸ Ministério da Saúde, Instituto Nacional do Câncer. Coordenação Nacional de Controle do Tabagismo e Prevenção Primária - Contapp. *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. Disponível em <<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/perfil.html>>. Acessado em 2004.

⁴⁹ ALMEIDA, Guilherme Eidt Gonçalves de, *Fumo – Servidão Moderna e Violações de Direitos Humanos*, pg. 13.

⁵⁰ AFP, acessável em: <<http://www.amata.ws/assinaturas/arquivodenoticias/03.07.07.htm>>.

O poderio econômico fomentado pela exploração do tabaco, e a promiscuidade da relação dessa exploração com a Poder Público ao longo da história, são bem retratados por Maria Filomena Mónica:

“O peso desta receita (proveniente do tabaco) no orçamento do Estado, sempre importante, não era igual em todos os países. Nos países pobres, ela assumia uma relevância especial: em Portugal, a receita proveniente dos tabacos chegava, em 1864, a um oitavo do orçamento do Estado, o que era superior ao que se passava no resto da Europa. Por essa mesma época, andaria à roda de um doze avos em Inglaterra e de um treze avos em França.

Tradicionalmente, o setor de tabacos era um exclusivo da Coroa, que o geria por via direta, ou, como sucedia mais frequentemente, o arrendava a particulares. Esses arrendamentos tiveram sempre numerosos pretendentes, uma vez que os tabacos representavam um dos mais seguros meios de acumular fortuna em Portugal. Com o contrato na mão, os “caixas” do tabaco, designação por que eram conhecidos os arrematantes, sabiam que podiam dormir descansados, sem que as leis do mercado os arruinassem do dia para a noite.

O que estava em causa, quando se arrendava o monopólio, era saber-se quem, de mãos dadas com o Estado, ia acumular os lucros retirados do fumo. Não causa assim surpresa que tantas e tão ferozes batalhas se tenham travado à volta do tema. Como José Estêvão lembrava, rara era <<a grande fortuna que no país se tem feito que não tivesse tido parte no Contrato do Tabaco>> (...)

Não era apenas a riqueza dos contratadores que os tornava odiados aos olhos da população. Os seus extensos privilégios, que iam da isenção do serviço militar à possibilidade de multar qualquer cidadão (os fiscais do contrato podiam inclusivamente violar o direito ao domicílio em busca de contrabando), eram vividos como uma opressão intolerável, tanto mais que davam lugar a sistemáticas arbitrariedades.

Uma vez que a escolha dos <<caixas>> dependia do poder político, a tentação para o influenciar era grande. Há poucas provas dos misteriosos caminhos que conduziam à celebração do negócio, mas jamais se assinou um contrato sem que, na imprensa, se verificassem campanhas ardentes, insinuando toda a espécie de tropelias. (...)

Em geral, o governo arrendava o monopólio por triênios, prorrogáveis, em troca de uma prestação anual fixa, que os <<caixas>> se comprometiam a dar ao Estado.”⁵¹

Nos dias de hoje, os atuais “caixas” do tabaco, cosmopolitas, vivem em paraísos particulares em todo o mundo. Já os cultivadores do tabaco do Brasil, como os mais de 50 mil na Região Sul, fruto da estratégia da indústria de não correr riscos em relação à sua produção com poucos latifúndios, vivem com

⁵¹ MÓNICA, Maria Filomena, *O Tabaco e o Poder*, p. 5/7.

fertilidade de suas terras esgotadas pelos devastadores efeitos do cultivo da folha do fumo, o que agrava a dificuldade de procurar uma atividade econômica mais nobre...

CAPÍTULO II ASPECTOS LEGAIS DA EXPLORAÇÃO DO TABACO

2.1. Responsabilidade Civil Objetiva do Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade civil objetiva, prevista constitucionalmente para a Administração Pública Direta e Indireta na prestação dos serviços públicos (CF, art. 37, § 6º), e legalmente em diversos casos, como do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), da Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (Lei nº 6.453/77), da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/91), das Estradas de Ferro (Decreto Legislativo nº 2.681/12), Lei de Acidentes do Trabalho, etc., também foi sancionada para a Proteção e Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90.

E para que não restasse dúvidas, a responsabilidade objetiva nas relações de consumo também foi reforçada no atual Código Civil, vigente a partir de 11 de janeiro de 2003, que prevê essa mesma responsabilidade para a colocação de produtos no mercado:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(...)

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem **independentemente de culpa** pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. (destacamos)

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, inspirado nas premissas da Resolução nº 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas, com forte influência do *Projet de Code de la Consommation* francês, na *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* espanhola nº 26/184, na Lei Portuguesa nº 29/81, na *Lei Federal de Protección du Consumidor* mexicana de 1976, e na *Loi sur la Protection du Consommateur* de Quebec de 1979, é considerado uma das leis consumeristas mais bem elaboradas do Mundo.

Se fosse possível escolher um dispositivo do CDC que mais tenha representado mudanças fundamentais na relação consumidor-fornecedor, para uns seria o art. 4º, com todos os seus princípios⁵²; para outros o art. 6º, com os direitos básicos do consumidor⁵³. O certo é que pela primeira vez no mundo as normas de proteção e defesa dos consumidores foram agrupadas em uma norma com *status* de Código, como determinou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Vale registrar que para a doutrina o direito do consumidor é um ramo autônomo e, portanto, com relativa independência, com ligação direta com a Constituição Federal, não estando submetido a qualquer outro subsistema jurídico:

“É preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, tendo sido criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro. Além disso, os vários princípios constitucionais que o embasam são elementos vitais ao entendimento de seus ditames.

Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente esse fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior -, sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar.

(...)

⁵² Ricardo Morishita, diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (CDC: lei moderna e abrangente, *Jornal da Tarde*, p. A-4, 01.02.2006).

⁵³ José Rios, advogado (*idem*).

Ademais, o CDC é uma lei principiológica, modelo até então inexistente no Sistema Jurídico Nacional.

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional.”⁵⁴

A razão política da proteção do consumidor, com força constitucional, é a hipossuficiência deste em relação aos fornecedores:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

Carlos Roberto Gonçalves, definindo a *responsabilidade objetiva*, indigita que seu efeito é a inversão do ônus da prova:

“A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou ‘objetiva’, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura)

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é

⁵⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Curso de Direito do Consumidor*, p. 66/67.

presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus.”⁵⁵

Outro aspecto marcante das disposições do Código de Defesa do Consumidor é o seu caráter de *ordem pública*. Com efeito, dispôs o código consumerista:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de **ordem pública** e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (destacado)

Se as normas do CDC, de *ordem pública*, não podem ser afastadas pelas partes envolvidas, com maior razão não podem deixar de ser observadas pelo Poder Judiciário.

E não poderia ser de outra forma. A imperatividade de certas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao livre-arbítrio individual. Determinadas relações humanas precisam ser impostas para proteger os mais fracos, ou evitar que a vontade dos particulares perturbe a vida social. São normas que garantem o bem comum. Daí serem também chamadas de normas de *ordem pública*.

Assim, com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil pelo fato do produto oriunda da relação de consumo ganha contornos especiais, tendo como principal característica o fato de ser *objetiva*, ou seja, independentemente de culpa do fornecedor, nos termos do art. 12 da lei, que também trouxe algumas circunstâncias relevantes que podem ser consideradas em relação à exploração do tabaco, em seu § 1º, em especial o *risco razoavelmente esperado* e a *época em que iniciou sua circulação*:

SEÇÃO II

Da Responsabilidade pelo **Fato do Produto** e do Serviço

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

⁵⁵ *Responsabilidade Civil*, p. 618.

§ 1º **O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os **riscos que razoavelmente dele se esperam**;

III - **a época em que foi colocado em circulação**.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador **só não será responsabilizado quando provar**:

I - **que não colocou o produto no mercado**;

II - **que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste**;

III - **a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro**. (destaques nossos)

Antes de seguir adiante, vale registrar, por cautela, para quem não está afeito à legislação consumerista, que nossa análise diz respeito à responsabilidade pelo defeito do produto derivado do tabaco, ou seja, o que a lei consumerista chamou, na seção II acima transcrita, de *responsabilidade pelo fato do produto*; e não da responsabilidade pelo vício desse produto. A diferença entre as duas responsabilidades do fornecedor, pelo *fato* e pelo *vício* do produto, previstas respectivamente nos arts. 12 e 18 do CDC, é bem delimitada por Sérgio Cavaglieri Filho, que indigita que sobre os vícios do produto também recaem a Responsabilidade Civil Objetiva:

“133.1 Fato do produto.

(...)

Depreende-se desse dispositivo (art. 12, caput) que fato do produto é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto; daí termos enfatizado que a palavra-chave é defeito. À luz do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, esse defeito pode ser de concepção (criação, projeto, fórmula), de produção (fabricação, construção, montagem) e ainda de comercialização (informações, publicidade, apresentação, etc.). São os chamados acidentes de consumo, que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e do seu patrimônio.

O fornecimento de produtos ou serviços nocivos à saúde ou comprometedores da segurança do consumidor é responsável pela grande maioria dos *acidentes de consumo*. Ora é um defeito de fabricação ou montagem em uma máquina de lavar, numa televisão, ou em qualquer outro aparelho eletrodoméstico, que provoca incêndio e destrói a casa;

ora uma deficiência no sistema de freio do veículo que causa acidente com graves consequências; ora, ainda, é um erro na formulação de medicamento ou substância alimentícia que causa dano à saúde do consumidor, como câncer, aborto, esterilidade, etc.”⁵⁶ (destacamos)

137.1 Vício e defeito – distinção.

(...) Ao fazermos a distinção entre *defeito* e vício – item 133.1 -, dissemos que o primeiro (defeito) é vício grave que compromete a segurança do produto ou do serviço e causa dano ao consumidor, como o automóvel que colide com outro por falta de freio e fere os ocupantes de ambos os veículos; o segundo (vício) é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço, que apenas causa o seu mal funcionamento, como a televisão que não funciona ou não produz boa imagem, a geladeira que não gela etc. Como bem observa Luiz Antônio Rizzatto Nunes, “há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício; o defeito pressupõe o vício. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou ao serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mal funcionamento ou não funcionamento...” (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Saraiva, 2000, p. 214). (...)

137.2 Responsabilidade objetiva.

Conquanto não tenha a lei repetido nos arts. 18 e 20 a locução *independentemente da existência de culpa*, inserida nos arts. 12 e 14, não há dúvida de que se trata de responsabilidade objetiva, tendo em vista que o texto dos citados arts. 18 e 20 não faz nenhuma referência à culpa (negligência ou imprudência), necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva. Ademais, se nem o Código Civil exige culpa tratando-se de vícios redibitórios, seria um retrocesso exigí-la pelos vícios do produto e do serviço disciplinados no Código do Consumidor, cujo sistema adotado é o da responsabilidade objetiva.”⁵⁷ (destacamos)

É necessário, ao tratar deste assunto, ser o mais ético possível, em especial para aqueles que não possuem formação jurídica para uma análise mais crítica da matéria. O próprio autor do art. 12 no anteprojeto que virou o Código de Defesa do Consumidor enquadrando o tabaco, assim como a bebida alcoólica, no seu art. 9º⁵⁸, que prevê:

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança 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.

⁵⁶ CAVAGLIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 489.

⁵⁷ *Idem*, p. 495.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 169.

Ocorre que considerar a doença e a morte como *legitimamente esperada* ou um *risco razoavelmente esperado*, nos termos do art. 12, § 1º, ou seu inciso II, em comento, não é mais aceitável na sociedade moderna, em especial de boa-fé nas relações de consumo, como determina o Código de Defesa do Consumidor.

Permissa vênua, prestam quase um desserviço à Saúde Pública aqueles que, embora concluam pela responsabilidade civil das fabricantes de tabaco, enquadram o cigarro como um produto *perigoso*, não fazendo uma leitura jurídica condigna da evolução da exploração do tabaco ao longo da história recente.

Com efeito, até a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, ocorrida em 11 de março de 1991, o tabagismo não havia sido elevado à categoria de doença pela Organização Mundial da Saúde, ocorrido em 1992; a indústria do tabaco não havia confessado tacitamente a fraude à saúde pública com o acordo judicial perante a Justiça norte-americana, ocorrido em 1997; e a Philip Morris não havia confessado expressamente que *cigarro causa câncer de pulmão e provoca dependência*, em 1999, como acima visto.

Não existem níveis seguros para o consumo desse produto, segundo a ciência moderna.

Caso contrário, estaremos ratificando, em razão da atual pandemia, o *abuso de direito* da exploração da droga chamada nicotina, ou seja, tudo o que essa *indústria* quer...

Só há que ser levado em conta, sem sombra de dúvida, como atenuante na graduação da culpabilidade das fabricantes de cigarro sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, que esse produto foi colocado no mercado há muito tempo.

Ou seja, com a entrada em vigor da legislação consumerista no Brasil, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador do tabaco passam a responder, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, sob pena de estarmos negando vigência ao §3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, ou de estarmos concedendo ao tabaco um privilégio inadmissível.

E não há termos objetivos de comparação do tabaco com qualquer outro produto, como costumam alegar as tabaqueiras. A bebida alcoólica, por exemplo, causa câncer mesmo em pequenas quantidades? E a indústria da bebida alcoólica, ou qualquer outra, já foi condenada por Fraude à Saúde

Pública nos Estados Unidos da América, ou até já confessou que seu produto causa câncer de pulmão?

Ainda que as fabricantes de tabaco aleguem que as causas de doenças e mortes em muitos casos podem não estar absolutamente ligadas ao seu produto, há que ser levada em conta, também, que a existência de concausas não excluem a responsabilidade da causa principal, como veremos mais adiante.

Assim sendo, a responsabilidade civil objetiva - por força da responsabilidade *independentemente da existência de culpa*, prevista no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, que chega a indicar, no seu parágrafo 3º quais são as únicas três causas excludentes dessa responsabilidade; acrescida da obrigatoriedade da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do mesmo Código, já que não há como se negar a verossimilhança da alegação de prejuízo causado à saúde pelo tabaco, ou a hipossuficiência do consumidor diante das fabricantes de cigarro, como veremos mais adiante - não pode deixar de ser observada pelo Poder Judiciário, sob pena de se estar negando vigência à lei, exceto se a doença e a morte forem reconhecidas como *legitimamente esperadas* do produto pela sociedade.

2.1.1. A Circunstância da Informação Inadequada.

Mesmo que, por amor à análise, o tabaco seja enquadrado como um produto perigoso, para que tenha ciência do risco que espera do produto o consumidor deve ser amplamente informado, nos termos do Art. 9º do Código de Defesa do Consumidor transcrito no item anterior.

No Código de Defesa do Consumidor o substantivo informação é recheado de inúmeros adjetivos, a enfatizarem a necessidade das características e efeitos do produto chegarem efetivamente ao conhecimento do consumidor:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações **corretas, claras, precisas, ostensivas** e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (destacado)

O eminente magistrado Guilherme Ferreira Cruz, Especialista em Direito do Consumidor, em exaustivo exame sobre a insuficiência ou inadequação das

informações sobre os riscos do fato do produto derivado do *tabaco*⁵⁹, é contundente nas suas afirmações:

“(…) as empresas de tabaco, mesmo quando indagadas, até pelo Congresso Norte-Americano (veja-se a dimensão da audácia!), nunca assumiram ou ratificaram ‘com a necessária riqueza de detalhes e transparência, de fonte própria’, aquilo que sustentam ser ‘periculosidade inerente do produto’ e/ou risco ‘socialmente conhecido e disseminado’.

(…)

Tão só a irrestrita, a correta, a ampla, a adequada e a ostensiva informação (CDC, arts. 8º e 9º), concedida num regime de plena transparência e de respeito à confiança depositada, é que admite a noção de riscos ‘razoavelmente esperados pelos consumidores’”.

Lúcio Delfino acresce que as informações apresentadas pelos fornecedores são suficientes para a conscientização do consumidor, ressaltando o princípio da *boa-fé* objetiva (art. 4º, III), que sintetiza toda a essência do Código de Defesa do Consumidor:

“Ganhou a informação, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, contornos peculiares.

Foi ela erigida à categoria de princípio fundamental do microsistema das relações de consumo (art. 4º, IV), integrando, ainda, o rol dos direitos basilares do consumidor (art. 6º, III). Desse início já se percebe que a informação está incorporada à própria essência da Lei 8.078/90; integra sua própria ossatura.

(…)

Ademais, o dever de informação está, *umbilicalmente*, ligado à cláusula geral da boa-fé objetiva que permeia todo o Código de Defesa do Consumidor. **Boa-fé é cooperação, lealdade e respeito**; é um referencial objetivo de conduta que o homem médio adotaria em determinadas situações. Resguardar a boa-fé **significa proteger os contratantes de artimanhas e subterfúgios**. (destacado)

Com efeito, foi em razão dessa extraordinária – e imprescindível, diga-se – tutela dada à informação, que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, prescreveu que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”⁶⁰.

⁵⁹ CRUZ, Guilherme Ferreira, *A Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Cigarro*, LEX - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol. 25, nº 293, maio/2003, p. 5/49 (artigo).

⁶⁰ *Op. Cit.*, (artigo), p. 186-187.

Registre-se que a indústria do tabaco jamais tomou qualquer iniciativa para alertar o consumidor do caráter nocivo e viciante do seu produto. Muito pelo contrário, lutou arduamente para evitar que medidas sanitárias e de defesa do consumidor fossem editadas.

Portanto, as circunstâncias relevantes da apresentação do produto derivado do tabaco e dos riscos que razoavelmente dele se esperam não devem servir de atenuantes na responsabilização da indústria do tabaco, ou se admitidas, jamais como excludentes da sua culpabilidade.

2.2. Responsabilidade Civil (Subjetiva)

Quando a Philip Morris admitiu que “*cigarro causa câncer de pulmão e provoca dependência*”, nos termos acima, assim se manifestou o então Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton:

“O reconhecimento público da Philip Morris sobre os malefícios do fumo à saúde veio tarde demais. Isso certamente deixa claro que as empresas tabaqueiras devem ser responsabilizadas por seus atos no tribunal. Esse é um grande dia para a causa da Saúde Pública e para as Crianças nos Estados Unidos.”⁶¹

Não é possível saber se a menção transcrita dizia respeito à responsabilidade penal. Certamente o é, no entanto, em relação à responsabilidade civil.

No Brasil, embora a responsabilidade dos exploradores do tabaco seja objetiva, relativa à relação de consumo, mesmo que analisemos a questão sob a ótica da responsabilidade civil extracontratual, também chamada de *aquiliana*⁶², é possível encontrar fundamento para a responsabilização dos danos causados pelo tabaco no Código Civil, inclusive objetiva, pelo abuso de direito (da liberdade empresarial), com ausência de boa-fé:

⁶¹ Associated Press, *apud* ALBANESE, Mário, *A Importância do Controle do Tabagismo no Brasil e no Mundo*, Revista Medical Update, nº 20, fev/2005, p. 11.

⁶² É a responsabilidade extracontratual, ou seja, sem contrato, decorrente de ato que cause prejuízo a outrem. Recebeu esse nome por se originar da Lex Aquilia, da época de Justiniano, que previa que poderia se responsabilizar alguém pelo dano mesmo sem a existência de um contrato anterior

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (destacamos)

Ora, nos termos da lei civil em comento, ilícito não é um fato que seja ilegal (proibido por lei), mas um fato que *virole direito alheio* (por exemplo, à saúde), *causando-lhe dano*, ao exceder os limites da *boa-fé*, nos termos dos arts. 187 e 927 supra transcritos.

Segundo a doutrina de Cláudia Lima Marques⁶³, inúmeros são os aspectos da antijuridicidade do tabaco, que, mesmo antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, violava o princípio da boa-fé das relações de comércio, existente em nosso ordenamento jurídico desde 1850, com a vigência do Código Comercial:

“Respondendo aos quesitos A e B86, posso afirmar: Da lição de 1964, publicada em 1976, do mestre Clóvis do Couto e Silva, e de 1986, do mestre Orlando Gomes, conclui-se que o princípio da boa-fé é parte fundante de nosso ordenamento jurídico desde 1850, especialmente nas relações mistas entre um expert (*peritus*, fornecedor, fabricante) e um leigo (*cives*, comprador, consumidor), e que dele nasce o dever de informar, cooperar, tratar com lealdade e esclarecer fatos e riscos relevantes.”⁶⁴

A doutrina é unânime em estruturar a responsabilidade civil em três pressupostos básicos: a) conduta culposa, b) nexos causal e c) dano.

Questão de fundamental relevância no estudo da responsabilidade civil do produto do tabaco é a do liame de causalidade entre essa exploração e o dano.

⁶³ Professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg – Alemanha.

⁶⁴ *Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexos causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, Direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios*, Revista dos Tribunais, v. 835, maio/2005, p. 75-133 (artigo).

Das várias teorias em relação ao *nexo de causalidade*, o Código Civil de 2002, salvo melhor juízo, adotou a do dano direto e imediato:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes **por efeito** dela direto e **imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual. (destacado)

Oportuno o comentário de Agostinho Alvim quanto à causalidade imediata:

“Os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.”⁶⁵

Ainda, no entanto, que as doenças surgidas em consumidores do tabaco sejam atribuídas a concausas concomitantes ou posteriores, não há como se negar a ligação muito forte destas em relação ao enfraquecimento do corpo humano pelas mais de 4.700 substâncias tóxicas dos cigarros modernos.

Mesmo que estejamos diante de causas múltiplas – suponhamos o exemplo de um fumante que, após o consumo por 30 anos, venha a contrair tuberculose, vindo a falecer de forma rápida - há o direito à indenização no que diz respeito à parcela do efeito do tabaco, posto que a ninguém é permitido prejudicar ao outro - *neminem laedere* – e as concausas, na esfera civil, possuem o seu percentual de responsabilidade no evento dano, como preceitua a jurisprudência:

“A idade avançada da vítima e a debilidade de sua constituição física, como concausas, não elidem a responsabilidade, pois o causador do prejuízo é obrigado a suportar os riscos da receptividade pessoal da mesma”. (1º TACSP, 6ª C., Ap. – Rel. Ernani de Paiva, j. 25.03.1986 – RT 609/112).

“*Responsabilidade Civil. Concausa. Prova* – Ofende a regra do art. 333, I, o julgamento que dispensa o autor de fazer prova da importância causal do comportamento do réu na produção do evento, quando aquela não decorre da experiência comum” (STJ, 4ª T., Resp. 102.231, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.09.1997, RT 780/422)⁶⁶

⁶⁵ *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, p. 351, apud GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*, p. 618.

⁶⁶ Apud STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 148.

É certo que a fixação do valor ou percentual dessa reparação pode ser de difícil arbítrio. Inadmissível, no entanto, que não se repare o dano sofrido pela vítima.

Vale registrar, por oportuno, o ânimo da jurisprudência norte-americana nas ações indenizatórias em face dos danos provocados pelo tabaco, após a revelação dos primeiros documentos secretos abaixo citados⁶⁷, que pode bem ser resumido na seguinte frase do Juiz H. Lee Sarokim, na sentença de uma ação movida pela fumante Rose Cipollone, falecida em 1984, oito anos antes do seu processo chegar ao fim:

“Quem são essas pessoas que, consciente e secretamente, decidem oferecer ao público um risco apenas com o propósito de obter lucros e acreditam que a doença e a morte dos consumidores são o custo apropriado para sua própria prosperidade? (...) apesar da crescente hipocrisia, os fabricantes de cigarro devem ser os reis da ocultação e da desinformação”⁶⁸

Por fim, mesmo que não analisado segundo o ângulo da lei consumerista, há outro dispositivo jurídico do Código Civil de 2002 que reforça a responsabilidade da parte *ex adversa* dos consumidores lesados pelo produto do tabaco:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Trata-se de inovação sem precedente do atual Código Civil, mas já amplamente consagrada na doutrina e na jurisprudência:

“A concorrência de culpas do agente causador do dano e da vítima, que, segundo este artigo, deve ser levada em conta na fixação da indenização, não era prevista no Código Civil de 1916, mas já estava consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Assim, outras formas de expressão do direito já mencionavam que, “se houver concorrência de culpas, do autor do dano e da vítima, a indenização deve ser reduzida” (cf. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 34. ed. ver. Por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo, Saraiva, 2003, v. 5); v. Rui Stocco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 4. ed.,

⁶⁷ Item “2.3”.

⁶⁸ CARVALHO, Mário César, *Op. Cit.*, p. 29/30.

São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 68/-9; “Se a vítima não age com a cautela necessária para atravessar a rua em local apropriado, vindo a ser atropelada, justificável a redução proporcional do valor indenizatório, em razão da culpa concorrente” (RT, 609/112); “A partilha dos prejuízos, que se impõe nos casos de concorrência de culpas, deve guardar proporção ao grau de culpa com que cada protagonista concorreu para o evento. Reconhecida a igualdade na proporcionalidade das culpas dos agentes, deve cada parte responder pela metade dos prejuízos causados à outra, e a partilha dos prejuízos não se faz através de mera compensação dos danos” (RT, 588/188); “Tendo ambas as partes concorrido para o evento danoso, a responsabilidade deve ser dividida” (RT, 567/104); “A culpa concorrente não altera a natureza da indenização, mas apenas restringe parcialmente a responsabilidade” (RT, 599/260)⁶⁹

Ainda reconhecendo a culpabilidade concorrente, as seguintes doutrinas e jurisprudências:

“Se para o dano concorreram a culpa do lesante e a do lesado, esse fato não pode deixar de ser levado em conta na fixação da indenização, de tal sorte que ao montante global do prejuízo sofrido se abaterá a quota-parte que, para o magistrado, for imputável à culpa da vítima (RT, 801:230, 800:267, 791:243, 785:380, 609:112, 599:260, 588:188, 567:104).”⁷⁰

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MENOR. ATO INFRAACIONAL. ATROPELAMENTO. MORTE DA VÍTIMA. CULPA CONCORRENTE DOS PAIS. OCORRÊNCIA. Genitores que sabiam que seu filho se utilizava, costumeiramente, do automóvel. Quer por omissão, quer por comissão, os pais do infrator, sabedores de que em diversas oportunidades o filho fazia uso de veículo de sua propriedade, nada fizeram para impedir-lhe o acesso, caracterizada sua corresponsabilidade no evento fatídico. (TJSP, Ap. Cível nº 24.087-0, Dracena, Rel. Dês. Rebouças de Carvalho, Julg. em 10.08.1995, *Boletim Informativo da Juruá*, 106/7.348, Fonte: Banco de Dados da Juruá).”⁷¹

“Banco – Conta corrente – Responsabilidade Civil – Culpa concorrente – Caracterização – Correntista que, faltando ao dever de vigilância sobre talonário de cheques, permite que este seja alcançado por pessoa de sua estreita convivência, que, valendo-se dessa prerrogativa, furta folhas do talonário e falsifica a assinatura do titular da conta – Negligência do correntista, no entanto, que não afasta a responsabilidade da casa bancária por pagar cheque adulterado, eis que era dever da instituição financeira

⁶⁹ FIUZA, Ricardo (Coordenador), *Novo Código Civil Comentado*, p. 858. No mesmo sentido, VENOSA, Silvio de Sávio, *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, v. 4, p. 40.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado*, p. 734.

⁷¹ *Apud* SILVA, Luiz Cláudio, *Responsabilidade Civil: Teoria e Prática das Ações*, p. 18.

conferir as assinaturas apostas nas cópias apresentadas (1º TACivSP – Ap. 827.523-8 – 6ª Câm. – j. 27.11.2001 – Rel. Juiz Marciano da Fonseca – RT 800/267).”⁷²

“**Responsabilidade Proporcional.** A responsabilidade pelos danos decorrentes de acidente de trânsito, em caso de culpa concorrente, deve ser proporcional ao grau de culpa de cada um dos agentes causadores do sinistro (RT 773/364).”⁷³

“**Culpa concorrente. Proporção da indenização.** Reconhecida a culpa concorrente do autor, em grau menor que a da ré, a indenização a que ele tem direito, para a reparação do dano que sofreu, deve ser proporcionalmente reduzida.”⁷⁴

E mesmo em relação ao Estado a culpa concorrente já foi acolhida pela jurisprudência:

“**Responsabilidade civil do Estado – Indenização – Acidente de trânsito – Capotamento de veículo em rodovia, em razão da existência de vários buracos de grandes dimensões na pista pavimentada – Verba devida pela autarquia responsável pela manutenção das estradas estaduais, ainda que no local existisse sinalização de advertência – Reparação reduzida pela metade, no entanto, diante da culpa concorrente do motorista, em face da falta de atenção, cautela e perícia, dada a existência de placas indicando trecho perigoso e mandando reduzir a velocidade (1º TACivSP – Ap. 905.412-8 – 7ª Câm. de Férias de Julho/2000 – j. 25.7.2000 – Rel. Juiz Valle Ramos – RT 785/255).**”⁷⁵

“**Responsabilidade civil do Estado – Indenização – Acidente de trânsito – Sinistro ocasionado pelas ondulações no asfalto, ausência de sinalização e omissão do Poder Público na conservação das vias públicas – Aplicação da teoria do risco administrativo – Vítima que de maneira imperita acionou o sistema de freios de sua motocicleta, acabando por perder o controle – Culpa concorrente evidenciada. O acidente de trânsito ocasionado pelas ondulações no asfalto, ausência de sinalização e omissão do Poder Público na conservação das vias públicas gera o dever de indenizar pela incidência da responsabilidade objetiva e da teoria do risco administrativo. No entanto, deve ser observada a culpa concorrente da vítima que, de maneira imperita, acionou o sistema de freios de sua motocicleta, acabando por perder o controle (1º TACivSP – Ap. 1.085.676-9 – 11ª Câm. de Férias – j. 1º.8.2002 – Rel. Juiz Melo Colombi).**”⁷⁶

⁷² AZEVEDO, Álvaro Vilaça, *Código Civil Anotado e Legislação Complementar*, p. 486.

⁷³ NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade, *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 544.

⁷⁴ *Idem*, p. 544.

⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Vilaça, *Op. Cit.*, p. 485/486.

⁷⁶ VENOSA, Silvío de Sávio, *Op. Cit.*, p. 40.

Como se pode observar, se a culpa concorrente é amplamente acolhida para as relações civis, também, no mínimo, deve o ser, com muito mais razão, salvo melhor juízo, numa relação de consumo, reforçando a responsabilidade da indústria do tabaco.

2.3. Responsabilidade Penal

Analise o tipo penal do homicídio qualificado por motivo fútil (*obtenção de lucro*), previsto no art. 121, § 2º, II, do Código Penal:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

II - por motivo fútil;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Com a confissão da maior companhia de cigarros do mundo, Philip Morris, de que *cigarro causa câncer de pulmão*, nos termos acima expostos, por que os representantes dos fabricantes de cigarros não são processados pelo tipo penal supra transcrito nos casos de morte por essa específica doença?

Do ponto de vista jurídico nacional, em razão do Direito Penal brasileiro ter adotado a teoria da equivalência das causas (*conditio sine qua nom*)⁷⁷ em relação ao nexo de causalidade, nos termos do art. 13 do Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Ou seja, sob a ótica do direito penal, a decisão de fumar é do indivíduo, que era livre para acender ou não um cigarro. À morte relacionada ao consumo prolongado do cigarro falta, em tese, o nexo entre o resultado e o evento do fornecimento do tabaco à vítima, tendo em vista a causa intermediária do arbítrio desta, que poderia ou não ter consumido o produto.

⁷⁷ CONDIÇÃO SINE QUA NON. *Direito Penal*. Causa, isto é, toda condição do resultado ou todo o fato sem o qual o resultado não teria sido produzido. (DINIZ, Maria Helena, *Dicionário Jurídico*, vol. 1, p. 744)

A ausência do nexo de causalidade na esfera penal, contudo, é bem menos evidente em relação ao tipo penal do auxílio ao suicídio praticado por motivo egoístico (lucro), previsto no art. 122, inciso I, do mesmo Estatuto:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Nesse tipo penal, a participação dos exploradores do tabaco seria material, como se observa da seguinte doutrina:

“O núcleo do tipo é composto por três verbos: *induzir*, *instigar* ou *auxiliar*. Trata-se de um tipo misto alternativo (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado). O agente, ainda que realize todas as condutas, responde por um só crime. **A participação em suicídio pode ser moral**, mediante induzimento ou instigação, ou **material, que é realizada por meio de auxílio.**” (destacado)⁷⁸

No momento em que o explorador do tabaco facilita que esse produto chegue às mãos de quem irá acendê-lo, auxilia no resultado que é observado todos os dias no noticiário nacional e internacional: morte antecipada do adicto ou suicídio indireto.

Apesar de alegarem que não desejam esse fim, os exploradores do tabaco ficam numa posição bastante desconfortável em vista da descoberta dos documentos secretos e da confissão expressa da Philip Morris e tácita de toda a indústria, bem como em face da parte geral do Código Penal brasileiro que preceitua:

Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou **assumiu o risco de produzi-lo.** (destacado)

⁷⁸ CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal*, vol. 2, p. 87.

Há na doutrina quem entenda ser possível nesse último delito o *dolo eventual*, onde a vontade não se dirige ao resultado, mas à conduta, como leciona Damásio Evangelista de Jesus:

“Ocorre o dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. **A vontade não se dirige** ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim **à conduta**, prevendo que esta pode produzir aquele. **Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento.** Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza.” (destacado)⁷⁹

E a jurisprudência já acolheu o dolo eventual no crime de auxílio ao suicídio de curto prazo em razão da entrega de arma de fogo à vítima:

“**Dolo eventual:** Age com dolo eventual o neto que entrega bolsa contendo arma municiada ao avô, que se encontrava internado e suspeitava ser portador de moléstia incurável; confirmada a pronúncia, cabe ao *júri* a última palavra.” (TJSP – RT 720/407)⁸⁰

Não é de todo impensável, portanto, a tese de se acolher o mesmo dolo em caso de auxílio ao suicídio em longo prazo, em razão da colocação de má-fé do produto de nocividade confessa à disposição dos consumidores.

Vale registrar, ainda, que por não ser, atualmente, um produto proibido por lei, não se aplica à exploração do tabaco, em tese, quaisquer dos crimes contra a Saúde Pública previstos no capítulo III, do Código Penal.

A exploração do tabaco, contudo, se encaixava perfeitamente no seguinte tipo penal da antiga Lei nº 6.368/76, que dispunha sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer

⁷⁹ JESUS, Damásio Evangelista de, *Direito Penal*, vol. 1, p. 290/291. Também nesse sentido: E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, v. 2, p. 37, Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 5, p. 234, Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 408”; *apud* CAPEZ, Fernando, *idem*, p. 90, nota 174.

⁸⁰ *Apud* DELMANTO, Celso et al, *Código Penal Comentado*, p. 265.

forma, a consumo substância entorpecente **ou que determine dependência física ou psíquica**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; (destacado)

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

O *lobby* da indústria do fumo no Congresso Nacional, no entanto, retirou esse detalhe da atual de lei de repressão ao tráfico de drogas nº 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (destacado)

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Falta, portanto, para a incriminação da indústria do tabaco na atual lei antidrogas, por ser uma norma penal em branco *em sentido estrito*⁸¹, o já tardio enquadramento da nicotina entre as substâncias que determinam dependência física ou psíquica, atualmente registradas pela Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 22, de 15.02.2001.

Analise-se, ainda, a figura típica do estelionato, o famoso 171 do Código Penal, deixando de lado apenas o termo *ilícito*, apesar do fato de que a indústria do fumo injeta substâncias cancerígenas no cigarro a fim de ampliar o efeito da dependência química da nicotina⁸²:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Não fosse a exploração do tabaco permitida, seria, em tese, o típico exemplo de obtenção para si de vantagem em prejuízo alheio (à saúde, econômico e da própria vida) pelo induzimento ou manutenção de alguém em erro, mediante artifício, ardil ou meio fraudulento (natureza de droga da nicotina).

⁸¹ Aquela que exige uma complementação por outra norma jurídica de nível diverso, em regra, inferior.

⁸² “A indústria mistura amônia no tabaco para aumentar a dependência dos fumantes” [matéria de capa], Veja, edição nº 1.446, de 29.05.1996

A jurisprudência já se manifestou no sentido de que a fraude no estelionato deve ser a penal, não apenas a civil; contudo o fez no julgamento de um caso prático de uma transação civil ou comercial e não numa relação consumerista, objeto de proteção especial, deixando clara, igualmente, a existência de vício civil como potencial para reparação econômica:

“É comum nas transações civis ou comerciais certa malícia entre as partes, que procuram, através da ocultação de defeitos ou inconveniências da coisa, ou através de sua depreciação, justa ou não, efetuar operação mais vantajosa. Mesmo em tais hipóteses, o que se tem é o dolo civil, que poderá dar lugar à anulação do negócio, por vício de consentimento, com as consequentes perdas e danos (arts. 147, II, e 1.103 do CC), jamais, porém, o dolo configurador do estelionato.”⁸³

Ante todo o exposto, fica uma pergunta no ar: por que motivo os exploradores do tabaco não sofrem a persecução penal ao menos em relação ao crime de auxílio ao suicídio (art. 122 do Código Penal) ou não a sofreram em relação à produção de substância que determine dependência física ou psíquica, enquanto vigente o Art. 12, § 2º, I, da Lei de Entorpecentes, nos termos acima transcritos?

A resposta pode ser obtida também por aspectos fáticos. Por exemplo, nem todos os casos de câncer de pulmão estão associados ao consumo de derivados do tabaco: *apenas* 90%.⁸⁴

Outros aspectos fáticos: o longo período de tempo, em regra, decorrido entre a ação (colocação do tabaco à disponibilização do público) e o evento (morte por câncer de pulmão), o elevado poder político e econômico dos fabricantes, etc.

Esses aspectos valem também para a não persecução penal por outros crimes como, por exemplo, *formação de quadrilha*, *falso testemunho* e *Crimes Contra a Saúde Pública*, nos termos da legislação brasileira, como os cometidos flagrantemente, em âmbito internacional, pelos diretores-presidentes das sete maiores companhias de cigarro dos Estados Unidos, em 14 de abril de 1994.

Convocados pela Câmara de Deputados dos Estados Unidos, para testemunharem perante o Subcomitê de Saúde e Meio Ambiente do Comitê de Energia e Comércio, após a abertura feita pelo presidente da mesa⁸⁵, um dos

⁸³ RT 547/342 (a referência é ao Código Civil de 1916).

⁸⁴ Informação disponível em: <http://www.inca.gov.br>. Acessada em 06.01.06.

⁸⁵ Que assim se manifestou no início da sessão: “(...) Esta é uma audiência histórica. (...) E não há questão de saúde tão importante quanto fumar. Às vezes é mais fácil uma ficção do que enfrentar a verdade. A verdade é

representantes do Subcomitê inquiriu: “*eu gostaria de começar as minhas indagações pela questão de se a nicotina causa dependência ou não. Deixe-me perguntar primeiro a você, e então eu gostaria que os outros em sequência também respondessem, se cada um de vocês acredita que a nicotina não causa dependência. Eu já ouvi todos vocês abordarem esse tema. Apenas sim ou não. Vocês acreditam que a nicotina não causa dependência?*”. As respostas foram as que se seguem:

“Presidente e Diretor Chefe de Operações da Philip Morris, Estados Unidos: - *Eu acredito que a nicotina não causa dependência.*

Presidente das Organizações e Diretor Chefe de Operações da RJR Tobacco Company: - *Congressistas, os cigarros e a nicotina claramente não se enquadram nas clássicas definições de dependência. Não há intoxicação.*

Presidente da U.S. Tobacco Company: - *Eu não acredito que a nicotina ou nossos produtos causem dependência.*

Presidente das Organizações e Diretor Chefe de Operações da Ligget Group Inc.: - *Eu acredito que a nicotina não causa dependência.*

Presidente das Organizações e Diretor Chefe de Operações da Lorillard Tobacco Company: - *Eu acredito que a nicotina não causa dependência.*

Presidente das Organizações e Diretor Chefe de Operações da Brown and Williamson Tobacco Corp.: - *Eu acredito que a nicotina não causa dependência.*

Presidente das Organizações e Diretor Chefe de Operações da American Tobacco Company: - *E eu, também, acredito que a nicotina não causa dependência.*”⁸⁶

Mário César Carvalho narra a prova da ausência da verdade com maestria - a indústria sabia do caráter de droga da nicotina:

“A fraude da indústria começou a ser desmontada a partir de 1994, em duas frentes: a da Justiça, na qual advogados conseguiram tornar públicos documentos secretos da

que os cigarros são simplesmente o produto de consumo mais perigoso jamais vendido. (...) A cada dia 3.000 crianças começam a fumar. (...) E agora nós sabemos que as crianças enfrentarão uma séria ameaça à saúde mesmo que não fumem. A fumaça ambiental do cigarro é um cancerígeno classe A e causa doenças em mais de um milhão de crianças todo ano (...) Por décadas, as companhias de cigarros têm-se eximido dos padrões de responsabilidade e sujeição que se aplicam a todas as outras corporações americanas. (...) Esta audiência marca o início de uma nova relação entre o Congresso e as companhias de cigarros. As velhas regras não valem mais. (...) Estamos ansiosos para ouvir o testemunho esta manhã e para trabalhar com essas companhias para começar a reduzir a extraordinária ameaça de saúde pública que o produto delas apresenta. (...) Hoje estamos dando o nosso primeiro passo. E Muitos outros virão enquanto estivermos lidando com o mais grave problema de saúde enfrentado pela nossa nação” (Disponível em <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/settlement/timelines/april94.html>, apud CRUZ, Guilherme Ferreira da, *Op. Cit.*, p. 25, tradução livre daquele autor)

⁸⁶, *Idem*, p. 26.

indústria, e a dos desertores, formada por funcionários das fábricas que começaram a revelar o que sabiam (...)

O teor dos documentos era exatamente o oposto do discurso que a indústria adotara entre os anos 50 e 90. Em resumo, diziam que cigarro provoca câncer e infarto e que a nicotina é uma droga que causa dependência.

(...)

Um desses documentos, de **1963**, trata numa só frase dos dois maiores tabus para os fabricantes de cigarro – ele fala em droga e em dependência. “Nosso negócio é vender nicotina, uma **droga viciante** que é eficaz no relaxamento dos mecanismos do estresse”, escreveu Addison Yeaman, presidente do conselho da Brown & Williamson.

Em **1991**, a Liggett & Myers, uma fábrica dos EUA, encomendou uma pesquisa sobre os componentes da fumaça do cigarro. O texto com o resultado da pesquisa, desenvolvida pela empresa Arthur D. Little, começava assim: “Há materiais biológicos **ativos** na fumaça do tabaco do cigarro. (...)”

Outros textos menos contundentes mostravam que a indústria fazia campanhas publicitárias para atingir adolescentes e manipulava o nível de nicotina no cigarro. Um memorando de **1965** do pesquisador Ron Tamol, da Philip Morris, produtora do cigarro mais vendido no mundo, o Marlboro, trazia a seguinte anotação: “Determinar o mínimo de nicotina para manter o fumante normal **‘viciado’**”.

(...) Os documentos secretos revelados por ex-funcionários das fábricas durante a disputa judicial mostraram-se decisivos para mudar o conceito que a opinião pública e os juízes, sobretudo, tinham sobre os males do fumo.

A deserção mais espetacular virou até filme de Hollywood: *O Informante (The Insider, 1999)*, com Al Pacino e Russel Crowe. Foi baseado na história de Jeffrey Wigand, bioquímico que chegou a uma vice-presidência da Brown & Williamson, desiludiu-se com o destino das pesquisas que fazia, foi demitido e decidiu contar tudo o que sabia à Justiça.

Wigand foi demitido em 1993, por um novo presidente da Brown & Williamson, o qual achava bobagem fazer pesquisas sobre um cigarro mais seguro, ao contrário do que defendia o bioquímico. A demissão se revelaria desastrosa: o cientista-executivo foi descoberto por um jornalista da CBS, em busca de ajuda numa reportagem investigativa sobre o fumo. (...) Ao romper o acordo de confidencialidade que assinara, Wigand viu sua vida transformar-se num pandemônio. (...)

Ele contou à Justiça que era óbvio que os altos executivos da Brown & Williamson sabiam que cigarro provoca **dependência** e causa câncer. Os cientistas falavam nisso desde a **década de 50**, mas era a primeira vez que um alto executivo da indústria abria o jogo. O bioquímico revelou também que se adicionavam produtos químicos ao tabaco para aumentar a **dependência**. (...)

A indústria do cigarro levou outra punhalada de um ex-ator e ex-professor de teatro que sonhava com a fama. Merrel Williams despencara na escala social nos anos Reagan, fazendo biscates como pintor e vendedor de carros; e acabou, no final de **1987**, como pesquisador de documentos de um escritório de advocacia de Louisville, no estado do

Kentucky. Ele tinha uma tarefa chatíssima: ficava trancado num antigo depósito da Brown & Williamson, numa região de Louisville onde a degradação substituíra a antiga opulência, lendo documentos empoeirados, com um vigia à porta, sempre ao lado de uma placa em que se lia: “Proibido entrar na sala sem autorização”. O que havia ali era tão sigiloso que, antes de ter começado a trabalhar, Williams assinara um compromisso de confidencialidade.

Williams era pouco mais que um peão num jogo conhecido pelos altos salários que paga a seus defensores: ganhava US\$ 9 por hora, enquanto os advogados a quem servia recebiam US\$ 500 pelo mesmo período de trabalho.

Não demorou muito para ele perceber que estava mexendo com textos explosivos. Todo o discurso que a indústria do cigarro repetia desde os anos 50 era desmentido pelo que Williams lia. Câncer? Estavam lá documentos dos **anos 60** mostrando que os cientistas da Brown & Williamson tinham feito experiências com animais e concluído que o tabaco é cancerígeno. **Dependência?** Havia dezenas de documentos para confirmar essa **propriedade do fumo**. Sem que o vigia percebesse, o ex-ator começou a sair para o horário do almoço com documentos escondidos sob a camisa. Fez isso por três anos, e o vigia nunca notou que ele estava levando as provas que mudariam a história judicial do cigarro nos EUA.

(...)

Em abril do ano seguinte, o ex-ator decidiu entregar a papelada a um advogado que representava o estado do Mississippi. Um mês depois, a história estava nas páginas do *New York Times*, o mais prestigiado jornal americano: “Companhias de Tabaco se Calaram Sobre os Riscos” era o título da primeira reportagem de uma série.

(...) Meses depois, os documentos secretos estavam na Internet (<http://library.ucsf.edu/tobacco>) e em CD-ROM. (...)

O outro ataque aos arquivos secretos da indústria ocorreu no *front* legal. O estado de Minnesota – o segundo a ter entrado com uma ação contra a indústria por fraude no sistema de saúde pública, em agosto de 1994, três meses depois do Mississippi – requisitou ao juiz uma consulta a todos os documentos sobre fumo e saúde existentes nos arquivos dos fabricantes. Desde os anos 60, já temendo processos judiciais, a indústria do cigarro adotara uma norma: qualquer documento mais revelador era classificado como parte da relação privilegiada entre cliente e advogado, o que garantia sua confidencialidade.

O subterfúgio acabou quando a Justiça dos EUA determinou que a Philip Morris e a British-American Tobacco, na Inglaterra, entregassem cópias de todo o seu arquivo sobre saúde. Em setembro de 1994, as companhias enviaram caminhões de documentos, sem nenhuma ordem, fosse cronológica, fosse temática. Sem índice, os 150 mil documentos confidenciais poderiam tomar mais de seis anos para analisar, se cada um deles fosse olhado por apenas cinco minutos.

A estratégia de usar todos os tipos de subterfúgios para atrasar um processo e fazer o oponente gastar mais tinha sido verbalizada por um conselheiro da R. J. Reynolds. (...)

Seis meses depois os advogados dos estados conseguiram na Justiça uma lista do conteúdo de cada uma das caixas. (...)

Um dos documentos encontrados nos arquivos da R. J. Reynolds mostrava que a **manipulação dos níveis de nicotina**, uma obsessão dos militantes antifumo nos EUA, era um expediente antigo, usual desde os **anos 70**, no mínimo. O documento que continha a prova era datado de **1973**, (...) e trazia carimbo de “secreto”.

Outra pesquisa da Philip Morris obtida pelos advogados datava de **1965** e tinha como objetivo “determinar o mínimo de nicotina para manter o fumante normal ‘viciado’”. Era assinada por Ton Tamol, um engenheiro que, ao aposentar-se, levou caixas com centenas de documentos. Anos depois, carregou as caixas para a casa da namorada, uma decoradora, quando se mudou para lá. Tamol nunca mais viu a papelada – a namorada se desiluiu com ele e decidiu entregar as caixas aos advogados que estavam processando a indústria do tabaco. A mídia adorou a história de sexo, traição e documentos secretos.

(...)

No meio do cerco, uma das fábricas capitulou. Tratava-se da menor das indústrias, a Ligget, que era dona de marcas como o L&M e o Chesterfield, mas que tinha só 2,3% do mercado americano. Em março de 1996, o presidente da Ligget, Bennet Lebow, foi o primeiro dirigente da indústria a ter admitido que fazia campanhas publicitárias para atingir adolescentes. Ele aceitou uma série de medidas para reprimir a venda ao público jovem – como banir a publicidade que estivesse a menos de três quilômetros das escolas e parar de distribuir cigarros de graça em concertos de rock. A empresa concordava também em pagar aos estados de 2% a 7% de sua receita bruta, por um período de 25 anos.

A ligget não fez isso por bom-mocismo – o grupo que controlava a fábrica estava prestes a ser vendido e, após o acordo, as ações da empresa saltaram de US\$ 1,50 para US\$ 9,80.

Em 1997, o executivo deu um passo ainda mais inesperado. Reconheceu tudo que a indústria negara durante toda a sua história – que **nicotina causa dependência** e que fumo provoca câncer.” (destaques nossos)⁸⁷

Estes trechos nos parecem suficientes para provar a ciência dos representantes da indústria do tabaco daquilo que foi confessado pela maior companhia mundial posteriormente, em 1º de outubro de 1999 - *cigarro, além de causar câncer de pulmão, provoca dependência* - tendo havido, portanto, salvo melhor juízo, falso testemunho sob juramento no Congresso dos Estados Unidos.

E o que dizer em relação aos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor. Vejamos o seguinte delito:

⁸⁷ CARVALHO, Mário César, *Op. Cit.*, p. 16.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:
Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Infelizmente a publicidade do tabaco ainda vinha sendo permitida nos pontos de venda, num comprometimento grave por parte da União, pela inércia de atuação, *permissa* vênua, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça, e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, do Ministério da Saúde.

A Consulta Pública nº 117/2010 da Anvisa, relativa à alteração da Resolução que dispõe sobre as embalagens e os materiais de propaganda dos produtos fumígenos derivados do tabaco, promovida com prazo até 31 de março de 2011 - embora com 2 anos de atraso em relação à advertência na frente dos maços, consoante determinou o art. 11, item 1, alínea “b”, subitem “iv” da Convenção Quadro para Controle do Tabaco⁸⁸ - pode, contudo, mitigar um pouco essa inércia do Estado.

2.4. Responsabilidade do Estado

A única disposição constitucional que menciona o produto derivado do tabaco é o Art. 220, no capítulo da Comunicação Social, que deveria ter sido regulamentado em doze meses, nos termos do art. 65 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas que levou oito anos, com a edição da Lei nº 9.294/96:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

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

⁸⁸ Mais informações podem ser obtidas em: <http://www.amata.com.br/internas/Dia_Mundial_2009.htm>.

Três são as conclusões lógicas para a existência do § 4º, no art. 220, na Constituição Federal, supra transcrito:

- a) o consumo de tabaco, assim como de bebidas alcoólicas, existia à época da Assembleia Nacional Constituinte de 1988;
- b) a aceitação tácita ou tolerância do tabaco e das bebidas alcoólicas pelos representantes do povo naquela Assembleia; e/ou
- c) o reconhecimento daqueles representantes da necessidade de se conter o vício resultante do consumo desses produtos.

É fato também que o Supremo Tribunal Federal - STF já decidiu, na ADIN nº 815 / DF, que não há hierarquia entre normas constitucionais originárias⁸⁹, e não serem elas sujeitas à declaração de inconstitucionalidade⁹⁰:

“A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se despreste a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.”⁹¹

Inúmeras, contudo, são as disposições constitucionais expressas contrárias à permissividade do produto derivado do tabaco em razão da Saúde Pública, serviço público essencial, direito subjetivo fundamental do cidadão, além do fato de constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a liberdade (da dependência química), o bem (vivenciar a saúde plena) de todos, e o Estado

⁸⁹ São aquelas que criam uma nova ordem constitucional, pelo Poder Constituinte; por exemplo, a Constituição Federal de 1988. Divergem das normas constitucionais derivadas, que são alterações da Constituição, chamadas de *Emendas Constitucionais*.

⁹⁰ Ou seja, as disposições relativas à saúde, por exemplo, não prevalecem sobre as normas relativas ao comércio.

⁹¹ STF – Pleno – ADI nº 815/DF – Rel. Min. Moreira Alves – j. 28.03.96.

ter como fundamento a dignidade da pessoa humana (de não ser explorada por um produto com natureza de droga):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

(...)

III - a **dignidade da pessoa humana**;

Art. 3º **Constituem objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade **livre** (...)

(...)

IV - promover o **bem** de todos (...)

(...)

Art. 6º **São direitos sociais** a educação, a **saúde**, (...).

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**

Art. 197. **São de relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (destacado)

O direito fundamental à Saúde, portanto, garantido pelos artigos 6º e 196 e seguintes da Constituição Federal, é, na prática, contrário à propaganda e ao comércio do tabaco, prevista no parágrafo 4º do artigo 220 da mesma Carta, especialmente após as inovações jurídicas e as descobertas científicas em relação aos produtos derivados do tabaco.

E a inconstitucionalidade do tabaco, com fundamento nos próprios termos constitucionais, encontra eco na doutrina:

“Difícil negar que a atividade exercida pelas indústrias fumígenas seja lícita* – a própria Constituição Federal, num dispositivo inusitado, refere-se à publicidade do tabaco. Entretanto, advogo a tese de que o cigarro apresenta-se como um produto imperfeito, sob o ponto de vista jurídico, ou seja, contém vícios, mais especificamente, os chamados vícios de concepção e de informação”.

(*) Nota do texto: Mostra-se questionável, sob uma análise constitucional, a afirmação de que a atividade exercida pelas indústrias do tabaco seja lícita. Se usarmos como parâmetro aqueles Direitos constitucionais mais caros ao cidadão, como, por exemplo, o da dignidade e da vida, certamente, e ao menos em tese, a licitude da atividade dos

fornecedores de tabaco, mesmo que regulamentadas, cairia por terra. Não obstante isso, os homens vivem numa realidade muitas vezes alheia às belas teorias ou bem intencionadas legislações – situação lamentável, diga-se – essa realidade, não raro, sinaliza-se em prol de interesses outros – os de ordem econômica, por exemplo – de importância diametralmente inferior quando comparados àqueles outros, agora a pouco citados. Explicações, diversas e fecundas, acabam por surgir em favor dessa realidade distorcida e evidentemente prejudicial ao próprio homem que nela se insere.

Nessa vereda, e partindo-se da premissa de que a atividade de se produzir e comercializar produtos fumígenos seja realmente legítima, deve-se atentar para as características, intrínsecas e extrínsecas, de tais produtos. Não é porque uma atividade empresarial ou comercial mostra-se lícita que o fornecedor pode violar deveres seus, juridicamente preexistentes. Mesmo antes da publicação do Código de Defesa do Consumidor, era possível vislumbrar princípios que deveriam – e ainda hoje devem – ser respeitados pelos contratantes numa relação de consumo, ou em outra relação qualquer, a exemplo do presentemente difundido princípio da **boa-fé objetiva**. O ato ilícito, então, pode surgir não da atividade exercida, em si mesma, mas, sim, em face da violação de uma norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente. Daí a importância em se analisar, outrossim, as particularidades dos produtos (ou serviços) colocados no mercado de consumo, tanto pelo plano externo como interno, para se buscar o ato ilícito.

No caso específico do cigarro, se verá adiante a configuração de verdadeira omissão culposa – quiçá dolosa – por parte de suas fornecedoras, uma vez que, mesmo detendo conhecimentos lúcidos a respeito dos males que os componentes do produto maléfico acarretam àqueles que a ele se expõem, valeram-se de uma política voltada ao econômico apenas, negligenciando ao consumidor informes essenciais à sua escolha consciente sobre fumar ou não fumar (vício de informação). Não bastasse a omissão voluntária de informações, as fornecedoras de tabaco lançaram mão de publicidades abusivas e enganosas, hoje criminosas, para incitar o vício e seduzir a sociedade ao consumo de seus produtos, distorcendo publicamente os verdadeiros efeitos causados pelo uso do cigarro, para vinculá-lo ao prazer, bem estar, sucesso, beleza, requinte e, até mesmo, à saúde.⁹²

Vale destacar que a República Federativa do Brasil aprovou em 12 de dezembro de 1991, pelo Decreto Legislativo nº 226, promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992⁶¹, o *Pacto Internacional dos Direitos Humanos, Sociais e Culturais*, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU em 19 de dezembro de 1966, que dispõe:

⁹² DELFINO, Lúcio, *Responsabilidade Civil das Indústrias Fumígenas sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 13, nº 51, jul-set/2004, p. 177/178.

Art. 12

1. Os Estados–partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças.

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” (destacado)

O Ministério da Saúde, por outro lado, assim como a Organização Mundial da Saúde o havia feito a partir de 1992 - tendo os médicos colocado em circulação um termo reservado para ocasiões muito especiais: pandemia ou epidemia generalizada – com base no compromisso assumido pelo Governo Brasileiro quando da realização da 43ª Assembleia Mundial de Saúde, por intermédio da Portaria nº 1.311, de 12 de setembro de 1997, definiu a implantação da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10 (10ª revisão), catalogando o tabagismo como doença (item F.17), a partir da competência de janeiro de 1998:

F17 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo

F17.0 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - intoxicação aguda

F17.1 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - uso nocivo para a saúde

F17.2 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - síndrome de dependência

F17.3 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - síndrome [estado] de abstinência

F17.4 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - síndrome de abstinência com delirium

F17.5 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - transtorno psicótico

F17.6 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - síndrome amnésica

F17.7 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - transtorno psicótico residual ou de instalação tardia

F17.8 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - outros transtornos mentais ou comportamentais

F17.9 Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - transtorno mental ou comportamental não especificado

Portanto, qualquer alegação de que o *Pacto Internacional dos Direitos Humanos, Sociais e Culturais* não pode ser cumprido em relação ao tabagismo, por se tratar de uma norma penal em branco *em sentido estrito*⁹³, cai por terra com a publicação da Portaria nº 1.311/97, não havendo, destarte, como não se cumprir o tratado internacional.

Tornando-se lei em nosso solo, o *Pacto* deve ser cumprido, pois não se trata mais de uma mera recomendação (*opinio iuris*), mas de texto legal recepcionado⁹⁴ de cumprimento obrigatório.

E para aqueles que ainda resistem em ver o tabagismo como um ato doentio, entra em vigor, em 27 de fevereiro de 2005, a Convenção Quadro para Controle do Tabaco - CQCT, primeiro Tratado Internacional de Saúde Pública específico para a doença, assinado por 168 países, e ratificado, até a segunda edição deste livro, por 142 dos assinantes.⁹⁵

Dentre inúmeras disposições relacionadas ao preço do produto, impostos, exposição à fumaça, regulamentação do conteúdo e da divulgação das informações, embalagem e etiquetagem, educação, comunicação e conscientização do público, publicidade, promoção e patrocínio, comércio ilícito, venda a menores e apoio a atividades alternativas economicamente viáveis, duas mereceram atenção especial, com prazo determinado para a adoção e a implementação, a partir da entrada em vigor, consoante o quadro que segue:

Dispositivo legal da CQCT	Prazo final para adoção e implementação	Determinação
Art. 11, (b), (iv)	27/02/2008 (3 anos)	Ocupação de 50% ou mais da principal superfície exposta, e no mínimo 30% das demais das carteiras ou pacotes de produtos de tabaco.

⁹³ Vide nota 81 acima.

⁹⁴ Termo utilizado por José Francisco Rezek para indigitar a incorporação (entrada em vigor) de norma internacional no ordenamento jurídico interno dos Estados soberanos. (REZEK, José Francisco, *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, p. 78.)

⁹⁵ A íntegra da Convenção Quadro para Controle do Tabaco pode ser lida em: < <http://www.amata.ws/cqct.pdf>>, ou em < <http://fctc.org/currentdocs/FCTC-Portuguese-unofficial.pdf>>.

Art. 13, 4, (e)	27/02/2010 (5 anos)	proibição total ou, se a Parte não puder impor a proibição total em razão de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais, à restrição da publicidade, da promoção e do patrocínio do tabaco no rádio, televisão, meios impressos e, quando aplicável, em outros meios, como a Internet.
-----------------	-------------------------------	--

Referidos prazos foram previstos apenas para os primeiros quarenta países que ratificaram a CQCT:

Artigo 36

Entrada em vigor

1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após a data da entrega ao Depositário do quadragésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação, confirmação oficial ou adesão.

Para os países que ratificaram a CQCT após a entrada desta em vigor, a exemplo do Brasil, 100^a nação a entregar o instrumento de ratificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas, Depositário da Convenção nos termos do art. 37 do tratado, em 05/11/2005, os prazos em comento estendem-se para 05/02/2009 (novas regras para as embalagens) e 05/02/2011 (proibição total da publicidade, promoção e patrocínio do tabaco), por força da seguinte disposição:

Artigo 36

Entrada em vigor

(...)

2. Para cada Estado que ratifique, aceite, aprove ou adira à Convenção, após terem sido reunidas as condições para a entrada em vigor da Convenção descritas no parágrafo 1º acima, a Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após a data de entrega ao Depositário do instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

É possível que o lobby da indústria do fumo venha a alegar, para evitar a proibição total da publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, que o próprio artigo da norma internacional estabelece ressalvas quanto à eventual existência de restrição em razão das Constituições das partes ratificantes:

Artigo 13

Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco

(...)

2. Cada Parte, **em conformidade com sua Constituição ou seus princípios constitucionais**, procederá a proibição total de toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essa proibição compreenderá, em conformidade com o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, uma proibição total da publicidade, da promoção e dos patrocínios além-fronteira, originados em seu território. Nesse sentido, cada Parte adotará, em um prazo de cinco anos a partir da entrada em vigor da presente Convenção para essa Parte, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas apropriadas e informará sobre as mesmas, em conformidade com o Artigo 21. (destacado)

A Constituição brasileira, contudo, não permite nem proíbe expressamente o comércio do tabaco, nem regulamenta a sua publicidade, deixando a regulamentação apenas de restrições da publicidade à lei ordinária (art. 220, II cc § 4º, supra transcrito, da CF).

Portanto, não havendo permissão expressa na Constituição Federal, não pode norma infraconstitucional barrar o cumprimento e a execução de Tratado Internacional multilateral, ratificado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

Caso contrário, chegaríamos ao esdrúxulo raciocínio de que seria melhor não existir a lei ordinária regulamentadora da publicidade do tabaco, no caso brasileiro, Lei nº 9.294/96, a fim de não existir óbice à execução da Convenção ratificada, vigente, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro.

Em todo caso, o art. 13 acima transcrito determina inclusive a adoção pelo Estado brasileiro de medidas *legislativas* para o cumprimento da proibição total da publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, o que fulmina qualquer argumento contrário à não efetivação da determinação.

A CQCT é, assim, mais uma prova incontestada de que cigarro é um produto danoso à saúde e que as tabaqueiras enganaram os consumidores em relação ao seu produto.

E a responsabilidade do Estado brasileiro pela inércia na regulamentação da nicotina como substância psicotrópica, o que impede a responsabilidade penal da indústria do tabaco acima analisada, já era objeto de comentário por Lúcio Delfino, em razão da antiga Lei de Entorpecentes:

“O que ainda não se tem conhecimento no país é de ação promovida por fumante instrumentalizada para se questionar a responsabilidade do Estado pelos danos sofridos em razão do consumo de tabaco.

Ora, é ele, o Estado, quem permite a comercialização de produtos que matam, nada menos, que a metade de seus consumidores diretos, acarretando, inclusive, prejuízos altíssimos aos cofres públicos. É ele ainda quem autoriza a venda de uma substância incrivelmente *viciante*, um psicotrópico denominado nicotina. Embora “tape os olhos” ao não reconhecer essa substância como droga – ilação que se tira da análise da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 22, de 15.02.2001 -, é sabedor de que ela provoca dependência física, tanto que obrigou as empresas fumígenas a inserir em seus maços diversas advertências, dentre elas uma alertando que a nicotina é droga e causa dependência. E, no Brasil, em razão de disposição legal expressa, não se pode comercializar produtos que acarretem a dependência física ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar (art. 12 da Lei 6.368/76).”⁹⁶

Infelizmente, o lobby da indústria do tabaco trabalhou com afinco no Congresso Nacional, sob a desatenção dos representantes da Saúde Pública, para trocar “produtos que acarretem a dependência física ou psíquica”, do citado art. 12 da lei 6.368/76, por “droga, especificada em lei ou relacionada em listas do Poder Executivo”, nos termos da Lei nº 11.343/06, que substituiu aquela:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União

Ao não regulamentar a característica de droga da nicotina, já confessadas pela própria indústria, inclusive permitindo a sua publicidade, compromete-se o Estado brasileiro, no atual estado de direito, por descumprir uma das razões do seu fundamento (*dignidade da pessoa humana*, art. 1º, III, da CF), responsabilizando-se, salvo melhor juízo, a indenizar no mínimo os gastos com medicamentos no tratamento das doenças relacionadas com o produto.⁹⁷

⁹⁶ *Op. Cit.* (artigo), p. 185.

⁹⁷ Apenas por meio de mandado de segurança coletivo impetrado pela organização não-governamental Núcleo de Apoio ao Paciente com Câncer – NAPACAN, no Estado de São Paulo, que defende os direitos desses pacientes, foi obtida decisão judicial que reconhece a possibilidade de dedução dos gastos com remédios e medicamentos nas declarações de Imposto de Renda das pessoas físicas. (decisão disponível no sítio eletrônico do Grupo de Incentivo à Vida: < <http://www.giv.org.br/noticias/noticia.php?codigo=414>>. Visitado em 31.01.2006)

Em outras palavras, tanto o Congresso Nacional, competente para elaborar leis, quanto o Executivo, com relação às listas de drogas, são os responsáveis pela *feita* da exploração da nicotina em nosso país, e conseqüente adoecimento dos consumidores.

Para os que citam a legalidade do tabaco em outros países, excetuado o Butão, imperioso lembrar que o Ex-Presidente Bill Clinton, que comemorou o Acordo Judicial que levou a indústria do tabaco norte-americana a indenizar os Estados americanos, em 1997⁹⁸, lamentou pouco após não poder tomar medidas mais severas contra essa indústria, ante a contrapartida, no acordo judicial, do governo americano não tomar outras medidas contra aquela indústria durante os 25 anos de vigência do ajuste; ou seja, até 2.022.

Esse péssimo acordo judicial a nosso ver - embora não havendo estatisticamente à época a mesma certeza sobre os malefícios do tabaco como nos dias atuais, o que eventualmente pode permitir em tese a revisão do acordo se assim permitir a legislação americana - serve de inibidor a outros países, como o Brasil, cujos governantes, sob a sombra da política governamental norte-americana, não têm coragem de tomar atitudes políticas mais efetivas em relação à questão, como inclusive a proibição do cigarro manifestada pelo Ex-Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos⁹⁹; e desejada por muitos, em especial familiares dos adictos e dos falecidos por doenças relacionados ao produto.

Com efeito, não tendo o Brasil se comprometido a ficar 25 anos sem tomar atitudes mais severas contra a indústria do fumo, diversamente dos EUA a partir de 1997, nem sendo ressarcido por US\$ 10 bilhões anuais pelos gastos com a saúde pública, pagos além dos impostos também altíssimos naquele país, o não reconhecimento da responsabilidade dos fornecedores pelo Judiciário reforça a responsabilidade da União Federal acima citada.

Por fim também é estranho, tendo em vista a menor e a maior companhia de cigarros do mundo confessado que cigarro causa dependência, e a indústria do tabaco fazendo o mesmo tacitamente ao celebrar o acordo da maior indenização da história perante o judiciário norte-americano, que o governo brasileiro não tenha tomado nenhuma medida jurídica contra essa indústria.

Dos sete Estados brasileiros que entraram com ações de indenização contra as empresas de tabaco americanas na Justiça dos Estados Unidos, somente a ação do estado de São Paulo ainda tramitava no final de 2002. As ações do Rio

⁹⁸ Indigitado no Item "1.3" supra.

⁹⁹ Vide item "1.3", *in fine*.

de Janeiro (proposta pelo então governador Antony Garotinho), Espírito Santo, Tocantins, Goiás, Mato Grosso do Sul e Piauí haviam sido extintas.¹⁰⁰

¹⁰⁰ CHRISTOVÃO, Daniela, São Paulo continua brigando por indenização de indústria de tabaco, Valor Econômico, Legislação & Tributos, São Paulo, 12.02.2003, p. E-1, apud Boletim do Centro de Estudos do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, 27 (1): 7-27, jan/fev 2003

Capítulo III

ASPECTOS DAS AÇÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AO TABACO

3.1. Por que no Brasil as Ações Judiciais Envolvendo o Tabagismo estão sendo Julgadas Improcedentes?

A tabaqueira brasileira Souza Cruz mantém atualizado para a imprensa um quadro do resultado das ações individuais relacionadas ao tabaco, certamente enquanto este lhe for favorável.

Desse quadro, segundo nosso levantamento não atualizado após a segunda edição deste livro, necessário informar que grande parte se deu em virtude do reconhecimento da prescrição, ou ocorreu sem julgamento do mérito, e, *lamentavelmente*, em apenas aproximadamente 7% das ações houve a inversão do ônus da causa, positivada pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Os principais fundamentos jurídicos para a improcedência das ações individuais indenizatórias tabagistas continuam sendo: a prescrição, e, supostamente, a licitude da produção e comercialização do tabaco, a ausência do nexo de causalidade entre o produto e a doença ou morte, e a culpa exclusiva do consumidor do produto, além da ausência de prova do consumo de marcas do mesmo fabricante.

Fundamental, entretanto, antes de passarmos para a análise dessas questões jurídicas, analisarmos outras possíveis razões para que, no presente momento, as decisões judiciais improcedentes prevaleçam sobre as procedentes, estas últimas em atual grau de recurso, tendo em vista os amplos recursos destinados pela

indústria do tabaco aos maiores escritórios advocatícios do país para barrar essas ações.

Com efeito, fica uma pergunta no ar: por que a Justiça brasileira não cumpre o Código de Defesa do Consumidor, considerando a doença e a morte como um risco razoavelmente esperado, nos termos do seu art. 12, § 1º, inciso II, e descumprindo o § 3º, que indica as únicas defesas possíveis?

Também pode haver razões políticas, ou político-administrativas.

Sem nos acharmos donos da verdade, mas buscando explicações em face dos fundamentos das sentenças improcedentes, grande parcela do Poder Judiciário parece julgar que a competência para reconhecer se a doença e a morte são legitimamente esperadas é dos Poderes Executivo ou Legislativo, que deveriam proibir o produto, mas não o fazem.

A questão de transferir a responsabilidade de um problema, ou não assumir uma competência, é histórica, e sua análise daria azo a preencher um novo ou outros volumes.

Mas o próprio Judiciário não é reconhecido por muitos como um Poder propriamente dito¹⁰¹, por não emanar diretamente do povo, como prescrito pela Constituição Federal, sendo que apenas os membros de sua alta cúpula são indicados e chancelados indiretamente pelos outros dois Poderes:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; (destacamos)

Dessa forma, não há como a sociedade cobrar os representantes do Poder Judiciário, como o faz em relação aos representantes dos Poderes Executivo e

¹⁰¹ Valcir Gassen, pós-doutorado em Direito pela Universidade de Alicante, defende abertamente esse ponto de vista em palestras sobre *hermenêutica jurídica* pelo Brasil.

Legislativo, através do voto, levando em consideração as ideias e ideais dos candidatos.

Não queremos dizer que a solução esteja em eleições democráticas para o Poder Judiciário, como ocorrem em 39 dos 50 estados norte-americanos, pois o problema das contribuições irregulares de campanhas também ocorre por lá¹⁰², mas que não há meios de se *cobrar* moralmente as decisões da Justiça.

Poder legítimo ou não, o fato é que muitas das decisões da Justiça são baseadas, também, em aspectos político-administrativos.

Aos magistrados cabe, além da atividade jurisdicional, a fiscalização da atividade administrativa cartorária do juízo sob sua competência, de acordo com o regimento interno a que está subordinado.

Não é difícil imaginar o que aconteceria no dia seguinte a uma sentença definitiva condenatória relacionada ao tabagismo. Milhares de ações seriam protocoladas nos tribunais do país.

Há que se levar em conta que a fixação do valor da condenação, bem como a sua execução, levariam a outros processos, de liquidação e de execução, e os magistrados sabem muito bem o trabalho que isso resultaria.

O fato de se conceder uma indenização em razão de um vício poderia levar, de outro lado, ao efeito colateral de futuros consumidores usufruírem das drogas lícitas com a predisposição de obter ressarcimentos indenizatórios posteriores; *embora essa questão não diga respeito e nem seja da competência do Poder Judiciário.*

Pagam o preço, dessa forma, os que se lançam nessa verdadeira *aventura jurídica* de buscar o ideal de Justiça.

Infelizmente também o brasileiro não possui a mesma consciência dos cidadãos canadenses, americanos e europeus em relação aos seus direitos como consumidor, e a quantidade de associações e de consumidores brasileiros que entram em Juízo contra a indústria do fumo é muito pequena, como comenta Lúcio Delfino:

“Nos EUA, para se ter uma ideia, as primeiras demandas contra as indústrias de cigarros surgiram em 1954. Até 1992 foram abertos 813 processos contra essas empresas, sendo que dos 23 que chegaram a julgamento, só dois deles foram favoráveis, em primeira instância, aos fumantes e, ainda assim, acabaram reformados nos tribunais superiores. Essa situação apenas sofreu uma reviravolta em junho de 1997. Atormentadas por

102 Vide artigo “O Problema da Eleição de Juizes nos EUA”, do Universo Jurídico, em: <http://www.amata.ws/2011-05-03.mht>.

ações, não mais de indivíduos, mas de estados americanos que tentavam recuperar o dinheiro gasto pelo sistema de saúde para tratar fumantes, as indústrias concordaram em pagar a maior indenização da história: US\$ 246 bilhões durante 25 anos. Em troca, os 50 Estados americanos desistiram dos processos que moviam por fraude contra a saúde pública.

Num tempo não muito remoto, falar-se em responsabilizar as indústrias do tabaco no Brasil, em razão dos danos que seus produtos causam à saúde dos fumantes e não fumantes, representaria tese impossível juridicamente. Todavia, a sociedade transmutou-se; o Direito, que a ela serve, outrossim, inovou-se. O Código de Defesa do Consumidor é exemplo vivo dessa assertiva.

Os problemas relacionados ao tema existem. O ordenamento jurídico, por sua vez, possui instrumentos para solucioná-los de maneira justa e coerente com a nossa atual realidade. Só espero que, ao contrário do ocorrido nos EUA, a nossa jurisprudência não necessite de 40 (quarenta) anos para aperfeiçoar-se.”¹⁰³

A morosidade da Justiça, a corrupção¹⁰⁴, os salários relativamente baixos em relação a outros setores da economia ou da sociedade, etc., são também fatores que levam, na prática, a que o Poder Judiciário *lave as mãos* ou coloque *panos quentes* em relação ao andamento de processos indenizatórios individuais relacionados ao tabagismo, procrastinando decisões definitivas ainda principiantes nos Tribunais Superiores apesar dos mais de vinte anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor; um prato cheio para a Indústria do Tabaco, que investe fortemente na salvaguarda de continuar a sua exploração da nicotina no país através de grandes escritórios de advocacia, cuja moral não é cobrada pela sociedade.

Sem recursos para financiar honorários advocatícios, consumidores ou familiares de consumidores lesados não conseguem levar essas causas adiantes, embora, em tese, o direito do consumidor, por se tratar de matéria de ordem pública, nos termos do art. 1º do CDC, poderia ter as decisões judiciais contrárias revistas em qualquer grau de jurisdição, como já se manifestou a doutrina:

“As normas do CDC são de ordem pública e interesse social (art.1º). Isto quer dizer, do ponto de vista prático, que o juiz deve apreciar *ex officio* qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. O tribunal pode, inclusive, decidir contra o único

¹⁰³ *Op. Cit.* (artigo), p. 195/197.

¹⁰⁴ Como exemplos: Nicolau dos Santos Neves, João Carlos da Rocha Matos, etc.

recorrente, reformando a decisão recorrida para pior, ocorrendo assim o que denominamos de reformatio in pejus permitida, já que se trata de matéria de ordem pública a cujo respeito a lei não exige iniciativa da parte, mas, ao contrário, determina que o juiz examine de ofício.”¹⁰⁵

Num país com três instâncias, ou quatro se assim a considerarmos o Supremo Tribunal Federal, diversamente de outros países de primeiro mundo que possuem apenas duas, como, por exemplo, nos Estados Unidos, na França e na Alemanha, muito magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, *permissa* vênia, não tem *coragem* para aplicar a lei de forma favorável ao consumidor.¹⁰⁶

Considerando-se a morosidade e o alto custo da Justiça, quem se habilita a custear um advogado por um processo que levará uma ou mais décadas, ou qual operador do direito bancará uma ação dessa monta?

Ainda mais no Poder Judiciário de um país onde um desembargador grafa o seguinte comentário num acórdão:

“*O cigarro é um cilindro de papel, com uma brasa na ponta e um imbecil na outra*”.¹⁰⁷

Sob esses aspectos, se faz ainda mais oportuno que o *mérito* dessas ações seja rapidamente decidido pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça, instância máxima para julgar aspectos legais das relações de consumo, ou do Supremo Tribunal Federal quando houver contrariedade a dispositivo constitucional, a fim de se saber quem é o culpado por tantas doenças ou mortes.

E para encerrar essas questões não jurídicas, que muito prejudicam um fim favorável à saúde pública das decisões judiciais, há que ser considerada a

¹⁰⁵ NERY JÚNIOR, Nelson, em Revista do Consumidor, nº 3, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, set/dez-1992, p. 51/52, *apud* CARVALHO NETO, Frederico da Costa, *Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, p. 123/124.

¹⁰⁶ Pedimos licença para citar que em uma representação de nossa autoria ao Ministério Público Federal contra o polêmico *Projeto Justiça Sem Papel*, que aceitava patrocínio da Souza Cruz como prêmio para projetos de informatização do Poder Judiciário, acolhida pelo Tribunal Regional do Distrito Federal, foi inexplicavelmente julgado legal, sem qualquer fundamento em lei, exceto por um *protocolo de intensões* de ajuda mútua dos três Poderes da República, pela Primeira Instância da Justiça Federal, e mesmo pelo Tribunal de Contas. Maiores informações podem ser obtidas em artigo acessável em: <http://www.amata.ws/internas/atuacao/artigo.htm>.

¹⁰⁷ “Em um dos acórdãos, chegou-se a verificar comentário de desembargador que, com galhofa, fez grafar o seguinte: “*O cigarro é um cilindro de papel, com uma brasa na ponta e um imbecil na outra*”, resultando na clara convicção de que a culpa mesmo pelo uso do tabaco e a submissão as suas consequências danosas é do próprio fumante, ignorando completamente todo e qualquer estudo científico e jurídico sobre a matéria” (RIBEIRO, Wesley Carlos, e JULIO, Renata Siqueira. Responsabilidade Civil e Tabagismo: uma Análise das Decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Revista Síntese – Direito Civil e Processual Civil*, IOB, V. 11, nº 68, nov/dez 2010, p. 138)

ramificação social da indústria do tabaco, ou o que podemos chamar de abuso generalizado da exploração do tabaco pela sociedade.

Com efeito, além da diversificação da produção do fumo em uma grande quantidade de pequenos agricultores, evitando os riscos de poucos latifúndios¹⁰⁸, a indústria do tabaco também se utilizou nos últimos tempos de técnicas nas bolsas de valores a fim de que suas ações, ou seja, seu capital social, diversificassem-se num grande número de pequenos acionistas.¹⁰⁹

Além disso, personalidades dos mais diversos segmentos da sociedade trabalham, participam ou pactuam com naturalidade com a indústria do fumo. Como exemplo, de um lado, um Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, em menos de um ano de sua aposentadoria da Corte, atende à solicitação de um parecer¹¹⁰ visivelmente direcionado de uma tabaqueira brasileira; e um Ex-Ministro das Relações Exteriores constava até pouco tempo da relação do Conselho Administrativo no site dessa mesma tabaqueira, até que toda a lista foi retirada do ar. Na outra ponta, comerciantes do ramo alimentício recebem recursos para reformas ou expansão de seus estabelecimentos com a contrapartida de, em determinado período de tempo, exibirem as propagandas do tabaco em ambientes internos, até o momento permitidas nos locais de venda.¹¹¹

Sites jurídicos, notoriamente, noticiam de forma tendenciosa decisões judiciais relacionadas ao tabagismo favoráveis à indústria do fumo, sem dar a mesma ênfase a decisões ou matérias jurídicas contrárias¹¹²; e alguns veículos de comunicação¹¹³ ainda aceitam propaganda institucional de tabaqueira como se a empresa não tivesse qualquer relação com o produto que fabricam com exclusividade.

Ou seja, como já disse Mário Albanese: *a atividade criminosa viciou o sentimento social*.¹¹⁴

Esses exemplos não seriam dignos de consideração se a atividade da exploração do tabaco não estivesse relacionada, no Brasil, com cerca de 200 mil mortes por ano, ou, mais efetivamente, com 27 mil das quase 30 mil mortes de

¹⁰⁸ Mencionada no item “1.4”, *in fine*.

¹⁰⁹ Vide texto da nota nº 50.

¹¹⁰ Citado no item “3.5.1”.

¹¹¹ Isso para citar apenas exemplos concretos de nosso conhecimento.

¹¹² Como exemplo: *Conjur*.

¹¹³ Como exemplo: *CBN*.

¹¹⁴ A íntegra do artigo pode ser lida em: <<http://www.amata.ws/internas/artigos.htm>>.

câncer de pulmão por ano no Brasil¹¹⁵, cujas estatísticas do Ministério da Saúde são consideradas pela indústria do tabaco ao menos para a fundamentação dos quesitos de solicitação de seus pareceres.

Na sequência, são colacionados os principais fundamentos jurídicos até agora abordadas pelos Tribunais pátrios nos julgamentos dos pedidos indenizatórios em face de danos provocados pelo tabaco, que passamos a analisar segundo a ótica examinada no capítulo anterior, com ênfase no principal fundamento das decisões mais recentes: a suposta ausência do nexo de causalidade direto e imediato entre o produto e a doença ou morte.

3.2. Prescrição

A jurisprudência já vinha se inclinando em excluir a regra geral do Código Civil, admitindo apenas o prazo prescricional especial de 5 (cinco) anos do Código de Defesa do Consumidor (art. 27), a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, como se observa dos seguintes arestos:

“CONSUMIDOR - REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO - DANO MORAL E ESTÉTICO - TABAGISMO - PRESCRIÇÃO - CINCO ANOS - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - INÍCIO DA CONTAGEM - CONHECIMENTO DO DANO E DA AUTORIA - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7 - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI SUPOSTAMENTE VIOLADO - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF - DIVERGÊNCIA NÃO-CONFIGURADA.

- A ação de reparação por fato do produto prescreve em cinco anos (CDC; Art. 27).
- O prazo prescricional da ação não está sujeito ao arbítrio das partes. A cada ação corresponde uma prescrição, fixada em lei.
- A prescrição definida no Art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do Art. 177 do CC/16. Não houve revogação, simplesmente, a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, Art. 2º, § 2º).
- A prescrição da ação de reparação por fato do produto é contada do conhecimento do dano e da autoria, nada importa a renovação da lesão no tempo, pois, ainda que a lesão seja contínua, a fluência da prescrição já se iniciou com o conhecimento do dano e da autoria.” (STJ – 3ª T. – Resp. nº 304724 – Rel. Mi. Humberto Gomes de Barros – j. 24.05.2005)

¹¹⁵ Olhar direto, “Câncer de pulmão: quase 30 mil brasileiros terão a doença”. Visto em: <http://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?edt=34&id=170076>. Acessado em 08/04/2011.

“RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de consumidor contra fabricante de cigarros, pretendendo indenizar-se por males decorrentes do tabagismo - Prescrição alegada, com base no artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor, que se acolhe, não tendo aplicação a norma do artigo 177, do Código Civil - A responsabilidade civil, cujo nexo de causalidade esteja em relação de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor se resolve, não podendo ser aplicada a lei geral onde existe lei especial disposta sobre a relação jurídica interessante - Agravo da ré provido, afastadas temáticas de não conhecimento, para extinguir o processo ante o reconhecimento da prescrição, que fora afastada no saneador.” (TJSP - 9ª Câmara de Direito Privado - AI nº 203.341-4 – Rel. Marco César – j. 07.08.01 - M.V.)¹¹⁶

Sem embargo do respeito à supremacia da segurança jurídica em relação aos direitos individuais, a justificar o instituto da *prescrição*, parece-nos que a prescrição segundo a lei geral civil não é ainda de todo indefensável, tendo em vista o voto divergente do Agravo de Instrumento da última ementa supra transcrita (M. V., de maioria de votos).¹¹⁷

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, revertendo decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que concluíra possível incidir o prazo de prescrição de vinte anos estabelecido no Código Civil de 1916, confirmou o prazo prescricional especial de 5 (cinco) anos do Código de Defesa do Consumidor, em junho de 2009, ao decidir o Recurso Especial nº 1.036.230.

A 2ª Seção do mesmo Superior Tribunal de Justiça, em 10 de março de 2010, confirmou esse entendimento no Recurso Especial nº 489895.

A decisão exclui a reparação de danos ocorridos anteriormente aos preceitos da lei consumerista. É como se não existisse lei para as relações de consumo antes do Código de Defesa do Consumidor.

Como prejuízo ao lesado por perder o prazo da lei consumerista, já bastaria o fato de não se poder contar com a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova na ação indenizatória sob a égide do CDC, por si só bastante significativo e prejudicial.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes analisa com esmero e clareza essa questão:

“É preciso lembrar o fato de que a Lei nº 8.078/90, ao fixar o prazo prescricional de 5 anos para o consumidor pleitear indenização pelos danos sofridos, em função de acidente de consumo, reduziu o prazo existente na lei civil, que era de 20 anos (Lembre-

¹¹⁶ Ainda no mesmo sentido: TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - AI nº 104.923-4 – Rel. Marco César – J. 25.03.1999 - v.u.)

¹¹⁷ Não disponível na Internet.

se que a Súmula foi editada sob a égide do Código Civil de 1916. Por isso fala em 20 anos).

Essa redução, no entanto, é coerente com o conjunto de responsabilidades e obrigações estabelecidas no subsistema legal. Se, de um lado, a redução do prazo prescricional implica aparentemente redução de garantia – isto é, menor tempo –, de outro, é de se ver que o fornecedor passou a assumir maiores custos para administração de suas obrigações, além do elemento mais importante: é civilmente responsável de forma objetiva.

As novas obrigações, e especialmente a responsabilidade objetiva em conjunto com o menor prazo, formam um sistema coerente de direitos, obrigações e exercício de direitos. De modo que não há qualquer prejuízo ao consumidor como poderia parecer.

Aliás, 5 anos não é um tempo desprezível para que o consumidor tome as providências que entender necessárias.

Mas, há um outro aspecto a ser considerado. É o relacionado exatamente àquele outro prazo do direito civil. Será que ele não se aplica de maneira alguma?

Antes da vigência do Código Civil de 2002, havia duas posições defensáveis possíveis.

De acordo com a primeira, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor regulou a matéria, aplicava-se simplesmente ele, e o prazo então seria sempre de 5 anos (esta, aliás, remanesce, como ser verá).

Já a segunda dizia: como o Código Civil não foi revogado pelo CDC – como de fato não foi mesmo – ele também se aplicava, pois protegia mais o consumidor.

Pensamos que essa última posição já nem era muito bem defensável, posto que estava – como está – plenamente justificado e logicamente articulado o menor prazo do subsistema do CDC, que estabelece responsabilidade integral e objetiva do fornecedor, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova. A saída, que parte da doutrina recomendava, era a de considerar o prazo maior do Código Civil, mas com as seguintes peculiaridades: no prazo de 5 anos, o consumidor exerceria seu direito de ação com base na responsabilidade civil objetiva do fornecedor; passados os 5 anos, o consumidor continuaria podendo fazer o pleito judicial – até o prazo final de 20 anos –, mas nesse caso teria de fundar a ação na culpa do fornecedor.

Essa posição ficaria, por exemplo, compatível com a Súmula 194 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe ser de 20 anos o prazo prescricional “para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra” (Código Civil de 1916: “Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes e, entre ausente em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas”. O novo Código Civil reduziu consideravelmente os prazos, regulando a matéria nos arts. 205 e s.). Interpretar-se-ia a Súmula, portanto, desse modo: nos primeiros 5 anos o fundamento da demanda seria a responsabilidade objetiva. Dali para frente até 20 anos, o fundamento seria a culpa.

Isso seria, inclusive, similar a outra situação existente no Sistema Jurídico Nacional. É a do prazo prescricional para cobrança de cheques. Pela Lei nº 7.357/85, o prazo para propor ação de execução do cheque é de 6 meses (art. 59, *caput*). Passado esse prazo, o

credor tem 2 anos para propor ação de enriquecimento ilícito (art. 61). Mas superado esse outro prazo, ele ainda pode ingressar com ação para fazer a cobrança pelo tempo comum de 10 anos (CC, art. 177).

Acontece que, atualmente, todo esse esforço interpretativo já não tem razão de ser – pelo menos na questão do ressarcimento pelo dano civil – pois o novo Código Civil reduziu para 3 anos a pretensão para a reparação civil (art. 206, § 3º, V), de modo que vale simplesmente – isto é, continua valendo – o prazo de 5 anos previsto no CDC.”¹¹⁸

Pedimos licença para lamentar essa atitude do Poder Judiciário em relação a doenças, como o câncer.

Com efeito, a prescrição surgiu para evitar que *rixas* do passado fossem reabertas futuramente, muitas vezes por força de outras motivações.

É de todo lamentável, contudo, que num caso onde o dano se prolongue durante o tempo, ou pior, *se agrave*, como nos tristes casos de câncer, a tutela estatal da Justiça seja barrada pela prescrição, podendo e devendo essa questão ser melhor analisada pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça.

3.3. A Atual Legalidade do Tabaco Não Exclui a Responsabilidade Civil Objetiva

Os mais recentes julgados que desacolhem ações indenizatórias decorrentes do fato do produto do tabaco o fazem em razão deste não ser ilícito, ou porque num regular exercício de suposto direito de produção e comercialização de cigarros, como se observa das seguintes primeiras ementas:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. MORTE DO FUMANTE. CÂNCER. INDUSTRIALIZAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS. LICITUDE DA ATIVIDADE. CONTROLE ESTATAL DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO. DROGA LÍCITA.

Não constituindo uma prática ilegal a produção e comercialização de cigarros, e sendo atividade permanentemente controlada pelo Estado, não só na industrialização como na comercialização do fumo, inobstante os sabidos malefícios à saúde que o fumo traduz, que já eram de conhecimento do público consumidor desde os primórdios da atividade, não se colore de ilegal a prática, descabendo responsabilizar-se a indústria por doenças eventualmente desenvolvidas pelo hábito de fumar (tabagismo). Hipótese em comento em que eventual responsabilidade da fabricante se afere sob a ótica da Teoria da

¹¹⁸ *Op. Cit.*, p. 406/407.

Responsabilidade Subjetiva.” (TJRS – 10ª C. – Ap. nº 70011866910 – Rel. Paulo Antônio Kretzmann – j. 29.09.2005)

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE E DE NEXO CAUSAL ENTRE A ATIVIDADE COMERCIAL E A CONDUTA DA DEMANDADA E O USO DE CIGARROS PELO DEMANDANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DA DEMANDADA, *IN CASU*, NÃO CARACTERIZADA.

Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, porque não oportunizada a produção de prova oral, rejeitada, diante da sua desnecessidade ao deslinde da questão posta nos autos. Hipótese de julgamento antecipado da lide – arts. 130 e 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Não configurada a ilicitude da atividade da demandada, porque no exercício do direito de produção e comercialização de cigarros. Circunstância que afasta a ocorrência de responsabilidade civil daquela. Ausência de nexo causal entre a conduta da demandada e o uso de cigarros pelo demandante.

Sentença mantida.” (TJRS – 10ª C – Ap. nº 70009745944 – Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana – j. 31.05.2005)¹¹⁹

Para reforçar a tese de que a licitude do tabaco em nada prejudica a responsabilidade civil, posto que a lei civil não exige que o ato seja ilegal para ser ilícito, vale transcrever a brilhante lição do Magistrado paulista Guilherme Ferreira da Cruz, Especialista em Direito do Consumidor:

“3. Liberdade do fornecedor x necessidade do consumidor

(...)

Assim, a regra básica será a da escolha com possibilidade de aquisição: a pessoa quer algo, tem dinheiro ou crédito para adquiri-lo, então é livre para fazê-lo.

Contudo, haverá casos em que, justamente por não poder escolher, a ação da pessoa não será livre. E nessa hipótese a solução tem de ser outra. Estamos nos referindo à necessidade. O conceito é clássico: liberdade é o oposto de necessidade. Nesta não se pode ser livre: ninguém tem ação livre para não comer, não beber, para voar, etc. Aplicado o conceito à realidade social, o que se tem é o fato de que o objetivo constitucional da construção de uma sociedade livre significa que sempre que a situação real for de necessidade o Estado pode e deve intervir para garantir a dignidade humana.

¹¹⁹ Nesses mesmos sentidos: TJRS – 3ª G.C – EI nº 70011106655 – Rel. Léo Lima – 01.07.2005; TJSC – 1ª C. – Ap. nº 2002.012964-5 – Rel. Salete Silva Sommariva – j. 09.11.2004; TJPR – 9ª C – Edcl. nº 166633301 - Rel. Cunha Ribas - j. 19.05.2005; TJRJ - 8ª C. - Ap. nº 34198/2004 - Rela. Helena Bekhor - j. 15.05.2005; TJES - 2ª C. - Ap. nº 024.04.901034-1 – Rel. Antônio Carlos Antolini - j. 26.04.2005; TJRN - 1ª C. - Ap. nº 2003.002496-0 – Rel. Cícero Martins de Macedo Filho – j. 13.02.2004.

No atinente ao fornecedor, a liberdade constitucional encontra sua representação concreta no dispositivo que assegura *a todos* o livre exercício de *qualquer* atividade econômica (CF, art. 170, parágrafo único).

A opção é, pois, do fornecedor.

Mas saliente-se: a mesma liberdade que assegura ao agente empreendedor (fornecedor) a iniciativa de explorar o mercado, inexoravelmente o vincula aos riscos e aos percalços dessa empreitada, e de maneira exclusiva.

Ou, em outras palavras, o exercício dessa prerrogativa relega ao fornecedor todos os riscos da atividade economicamente lucrativa explorada no mercado, inviabilizando qualquer tentativa de transferência desse ônus, inclusive mediante contrato expresso (CDC, art. 51, I, III e XV, c.c. seu § 1º, I, II e III).

Trata-se da teoria do risco integral (também chamada de *teoria do risco do negócio* ou *teoria do risco da atividade*).

Básico o fundamento: sem repartição adequada dos lucros (quase sempre exagerados), não é possível divisão dos riscos. É essa a viga mestra da responsabilidade independente da existência de culpa firmada na Lei nº 8.078/90.

(...)

6.1 Atividade lícita

Em nada altera o deslinde da *quaestio* a licitude da atividade.

A prevalecer tal raciocínio simplista, todas as conseqüências ilícitas de atos, *a priori* lícitos, estariam imunes às regras da responsabilidade civil, o que é técnica e juridicamente inaceitável.

Tome-se o exemplo do cidadão intoxicado após comer um salgadinho (coxinha) adquirido numa cantina de determinada rodoviária. Vender salgadinhos também é atividade lícita, mas certamente ninguém sustentaria na espécie ausência do dever de indenizar.

E a indústria farmacêutica? Será possível acreditar e defender a irresponsabilidade pelos danos causados por um remédio à população? Ora, não é simples como querem as companhias de tabaco? Vender remédios também é lícito.

Por que com o cigarro é diferente?

Ilusório o argumento.

Se o exercício da sua atividade lícita compromete algum direito da população, isto somente interessa às companhias de tabaco diante da teoria do risco integral (*supra*, item 3), sobretudo se violada uma das vigas mestras da dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º, III, c.c. 6º, *caput*): v.g., saúde.

De fato, a responsabilidade em razão do risco está definitivamente consagrada e incorporada no Direito Brasileiro, *in casu*, com especial destaque para o art. 12º, e seus §§, da Lei nº 8.078/90:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou

*acondicionamento de seus produtos, bem como por **informações insuficientes ou inadequadas sobre** sua utilização e riscos (g.n.)*

Mas se alguma dúvida ainda remanescer, basta se voltarem os olhos (estancada a miopia) para o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), diploma legislativo antenado com a evolução do direito e que, por certo, regerá toda a atividade da ré, mormente porque a Lei nº 8.078/90 não exclui a incidência da legislação interna ordinária (CDC, art. 7º, *caput*) visando à melhor defesa do consumidor.

À guisa de exemplo, anatem-se dois dispositivos:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CC/02, art. 927, parágrafo único)

*Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos **danos causados pelos produtos postos em circulação** (g.n) (CC/02, art. 931).*

Eis os comentários da doutrina mais abalizada:

8. Risco da atividade. *A norma determina que seja objetiva a responsabilidade quando a atividade do causador do dano, por sua natureza implicar risco para o direito de outrem. É a responsabilidade pelo risco da atividade V. CDC 6º VI, 12 e 18 (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. Novo código Civil e Legislação Extravagante Anotados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 323).*

A obrigação de indenizar é, portanto, imposta por lei a certas pessoas independentemente da prática de qualquer ato ilícito, *considerando-se que: a) determinadas atividades humanas criam um risco especial para outrem. (...) e b) o exercício de certos direitos deve implicar o dever de reparar o prejuízo que origina (CC, arts. 1.289, 1.293 e 1.251) (g.n.) (Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, 7º volume, pág. 49).*

A propósito, acentue-se que a responsabilidade civil pelo fato do produto prevista nesse artigo 931 do novo Código Civil *também inclui os riscos do desenvolvimento* (Enunciado 43 aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.)

Possível dizer-se, nessa quadra, que o fato de alguém escolher uma atividade que lhe dê lucros estratosféricos, apesar dos riscos a ela inerentes, não importa afirmar ser tal comportamento irracional ou involuntário. A liberdade de assim agir e seus ônus somente a ele interessam. Isso apenas reflete uma diferente percepção dos riscos, e, possivelmente, de valores diversos.

Longe de configurar a inócua excludente do *exercício regular de direito* – que se tanto eliminaria a ilicitude (CC, art. 160, I) e, por isso, relevante só em sede de

responsabilidade subjetiva – a atividade de risco explorada pelas companhias de tabaco em muito se aproxima do *abuso de direito*.”¹²⁰

É ampla na doutrina a noção de que o objeto não precisa ser ilícito para ser indenizável, da qual destacamos a seguinte orientação:

“Finalizando os comentários ao *caput* do art. 12, diga-se que nenhuma autorização de órgãos governamentais responsáveis pela permissão da fabricação de produtos ou por sua fiscalização é motivo de exclusão da responsabilidade do fabricante, produtor, etc. Quando muito, o órgão e indiretamente o ente estatal envolvidos são, também, responsáveis solidários pelo dano causado. Com ou sem o atestado do órgão público referente à qualidade do produto, a responsabilidade permanece. E o mesmo se diga em relação aos carimbos ou selos de qualidade conferidos por entidades privadas. Eles não liberam o responsável pelo produto que causou o dano.”¹²¹

Melhor abalizada, portanto, a decisão que se segue, que distingue abuso de direito, que lesa terceiro, fato passível de indenização, do mal uso de uma liberdade, e reconhece a responsabilidade da relação de consumo do tabaco independentemente de culpa:

“No que tange ao exercício regular de um direito, como bem mencionou a Exma. Des. Mara Larsen Chechi, mister, nessa esfera, distinguir o abuso de direito do mau uso de uma liberdade.

De fato, enquanto o exercício de prerrogativas conferidas, explicitamente, a uma pessoa, reveste-se de presunção de licitude, o exercício do amplo e vago poder de agir, decorrente de ausência de proibição legal, não confere senão uma frágil presunção de licitude do ato (omissivo ou comissivo) praticado. Destarte, como disse o Des. Coelho Braga, “*para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem. O que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não*”.

Ademais, não olvidemos de que estamos diante de uma relação de consumo, de forma que a responsabilização se dá independentemente da existência de culpa, na esteira do que preceitua o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. Tal norma tem o intuito de resguardar a integridade física e psíquica do consumidor.

(...)

A ilicitude da conduta, na hipótese, é prescindível.” (TJRS – 9ª C – Ap. nº 70012335311 – Rel. Marilene Bonzanini Bernardi – j. 21.09.2005)

¹²⁰ *Op. Cit.*, p. 11/12 e 19/22.

¹²¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Op. Cit.*, p. 266.

É importante reforçar que o fundamento para a procedência das ações envolvendo o tabagismo é a responsabilidade civil objetiva instituída pelo art. 12, *caput*, e seu § 3º, do Código de defesa do Consumidor, desde que não se aceite a doença e a morte como um risco legitimamente ou razoavelmente esperado, não importando se o produto é momentaneamente lícito, caso contrário nenhum abuso de direito seria indenizável.

3.4. Inversão do Ônus da Prova

Questão das mais complexas no universo da responsabilidade civil com foco no Código de Defesa do Consumidor é a da inversão do ônus da prova.

O aparente conflito entre a norma processual, que atribui o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito ao autor (art. 333, I, do CPC), e a norma consumerista, que atribui ao réu-fornecedor a responsabilidade objetiva e o ônus de provar que seu produto não é defeituoso (art. 12, § 3º, II, do CDC), resolve-se pela regra de hermenêutica¹⁵⁰ da especialidade desta última (*lex specialis derogat lex generalis*).

Em relação aos danos provocados pelo fato do produto, em especial o tabaco, a prova de que o produto não causa, total ou parcialmente, o dano alegado pelo consumidor cabe ao fornecedor, sendo no caso de concausas hipótese de cabimento de indenização parcial, como visto no capítulo anterior.

Há um grande número de julgados das cortes pátrias, ao arrepio da responsabilidade objetiva quanto ao defeito do fato do produto, não acolhendo nem mesmo a verossimilhança das alegações dos malefícios do tabaco, desconhecendo o direito à inversão do ônus da prova nos processos individuais indenizatórios:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DEFERIDA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E HIPOSSUFICIÊNCIA DOS AUTORES NÃO DEMONSTRADAS. ART. 6º, III, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FATOS NOTÓRIOS E IRRELEVANTES PARA O DESLINDE DO FEITO. ARTS. 130 E 334, I, DO CPC. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO
Sabe-se que a inversão do ônus da prova, abraçada pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor é possível nos casos em que for verossímil a alegação da parte requerente ou quando for ela hipossuficiente.

Todavia, tendo em vista que no caso em questão os autores são pessoas esclarecidas e possuem capacidade de trazer aos autos conjunto probatório (documentos produzidos na área médica, certidão de óbito, testemunhas, etc.) a fim de comprovar o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC), a condição de hipossuficiência deve ser afastada.

Por outro lado, não vislumbra-se verossimilhança nas alegações dos recorridos, uma vez que as provas incumbidas à agravante não possuem qualquer relevância no deslinde do feito, visto tratar-se de fato notório (art. 334, I, do CPC), pois é sabida a dependência química causada pela nicotina e os malefícios que esta traz à saúde, mostrando-se desnecessária a sua comprovação (TJSC – 3ª C. – AI nº 2005.010315-0 – Rel. Sérgio Izidoro Heil – j. 22.07.2005)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDO SUSTENTADO NA EVENTUAL RESPONSABILIDADE DE EMPRESA FABRICANTE DE CIGARROS POR MORTE DE SUPOSTO FUMANTE CONTUMAZ. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VIABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DETERMINADA DE OFÍCIO PELO JUÍZO A QUO. DESNECESSIDADE NA HIPÓTESE. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA E ECONÔMICA DOS AUTORES NÃO DEMONSTRADA INITIO LITIS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ESPECIFICA AS PROVAS A SEREM PRODUZIDAS. FATOS NOTÓRIOS E IRRELEVANTES PARA O DESLINDE DA QUAESTIO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Não obstante seja possível a inversão do ônus *probandi* em processo cuja causa de pedir envolva relação de consumo, mostra-se desnecessária tal excepcionalidade se as provas que devam ser produzidas para o convencimento do juiz quando da entrega da tutela jurisdicional não indiquem a hipossuficiência técnica ou econômica de quem integra o pólo ativo da demanda. (TJSC – 3ª C. – AI nº 2005.008840-1 – Rel. Marcus Tulio Sartorato – j. 05.08.2005)¹²²

Como se observa do art. 6º, inciso VIII, do CDC, duas são as circunstâncias ensejadoras da inversão do ônus da prova a critério do juiz, alternativamente:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, **for verossímil a alegação** ou **quando for ele hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências; (destacado)

¹²² No mesmo sentido: (TJSC – 3ª C. – AI nº 2005.008841-8 – Rel. Marcus Tulio Sartorato – j. 05.08.2005).

Nesse sentido, a maioria da doutrina bem resumida nas palavras de André Gustavo C. de Andrade:

“ALTERNATIVIDADE DOS REQUISITOS

A interpretação mais consentânea com a letra e com o espírito do texto legal é a que enxerga os requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança como alternativos (Neste sentido, Mirella D’Angelo Caldeira, para quem, “havendo uma das duas situações, estará o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova [Inversão do ônus da prova, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 39, p. 173]).”¹²³

Ainda no mesmo sentido, Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

“No processo civil, como é sabido, o juiz não age com discricionariedade (que é medida pela conveniência e oportunidade da decisão). Age sempre dentro da legalidade, fundando sua decisão em bases objetivas.”

(...)

“Assim, na hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o Consumidor.

Vale dizer, deverá o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.”¹²⁴

Ainda que analisemos a questão sob a ótica da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor, o equívoco jurisprudencial dos processos que desacolhem a inversão do ônus da prova, acima referidos, *permissa* vênia, é flagrante.

Entendemos, sem muito esforço, que *para uma ação indenizatória, alegando os mais diversos tipos de câncer - em especial os de pulmão e de laringe, ou enfisema pulmonar, trombozes, infartos do miocárdio, etc. - pelo uso de cigarro, ser considerada verossímil, já são suficientes: a) as confissões da maior e da menor companhias de cigarro do mundo de que cigarro causa câncer; b) a confissão tácita de toda essa indústria ao assinar o maior acordo de indenização da história para suspender as ações contra a Saúde Pública formulada pelos Estados Americanos; c) o reconhecimento pela ciência e pela Organização Mundial da Saúde de que não existem níveis seguros de consumo*

¹²³ A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor: O Momento em Que se Opera a Inversão e Outras Questões, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, nº 13, jan/mar-2003, p. 8.

¹²⁴ Op. Cit., p. 780/781.

desse produto; e d) os mais de 100 mil livros escritos a respeito dos malefícios do tabaco, como já exposto.

Para os casos de câncer de pulmão, reforçam o elenco acima as estatísticas de 90% dos casos estarem relacionados ao tabagismo.

A outra hipótese, para nós *secundária*, posto que a verossimilhança da alegação já é suficiente para a inversão do ônus da prova, é a da hipossuficiência do consumidor.

Humberto Theodoro Júnior realça a possibilidade de outras naturezas da hipossuficiência além da econômica:

“Quanto à hipossuficiência, trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso.”¹²⁵

Luiz Antonio Rizzato Nunes aquilata que a hipossuficiência deve ser analisada, principalmente, sobre o critério técnico:

“O consumidor não participa do ciclo de produção, e na medida em que não participa, não tem acesso aos meios de produção, não tendo, portanto, como controlar aquilo que ele compra de produtos e serviços; não tem como fazê-lo, daí precisar de proteção.”¹²⁶

Sob a ótica da hipossuficiência apenas econômica, poderíamos chegar à situação esdrúxula do nível social do consumidor influenciar na sorte da decisão do seu processo: sendo pobre, a inversão do ônus da prova é cabível, devendo a ré (fabricante de cigarros) provar que seu produto não tem relação com a doença do autor; sendo rico, mesmo estando representado no processo por um bom profissional, pode vir a perder a causa, pois a ele, autor, caberá fazer essa prova no processo.

A noção do critério técnico da hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor é bem esclarecida pelos exemplos de Tania Liz Tizzoni Nogueira:

¹²⁵ *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*, p. 135.

¹²⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzato, Aplicação do CDC nos contratos de leasing. *Revista Meio Jurídico*, nº 46, São José do Rio Preto: Ed. Meio Jurídico Ltda, 2001, p. 18-26.

“O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico, é técnico.

A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos de podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.

Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”. Ou, em outras palavras, não é por ser “pobre” que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material.

Na realidade, para beneficiar o carente econômico no processo não seria necessária a inversão. Bastaria a determinação judicial de que o fornecedor arcasse com eventuais custos processuais para a produção de provas, tais como as periciais. Determinar-se-ia a inversão do pagamento, ou seja, o consumidor produz a prova e o fornecedor paga, e aí sim estar-se-ia protegendo, de forma justa, o economicamente fraco.

Não se pode olvidar que, para os “pobres” na acepção jurídica do termo, existe a justiça gratuita, a qual permite ao beneficiário a isenção do pagamento das custas judiciais, o que não significa que ele está isento de provar o seu direito.

(...) Mas mesmo no caso de o consumidor ter grande capacidade econômica, a inversão do ônus da prova deve ser feita na constatação da sua hipossuficiência (técnica e de informação).”¹²⁷

Bem abalizadas, assim, as decisões que reconhecem a hipossuficiência, invertendo o ônus da prova com base na dificuldade da prova do alegado, ou seja, na hipossuficiência jurídica:

PROVA – Ônus – Inversão – Possibilidade – Indústria de tabaco – Relação entre cigarro e dependência – Dificuldade da prova do alegado – Hipossuficiência do autor – Artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor – Recurso não provido (JTJ/SP 194/237)

A regra contida no art. 6º/VIII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso

¹²⁷ *Apud* Nunes, Luiz Antonio Rizzatto, *Op. Cit.*, p. 731/732.

mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. (STJ – 4ª T – Resp. nº 140097 / SP – Rel. Min Cesar Asfor Rocha - j. 04.05.2000)

Esta última decisão está também bem fundamentada no voto do Relator no processo em que a Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESF move contra Souza Cruz S/A e Philip Morris Marketing S/A:

“Ora, é evidente que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida alega que causa. Uma empresa de tamanho porte, com atuação em quase todos os quadrantes do mundo, certamente não iria propositadamente fabricar produtos com a convicção de que nele haveria um componente a causar dependência maléfica à saúde. E se pelo estágio atual da ciência, a questão nocividade constitui, ao menos, ponto aberto ao debate, que ela faça essa prova de modo irretorquível, pois mais do que qualquer consumidor ou entidade poderá a ré/recorrente evidenciar essa assertiva, que a recorrente tem como verdadeira.”

Seguindo o entendimento do relator no processo acima citado, também são esclarecedores os termos do voto de outro Ministro daquele tribunal:

“No que diz com a inversão do ônus da prova, realmente a questão da dependência é um fato que pode ser provado. Não é, penso eu, um fato moral ou filosófico, como foi afirmado da tribuna, que excluiria a possibilidade de demonstração científica. É um fato acessível à ciência, é um fato biológico. A prova pode ser feita. Processando-se o pedido, a empresa recorrente terá a excelente oportunidade de demonstrar que o produto que vende não é nocivo à saúde. Observo que essa inversão do ônus da prova, consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, é uma das hipóteses em que se transfere a carga do ônus probatório de uma parte para a outra, quando a outra, no caso a ré, é quem dispõe de elementos, das informações e das condições para conhecer o fato e demonstrar a sua existência e as suas características”

E melhor lançada, ainda, a decisão que, apesar de confirmar decisão de primeiro grau que inverteu o ônus da prova pela hipossuficiência do autor, realça que a inversão do ônus da prova se daria por força da lei (*ope legis*), independente da atuação do juiz, como veremos no próximo subitem:

1.1. AGRAVO RETIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: A inversão do ônus da prova se deu nos estritos termos do Código de Defesa do Consumidor, diante da inegável hipossuficiência do autor, e ocorreu em momento processual adequado, já que permitiu à ré prazo hábil para efetivamente produzir provas. Ademais, há que gizar que em se tratando de demanda que objetiva a responsabilização por danos decorrentes de fato do produto, o ônus da prova já recai naturalmente sobre a ré, consoante dá conta o art. 12 do CDC.

Na espécie, está-se diante de hipótese de responsabilidade objetiva do fabricante, operando-se a inversão do ônus probatório *ope legis*, a teor da regra expressa contida no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. (TJRS – 9ª C – Ap. nº 70012335311 – Rel. Marilene Bonzanini Bernardi – j. 21.09.2005)

Lamentavelmente, como já dito, segundo levantamento não atualizado após a segunda edição deste livro, e confirmado por levantamento da Aliança do Controle do Tabaco um ano após¹²⁸, apenas em aproximadamente 7% das ações houve a inversão do ônus da causa, positivada pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

3.4.1. Inafastabilidade da Inversão do Ônus da Prova

A doutrina de Sérgio Cavaglieri, citando Carlos Roberto Barbosa Moreira, ensina que, quanto ao fato do produto, a inversão do ônus da prova é obrigatória, ou seja, não está na esfera da discricionariedade do juiz:

“Inversão do ônus da prova

De se ressaltar que a inversão do ônus da prova estabelecida no § 3º dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor não é a mesma prevista no seu art. 6º, VIII. Nesta última hipótese trata-se de inversão *ope iudicis*, que, a critério do juiz, poderá ser feita quando a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. O jovem e talentoso jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira, em suas “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, coloca a questão com maestria: “Permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na *dispensa* do ônus da prova de determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocava demonstrar, à luz das disposições do processo civil *comum*, e se, de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato – apenas afirmado, mas não *provado* pelo consumidor, não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a *isenção* de um ônus: quanto à parte contrária, a

¹²⁸ Disponível em: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/194_117_A-Industria-do-Tabaco-no-Poder-Judiciario.pdf

criação de *novo ônus* probatório, se se *acrescenta* aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do Código de Processo Civil (in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, Forense, 1997, p. 124).

Pode o juiz proceder à inversão do ônus da prova quando verossímil a alegação do consumidor e/ou em face da sua hipossuficiência. *Verossímil* é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta e definitiva, mas da chamada *prova de primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras de experiência comum, que permite um juízo de probabilidade. Essa inversão tem por fundamento a hipossuficiência do consumidor, não apenas econômica, mas também jurídica, mormente no plano processual.

A inversão estabelecida no § 3º dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do consumidor, específica para a responsabilidade civil do fornecedor, é *ope legis*, vale dizer, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória, por força de lei. (negrito e sublinhado)

(...)

Correta a posição do Código, porque se para a vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor isso é perfeitamente possível, ou pelo menos muito mais fácil. Ele que fabricou o produto, ele que tem o completo domínio do processo produtivo, tem também condições de provar que o seu produto não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor.

No mesmo sentido, Raimundo Gomes de Barros:

“Única hipótese de inversão obrigatória do ônus da prova (a do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, pois que ali há uma situação em que a prova da veracidade e correção da informação publicitária é sempre de quem a patrocina)? Não. Embora os manuais jurisprudenciais e doutrinários disso não cuidem, o certo é que na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 e 14 do CDC) também está evidente uma hipótese de inversão obrigatória do ônus da prova em favor do consumidor. Tal se afirma porque o § 3º do art. 12 é claríssimo quando impõe que o fornecedor só não será responsabilizado quando provar: que não colocou o produto no mercado; que o defeito inexistente; que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. De observar, pois, que o ônus da prova é obrigatoriamente do fornecedor, a quem cabe demonstrar a inexistência do nexo causal.”¹²⁹

A distinção entre inversão *ope judicis* e *ope legis* é bem caracterizada por Cíntia Rosa Pereira de Lima:

“A inversão *ope judicis* dá-se “por obra do juiz”. E assim o é porque o juiz, utilizando-se das regras comuns de experiência, verificará os requisitos exigidos em lei (verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência) e, só então,

¹²⁹ Relação de Causalidade e o dever de indenizar, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 34, p. 137

poderá decretar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, e ainda assim só se persistir dúvida em seu convencimento.

Todavia a inversão *ope legis* está legalmente prevista e independe de qualquer atividade jurisdicional. Neste caso, o ato de inverter o ônus da prova é totalmente vinculado, pois não é dado ao juiz perquirir conceitos jurídicos não determinados, deve aplicar o que a lei diz.”¹³⁰

Não há como desconsiderar que o legislador, ao permitir como defesa do fornecedor apenas três excludentes de culpabilidade (não colocação do produto no mercado; inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro), adotou a responsabilidade objetiva para o fato do produto da relação consumerista (*ope legis*), dispensando-a da necessidade de apreciação do juiz (*ope judicis*).

Isso não significa a prova seja objetiva em relação a outros fatos que não o âmbito da ação, que é o nexo de causalidade. Outros fatos relativos ao processo deverão ser provados, como, por exemplo, a prova de que o consumidor fumava, ou de que fumou unicamente as marcas da fabricante acionada: cabe ao autor o ônus dessa prova.

3.4.2 Momento da Inversão do Ônus da Prova

Pertinente, neste específico aspecto do momento da aplicação do ônus da prova, o entendimento dos processualistas Ada Pelegrine Grinover e Kazuo Watanabe de que “as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo”¹³¹, acompanhados por Nelson Nery Jr., consoante os comentários deste ao art. 333 da lei processual civil:

“2. Regra de julgamento. Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC, 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é *regra de juízo*, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (Echandia, *Teoria general de la prueba judicial*, v. I, nº 126, p. 441). No mesmo sentido: TJSP-RT 706/67; Micheli, *L'onere*, 32, 216. A

¹³⁰ A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 12, nº 47, jul/set-2003, p. 218/219

¹³¹ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 2ª edição, p. 494, apud GIDI, Antonio, *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, Ciência Jurídica, vol. 9, nº 64, jul/ago-1995, p. 38.

sentença, portanto, é o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. Não antes.”¹³²

Também acompanha esse entendimento Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

“O momento da inversão se opera no momento do julgamento, como corolário da doutrina formada em torno da ideia central de que o ônus da prova constitui, essencialmente, uma regra de julgamento.”¹³³

De acordo com a tese acima exposta, a desnecessidade de despacho que inverta o ônus da prova é apenas *em relação à prova de que o fato do produto não é defeituoso*, tendo em vista a regra legal da responsabilidade objetiva do art. 12, § 3º, do CDC.

Para os demais pontos controversos no processo, parece-nos que a regra geral do ônus da prova ao autor (art. 333, I, do CPC) exige a manifestação expressa do juiz, tendo em vista a inversão disposta no art. 6º, inciso VIII, da lei consumerista ser uma faculdade “*a critério do juiz*”.

Antonio Carlos Marcato diverge da doutrina supracitada de que as regras do ônus da prova são de julgamento: “*Insiste-se que antes de ser dirigido ao juiz é ele* (o art. 333 do Código de Processo Civil) *endereçado às partes*”.¹³⁴

A respeitável colocação parece-nos adequada para eventuais outros fatos controversos a serem decididos no processo, que não o defeito do fato do produto.

O fato é que o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor não designaram o momento processual para a inversão do ônus da prova, havendo controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito do assunto.

Existem quatro teorias quanto ao momento para a *inversão* judicial do ônus da prova: a) no despacho inicial, b) na audiência preliminar, c) no saneador, e d) na sentença.

A citação da existência de quem admita a inversão do ônus da prova no despacho da petição inicial é feita por Humberto Theodoro Júnior, que critica a

¹³² Código de Processo Civil Comentado, p. 614

¹³³ O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. São Paulo : RT, 2001, p. 159, apud MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O Momento para a Inversão do Ônus da Prova como fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Processo, nº 114, p. 82.

¹³⁴ Código de Processo Civil Interpretado, p. 1.049.

prematuridade da medida, tendo em vista que “*nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter à prova*”.¹³⁵

A inversão na audiência preliminar - obrigatória nas ações indenizatórias em razão do art. 331 do Código de Processo Civil, por se tratar de direito que admite transação - é defendida por Manoel de Souza Mendes Júnior, por ser esse o “*momento no qual, na atual sistemática do Código de Processo Civil, deverá (o juiz) preparar a instrução probatória*”.¹³⁶

A inversão do ônus da prova por ocasião do saneamento do processo é a adotada pela maioria da doutrina e da jurisprudência:

“Doutrina: MOREIRA, Carlos Alberto Barbosa. *Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor*, p. 306; MORAES, Voltaire de Lima, *Anotações Sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre, *Direito & Justiça*, 1999, vol. 20, p. 318; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro, *Aide*: 1991, p. 91; Nichele, Rafael. *A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor – Restrições quanto à sua aplicação*, Porto Alegre, *Direito & Justiça*, 1999, vol. 18, p. 222; GIDI, Antonio. *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor*, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 13, p. 39; NUNES, Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 126; PEDRASSI, Cláudio Augusto. *O Ônus da Prova e o Art. 6º do CDC (Lei 8.078/90)*, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, vol. 2, nº 2, jul-dez. 2001, p. 71; ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 80; DALL’ AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios*, São Paulo, *RT* 788/92, jun. 2001, p. 96.

Jurisprudência: TJSP, AgIn 108.602.4/0, 6ª Câmara, rel. Des. Antonio Carlos Marcato, j. 18.03.1999, v. u.; TJSP, *JTJ* 194/237; AgIn 113.590-4, Osasco, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Dês. Flávio Pinheiro, j. 25.05.1999, v. u.; TJSP, AgIn 014.305-5/8, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 05.09.1996, *JTJ* 192/215; TACRGS, ApCív 194.110.664, 4ª Câmara, rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina, j. 18.08.1994; TACivSP, AgIn 944.935-4-SP, rel. Juiz Paulo Roberto Santana, j. 16.08.2000, v. u.; *RT* 775/274, 781/273, *JTJ* 233/223; 2º TACivSP, AgIn 627.514-00/5, 4ª Câmara, rel. Juiz Amaral Vieira, j. 29.08.2000; TJSP, AgIn 156.068-4, Salto, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Silva Rico, j. 20.06.2000, v. u.; TJSP, AgIn 150.230-4-SP, 10ª Câmara de Direito Privado, Des. Quaglia Barbosa, j. 09.05.2000, v. u.; 1º TACivSP, AgIn 873.527-5-SP, 4ª Câmara, rel. Juiz Rizzatto Nunes, j. 22.09.1999, v. u., TJRS, AgIn 70.001.282.250, 14ª Câmara, rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 14.09.2000;

¹³⁵ *Op. Cit.*, p. 148.

¹³⁶ *Op. Cit.*, p. 89.

TJSP, AgIn 99.305-4/6, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 02.03.1999, v. u.; 1º TACivSP, AgIn 1.067.273-0, 6ª Câm., rel. Juiz Marciano da Fonseca, j. 12.03.2002.”¹³⁷

Por fim, a aplicação da inversão do ônus da prova na sentença seria adstrita à doutrina que entende que as regras da inversão do ônus da prova são regras de juízo, não precisando haver despacho para as partes.

Por uma razão de segurança jurídica, é de bom alvitre ao autor, na petição inicial, requerer a inversão do ônus da prova, a evitar futura alegação de cerceamento de defesa.

Oportuno citar que eventual despacho que inverta o ônus da prova antes da sentença não configurará, por si só, prejulgamento ou suspeição do juiz, segundo a doutrina de Nery Júnior:

“3. Inversão do ônus da prova pelo juiz. Caso o juiz, antes da sentença, profira decisão invertendo o ônus da prova (v. g., CDC, 6º, VIII), não estará, só por isso, prejulgando a causa. A inversão, por obra do juiz, ao despachar a petição inicial ou na audiência preliminar (CPC 331), por ocasião do saneamento do processo, não configura por si só motivo de suspeição do juiz.”¹³⁸

3.5. Nexo de Causalidade

Primeiramente, oportuno citar a doutrina de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, no sentido de que a responsabilidade pelo fato do produto é a do risco integral, sendo, portanto, as hipóteses de defesa do fornecedor do art. 12, § 3º, de excludentes *do nexo de causalidade*, e não *excludentes de responsabilidade*, já que o risco integral não admite a exclusão da responsabilidade:

“Excludentes do nexo de causalidade

Então, para comentarmos esse § 3º, começemos repetindo algo que já tivemos oportunidade de afirmar: a responsabilidade civil objetiva estabelecida no CDC é a do risco integral. Com a leitura e interpretação do § 3º do art. 12, ter-se-á a confirmação dessa afirmativa.

Diga-se, então, que não se trata de excludente de responsabilidade, como se tem dito, mas sim de excludente do nexo de causalidade. O que pode o fornecedor fazer é buscar desconectar a relação acidentária consigo, isto é, tentar excluir o nexo de causalidade existente entre ele – fornecedor – e o dano/defeito.

¹³⁷ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Ainda a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 807, jan. 2003, p. 72.

¹³⁸ *Idem*, p. 614/615.

Iniciemos pelas três constatações mais contundentes: a) o uso do advérbio “só”; b) a inexistência das tradicionais excludentes “caso fortuito” e “força maior”; e c) a do inciso III: culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O advérbio “só”

A utilização do advérbio “só” não deixa margem a dúvidas. Somente valem as excludentes expressamente previstas no § 3º, e que são taxativas. Nenhuma outra que não esteja ali tratada desobriga o responsável pelo produto defeituoso.

Caso fortuito e força maior não excluem responsabilidade

Isso nos leva à segunda constatação. O risco do fornecedor é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludente do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior. E, como a norma não estabelece, não pode o agente responsável alegar em sua defesa essas duas excludentes.

O que acontece é que o CDC, dando continuidade, de forma coerente, à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que toda a carga econômica advinda do defeito recaísse sobre o agente produtor. (...)

Culpa exclusiva do consumidor

A terceira constatação é o do inciso III. Na primeira parte desse inciso a norma dispõe que o fabricante, produtor etc. não responde se provar culpa “exclusiva” do consumidor. Ressalte-se: culpa exclusiva. Se for o caso de culpa concorrente do consumidor (por exemplo, as informações do produto são insuficientes e também o consumidor agiu com culpa), ainda assim a responsabilidade do agente produtor permanece integral. Apenas se provar que o acidente de consumo se deu por culpa exclusiva do consumidor é que ele não responde. “Se provar” significa que o ônus de produzir essa prova é do fornecedor responsável pelo produto”¹³⁹

Embora possa parecer exagerado tratar a responsabilidade pelo fato do produto como de *risco integral*, vale registrar ser efetivamente odioso ao Direito e à Saúde Pública colocar no mercado nos dias atuais um produto que cause malefícios e gere dependência. A própria Gerência de Produtos Derivados do Tabaco da ANVISA, como dito acima, já se manifestou no sentido de que “*se o tabaco fosse introduzido na sociedade agora, certamente, seria considerado ilegal, pelo conhecimento acumulado sobre os danos provocados pelo seu uso. Portanto sua legalidade é produto de um erro histórico*”.

A par de todas as razões citadas nos capítulos anteriores sobre a nocividade e natureza de droga do produto (confissões tácitas e expressas, milhares de casos de doenças e de livros médicos, etc.), a grande maioria das decisões que desacolheram a pretensão envolvendo o tabagismo fundamenta-se numa suposta inexistência denexo causal direto e imediato entre a colocação do produto no

¹³⁹ *Op. Cit.*, p. 284/286

mercado e a sua aquisição pelo consumidor, inexistência de ligação entre o tabaco e câncer, que o consumo do produto resultou do livre-arbítrio do consumidor, ou que o hábito foi adquirido antes do Código de Defesa do Consumidor, embora continuassem consumindo o produto durante a vigência deste:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. USO DE CIGARROS.

Imputação de ato ilícito desacolhida, por haver, de parte da demandada, apenas o exercício regular de um direito reconhecido, seja na produção e comercialização de cigarros, seja na publicidade de suas marcas, à luz do art.160, I, do Código Civil de 1916, então vigente. Circunstâncias que, diante do teor do art. 159, do referido Código, descartam a possibilidade de culpa da demandada e o nexo de causalidade entre a conduta da mesma e o uso de cigarros pelo autor, aliado às doenças contraídas. Inexistência de publicidade enganosa. Mesmo à vista dos arts. 12 e 14, do CDC, tratando da responsabilidade objetiva, pelo risco do empreendimento, não é de vingar a pretensão indenizatória da sucessão autora. De um lado, por não se estar diante de situação de defeito ou vício do produto, cujo risco à saúde, se existe, é inerente a dito produto, conforme prevê o art. 8º, do CDC. De outro lado, por não restar presente, como acentuado, o nexo de causalidade entre a atuação da demandada e o hábito de fumar do falecido autor, não se mostrando, o tabagismo, a causa necessária das doenças denunciadas: infarto do miocárdio e enfisema pulmonar.

EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS, POR MAIORIA. (TJRS – 3ª G.C – EI nº 70011106655 – Rel. Léo Lima – 01.07.2005)

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE E DE NEXO CAUSAL ENTRE A ATIVIDADE COMERCIAL E A CONDUTA DA DEMANDADA E O USO DE CIGARROS PELO DEMANDANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DA DEMANDADA, IN CASU, NÃO CARACTERIZADA.

(...)

Alegou o autor tratar-se de caso de responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, tendo em vista estar-se diante de relação de consumo. Todavia, não há que se falar na espécie de qualquer defeito na fabricação do produto, razão pela qual não procede a tese do dever de reparação dos danos por parte da ré. (TJRS – 10ª C. – Ap. nº 70009745944 – Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana – j. 31.03.2005)

LIVRE ARBÍTRIO E POSSIBILIDADE DE PARAR COM O USO DO CIGARRO.

A atividade de fumar é daquelas que tem início e continuidade mediante livre arbítrio do cidadão, não se podendo reconhecer que a atividade de fumar tenha início e se dê tão

somente por força de propaganda veiculada pela indústria fabricante de cigarros. Também é certo afirmar que eventual vício contraído pelo usuário do fumo não é permanente e irreversível, já que a cessação da atividade de fumar é um fato notório e que depende única e exclusivamente do consumidor. (TJRS – 10ª C. – Ap. nº 70011866910 – Rel. Paulo Antônio Kretzmann – j. 29.09.2005)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Doença provocada pelo fumo - Indução ao uso do cigarro por propaganda enganosa - Inocorrência - Informação sobre os malefícios do vício - Desobrigatoriedade à época em que a autora adquiriu o hábito de fumar - Hipótese, ademais, em que não comprovado o consumo exclusivo de cigarros da ré - Ação improcedente - Recurso não provido. (TJSP - 10ª C. de Direito Privado – Ap. nº 233.743-4/0-00 – Rel.: Carvalho Viana – j. 16.08.05)¹⁴⁰

Antes de analisar o assunto, vale reforçar algumas provas da ligação entre o tabagismo e o câncer, transcrevendo alguns termos de pesquisas científicas e sobre os documentos secretos revelados pela Justiça americana em 1994:

“A sucessão de fraudes da indústria do cigarro teve início para combater um pesquisador que pintava ratos com nicotina. Em 1953, o médico Ernst Wynder, um judeu alemão que deixara seu país com a ascensão de Hitler, experimentou pincelar o dorso de 86 ratos de laboratório com uma substância obtida da condensação da fumaça do cigarro Lucky Strike. Ele queria ver o que acontecia. Cada rato recebeu, três vezes por semana durante dois anos, 40 gramas de alcatrão destilado (o equivalente à quantidade de alcatrão e nicotina encontrada num maço de cigarro), após ter o dorso raspado com um barbeador elétrico. O resultado foi assustador. Dos 62 ratos que sobreviveram, 58% tinham desenvolvido tumores cancerígenos. Entre os ratos pintados, 90% morreram nos 20 meses seguintes. No grupo de ratos que não foram pintados, 58% viveram durante esse mesmo período.

(...)

A indústria entrou em pânico. Sua primeira providência foi contratar uma das maiores empresas de relações públicas dos EUA, a Hill & Knowlton, para tentar neutralizar a repercussão dos ratos pintados com nicotina. (...)

Há dois gêneros de documentos (*revelados pela justiça americana a partir de 1994*): os científicos e os memorandos do alto escalão da indústria. O mais antigo dos textos científicos revelados é de fevereiro de 1953, oito meses antes de a pesquisa com os ratos

¹⁴⁰ Nesses mesmos sentidos: TJRS – 5ª C – Ap. nº 70011221298 – Rel. Umberto Guaspari Sudbrack – j. 05.05.2005; TJPR – 9ª C – Edcl. nº 166633301 – Rel. Cunha Ribas – j. 19.05.2005; TJSP – - 4ª C. de Direito Privado – Ap. nº 110.454-4 - Rel. Narciso Orlandi – j. 22.02.01; TJSP - 1ª C. de Direito Privado – Ap. nº 235.799-4/9-00 – Rel. Laerte Nordi – j. 09.09.03; TJSP - RT 789/220; TJSP - JTJ 240/100; TJSP - JTJ 273/118; TJRJ - 8ª C. - Ap. nº 34198/2004 - Rela. Helena Bekhor - j. 15.05.2005; TJRJ - 2ª C. - Ap. nº 2004.001.28977 - Rel. Ernani Klausner - j. 22.03.2005; TJES - 2ª C. - Ap. nº 024.04.901034-1 – Rel. ANTÔNIO CARLOS ANTOLINI - j. 26.04.2005; e TJRN - 1ª C. - Ap. nº 2003.002496-0 – Rel. CÍCERO MARTINS DE MACEDO FILHO – j. 13.02.2004.

pintados com nicotina ter sido apresentada pela primeira vez. Assinado por Claude Teague, um pesquisador da R. J. Reynolds, o texto associa com câncer o uso de cigarro por períodos longos: “Estudos de dados clínicos tendem a confirmar a relação entre o uso prolongado de tabaco e a incidência de câncer de pulmão” (Peter Pringle, *Cornered: Big Tobacco at the Bar of Justice*. New York: Henry Holt, 1998, p. 130).

Logo em seguida, o pesquisador descreve quais são os agentes cancerígenos do cigarro: compostos aromáticos polinucleares ocorrem nos produtos pirológicos [ou seja, que queimam] do tabaco. Benzopireno e N-benzopireno, ambos cancerígenos, foram identificados nos destilados.

Três anos depois da revelação sobre os ratos com tumores, outro pesquisador da R. J. Reynolds, Allan Rodgman, defendia a necessidade de criar um cigarro que não provocasse câncer: “Já que agora está bem definido que a fumaça de cigarro contém vários hidrocarbonetos aromáticos policíclicos, e considerando o potencial e a atividade cancerígena de vários desses compostos, é necessário um método para remover total ou quase totalmente esses componentes da fumaça.

A paranóia do câncer era tamanha que um dos fabricantes até eliminou o nome dessa doença na correspondência interna. Em 1957, quando surgiram os primeiros processos judiciais contra os fabricantes de cigarro, a Brown & Williamson – uma subsidiária da British-American Tobacco, exatamente como a Souza Cruz – criou um codinome para não registrar o substantivo *câncer*. Era *zephyr* (em português, “zéfiro”, nome dado ao vento suave que vem do oeste, pouco mais forte que uma brisa). “Com o resultado das pesquisas estatísticas, tem crescido a ideia de que há uma relação causal entre *zephyr* e fumo, particularmente cigarros [...]. Fumaça de cigarro contém uma ou mais substâncias que causam *zephyr*”.

(...)

Outros textos menos contundentes mostravam que a indústria fazia campanhas publicitárias para atingir adolescentes e manipulava o nível de nicotina no cigarro. Um memorando de 1965 do pesquisador Ron Tamol, da Philip Morris, produtora do cigarro mais vendido no mundo, o Marlboro, trazia a seguinte anotação: “Determinar o mínimo de nicotina para manter o fumante normal ‘viciado’”.

(...)

Por causa do processo aberto nos EUA contra a Brown & Williamson, a Souza Cruz interrompeu a produção do Y1 no Brasil.

A engenharia genética era a forma mais sofisticada de alterar o nível de nicotina no cigarro, mas não era a única. Um manual de mistura de fumos da Brown & Williamson ensinava outro método – a adição de amônia. ‘Um cigarro que incorpore a tecnologia da amônia vai distribuir mais compostos de sabor na fumaça, inclusive nicotina, do que um sem nada’. A técnica é simples: a amônia reage com os sais da nicotina e eleva o nível de liberação da mesma nicotina. As fábricas brasileiras também recorreram ao método da amônia, segundo o Instituto Nacional do Câncer.

É mais um ingrediente para engrossar a lista de cerca de 600 compostos que são adicionados ao cigarro, conforme a própria indústria (Richard Kluger, *Ashes to Ashes* –

America's Hundred-Year Cigarette War, the Public Health, and the Unabashed Triumph of Philip Morris. New York: Vintage, 1997, p. 549).¹⁴¹

Voltando à análise jurídica, ressaltamos que ao fornecedor de tabaco, diante da sua responsabilidade objetiva, cabe provar que seu produto não causa nem contribui para a ocorrência de doenças (Art. 12, § 3º, II, do CDC). Ou seja, provado pelo autor-consumidor o consumo do produto, através de todos os meios de prova admitidos em direito, ao réu-fornecedor cabe provar que não há nexos causal entre o efeito de seu produto e a doença do consumidor.

Adriana do Couto Lima Pedreira cita que a interrupção do nexos causal tem sido o principal argumento da defesa das empresas produtoras de fumo nas ações propostas nos Estados Unidos e no Brasil, e a alegação daquelas de que os atestados de óbito não podem ser considerados como prova suficiente do nexos causal:

”Assim, baseando-se na teoria da interrupção do nexos causal ou do efeito direto e imediato, aduzem, as empresas, com veemência, a inexistência de certeza médica quanto à verdadeira causa da morte do consumidor do fumo, o que leva à sua irresponsabilidade. (aduzem que) As certidões ou declarações de óbito não podem e nem devem ser considerados elementos probatórios suficientes, muito menos definitivos, para a prova de que determinada doença acometeu o falecido ou que tenha sido sua causa morte ou que o cigarro tenha de fato levado à formação de tal doença.”¹⁴²

Não há como negar que a compra contínua de cigarros é uma relação de consumo: resultando o dano, deve ser indenizado.

Pouco importa o motivo que levou o consumidor a adquirir esse produto do fornecedor. Sem fundamento, portanto, decisão que julga a causa através de um juízo de valoração do autor-consumidor, pelo simples fato deste alegar que consumia o produto por prazer:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TABAGISMO.

(...)

Aquele que opta fumar não pode pretender responsabilizar as rés por ato volitivo, especialmente quando declara na inicial, expressamente, que embora acometido de

¹⁴¹ CARVALHO, Mário César, *Op. Cit.*, p. 14/20

¹⁴² *Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo*, p; 66

enfisema pulmonar, não abandonou o hábito ‘por prazer’. (TJRS – 5ª C – Ap. nº 70011221298 – Rel. Umberto Guaspari Sudbrack – j. 05.05.2005)

A menção dessa decisão não seria feita se o excerto acima transcrito não fizesse parte da ementa do acórdão e tivesse sido utilizado como fundamento do julgado. Salvo melhor juízo, na esfera cível, diversamente do âmbito penal, pouco importam os aspectos pessoais do autor, não devendo haver juízo de valoração subjetiva do consumidor. O Código consumerista deve ser aplicado de forma objetiva, em razão da *relação de consumo*.

Melhor abalizada, portanto, a decisão abaixo, acompanhando precedente no mesmo sentido, que aplica a lei à relação de consumo de forma objetiva:

EMENTA: DANO MORAL. CIGARROS. CAUSAS MORTAIS QUE PODEM ORIGINAR: ‘ENFISEMA PULMONAR’, ‘ARRITMIA CARDÍACA’ E ‘CÂNCER PULMONAR’, ENTRE OUTRAS. NEXO CAUSAL COMPROVADO, FACE AO CONSUMO DO CIGARRO E O EVENTO MORTE. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA QUE SE APLICA AO CC/16, INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (arts. 6º, incisos I, III, IV, VI e VIII, e 12, par. 1º) E ART. 159 DO CC/16, NA MODALIDADE OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 335 DO CPC: “REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM”. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (PRECEDENTE: Apelação Cível n. 70000144626, Redator para o acórdão Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 29.10.03, 9ª. Câmara Cível). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS – 9ª C - Ap. nº 70007090798 – Rel. Luís Augusto Coelho Braga, j. 19.11.2003)

A jurisprudência alienígena da Suprema Corte de Massachusetts, igualmente, já rejeitou, em votação unânime (7 x 0), a alegação das fabricantes de que “a culpa é dos fumantes”, entendendo que a indústria não pode se livrar de sua responsabilidade utilizando o argumento de que os fumantes sabem que cigarros são perigosos.¹⁴³

Há ainda que se levar em conta que mesmo nos casos em que não foi observada a obrigatória inversão do ônus do prova, o tabagismo não foi sequer analisado como uma concausa civil, plenipotencialmente capaz de gerar indenização proporcional.

¹⁴³ EUA – Suprema Corte de Massachusetts rejeita o argumento dos fabricantes de que “a culpa é dos fumantes” - disponível em :<<http://www.adesf.com.br>> Acessado em 01.08.2006.

Veja-se um exemplo de percentual de responsabilidade de concausas ligadas ao tabagismo, no caso específico de doença coronariana, citado pela doutrina:

“O estorvo na demonstração da relação de causalidade entre o tabagismo (ou exposição ao cigarro) e as enfermidades a eles associadas, está no fato de que muitas delas apresentam mais de um fator de risco, a exemplo da doença coronariana. Conforme visto alhures, há três fatores de risco previsíveis para essa moléstia: tabagismo, hipertensão arterial (pressão alta) e colesterol alterado (elevação do colesterol-LDL e redução do colesterol-HDL). O tabagismo isolado dobra a possibilidade de doença cardíaca. Quando associado à alteração do colesterol ou à hipertensão multiplica esse risco por quatro. O risco torna-se oito vezes maior quando os três fatores estão juntos. Além disso, o cigarro por si só, por meio da nicotina, aumenta a pressão arterial e leva a um maior depósito de colesterol nos vasos sanguíneos.”¹⁴⁴

Mesmo que as perícias médico-científicas não especifiquem números exatos, as decisões certamente devem chegar a um percentual da influência do tabaco em relação a todas as enfermidades, pois o que não se admite no *estado de direito* da atual ordem constitucional brasileira é se deixar o consumidor lesado num total abandono, *indenere* em face dos prejuízos sofridos.

É válido ressaltar que nessa área todo o cuidado é pouco, tendo em vista que a indústria do fumo já se utilizou de artifícios fraudulentos quando tentou barrar a restrição ao fumo (passivo) em locais públicos através de pesquisas viciadas, levando uma promotoria americana a fechar um instituto de pesquisa de fachada, como se observa da seguinte matéria jornalística:

“Esta é uma história de fraude contra a saúde pública, corrupção científica e impunidade. A indústria do cigarro atacou o banimento do fumo em espaços fechados no Brasil usando como argumento científico pesquisas que ela própria custeara.

(...)

Os textos sobre a estratégia para a América Latina foram encontrados numa busca em mais de 40 milhões de documentos que a indústria mantém em sites na internet e num arquivo em Guildford, nos arredores de Londres.

Os textos chocam pela franqueza com que executivos debatem seus planos. Num dos primeiros documentos sobre a estratégia para combater os espaços livres de fumo, encontrado pela **Folha**, executivos das fábricas defendem já em 1987 uma “campanha internacional coesa” para combater as leis que limitem os espaços para fumar. O

¹⁴⁴ DELFINO, Lúcio, *Op. Cit. (Responsabilidade Civil e Tabagismo)*, p. 160.

objetivo da campanha “é enfatizar as dúvidas que devem ser expressas no debate científico sobre os alegados males da fumaça de cigarro no ambiente”.

Em 1988, um representante da indústria alemã, Franz Adlkofer, disse numa reunião em Londres que a indústria está interessada em “bom material para relações públicas, não em boa ciência”.

Discurso idêntico a esse direcionou o Projeto Latino. Os 15 cientistas da região eram pagos não só para pesquisar. Eram escolhidos pela aparência, pela habilidade de falar bem para a televisão ou pela capacidade de obter espaço em jornais. Pesquisar não era a única atribuição. Deviam divulgar artigos em revistas científicas, dar entrevistas e escrever textos em linguagem acessível.

Em seminário realizado em parceria com a Associação Brasileira de Imprensa, no Rio de Janeiro em 1994, a indústria fez questão de enfatizar que o tabagismo não era uma questão importante para o Brasil diante de outros problemas de saúde.

Fachada acadêmica

Os textos produzidos pelos cientistas não eram conferidos por seus pares, como reza a tradição acadêmica, mas por um escritório de advocacia de Washington, chamado Covington & Burling. O medo era que as pesquisas servissem de munição a advogados que processam os fabricantes.

Para que os fabricantes não aparecessem manipulando cientistas, o que jogaria a credibilidade do projeto no lixo, advogados repassavam o dinheiro que financiava as pesquisas para uma entidade que tinha ares acadêmicos, o Center for indoor Air Research (Centro para Pesquisas sobre Ar em Ambientes Interiores), conhecida como Ciar, suas iniciais em inglês.

Promotores americanos descobriram que o Ciar era mais uma fachada usada pela indústria para que suas opiniões soassem científicas. Em 1998, o Ciar foi fechado sob acusação de fraude.

Os estudos que o centro financiou também não passam de fraude científica, como define James Repace, professor da escola de medicina da Tufts University e especialista em fumo passivo.

“Se a indústria do tabaco pagou o trabalho e o trabalho é sobre poluição ambiental de cigarro, está garantido que é uma fraude”, disse à **Folha**. Os únicos trabalhos não fraudulentos, segundo ele, receberam o carimbo de “segredo da companhia” ou “sigilo da relação entre cliente e advogado”, o que não ocorre com nenhuma pesquisa feita no Brasil.”¹⁴⁵

O saudoso jornalista Tales Alvarenga já escrevia em 1996:

“Nick Naylor dedica sua vida a desmoralizar pesquisas contra o tabaco. (...) Depois desses duelos, vai relaxar num bar com os amigos. Formam um grupo seleta. Um deles

¹⁴⁵ LEITE, Fabiane, Indústria barra restrição ao fumo com pesquisas de resultado suspeito, *Folha de São Paulo*, Cotidiano, 19.01.2003, p. C1.

defende a indústria de bebidas. Outro é lobista da indústria das armas. Passam o tempo todo pensando em truques para desacreditar os movimentos que combatem suas corporações. Chamam-se a si próprios de Mercadores da Morte. Bebem como gambás, enquanto sopram fumaça na cara uns dos outros.

(...)

A indústria do cigarro tem uma tradição de fraudes. A primeira tem quase 40 anos. Alarmada com a primeira pesquisa que detectou câncer em ratos pincelados com extrato de nicotina, a indústria adotou uma estratégia que se repete: promete a verdade, abre supostos institutos de pesquisa e continua a difundir inverdades.

Um marco dessa política é o anúncio publicado em 4 de janeiro de 1954, em 448 jornais americanos. Sob o título, “A Frank Statement to Cigarette Smokers” (Uma declaração Franca Para os Fumantes), os fabricantes diziam não haver provas de que cigarro causasse câncer e se dispunham a divulgar qualquer novidade que surgisse em relação à nocividade do fumo. “Acreditamos que os produtos que fabricamos não são prejudiciais à saúde”, dizia um trecho do anúncio.

A declaração era falsa – pesquisas dos fabricantes, a mais contundente em 1953, haviam apontado que cigarro era cancerígeno.

Essa pesquisa só veio à tona nos anos 90, quando procuradores levaram a indústria aos tribunais sob a acusação de que ela havia fraudado a saúde pública, e as finanças dos Estados que bancavam os tratamentos, ao esconder os males causados pelo cigarro.

O centro de pesquisa que a indústria criou em 1954, o Tobacco Industry Research Committee, virou um instrumento de relações públicas. Foi usado para desacreditar pesquisas acadêmicas.

A indústria culpava a poluição e a alimentação. Em 1962, um médico do Sloan-Kettering Institute, um dos mais importantes centros de câncer de Nova York, dizia que “tem mais cancerígenos em um tomate do que num maço de cigarro”. A Philip Morris criou um prêmio anual de US\$ 25 mil para médicos do centro.

Em 1964, quando sai o primeiro relatório do governo americano sobre cigarro, a indústria criou a mais eficaz de suas estratégias: começou a difundir a ideia de que as pesquisas não eram conclusivas.

Todas essas idéias nasceram dentro de uma agência de relações públicas de Nova York, a Hill & Knowtown.

O plano era muito simples: pesquisadores que se disponham a endossar as idéias da indústria são agraciados com financiamentos e acesso à mídia.”¹⁴⁶

3.5.1. Aprofundando a análise do Nexo de Causalidade

Poucos civilistas adentram na questão da responsabilidade civil do tabaco.

¹⁴⁶ ALVARENGA, Tales, “Pura Provocação”, Veja, ed. n° 1464, 02.10.1996, pag. 113.

É difícil encontrar a análise da matéria mesmo em tratados ou manuais de Responsabilidade Civil.

Carlos Roberto Gonçalves, por exemplo, que trata em seu *Responsabilidade Civil* de danos decorrentes de ruptura de concubinato, de energia atômica, na Internet, por *overbooking*, por gravidez acidental, da AIDS, etc., não toca no tema da responsabilidade pela exploração do tabaco.

Rui Stoco, apenas na última edição de seu Tratado de Responsabilidade Civil, em 2007, abordou o assunto, infelizmente de forma refratária à punibilidade das tabaqueiras:

“Não se discute que o uso reiterado do fumo causa doenças. Todavia, essa constatação é insuficiente. Há de se comprovar que a doença adquirida decorreu efetivamente do hábito reiterado de ingerir fumaça de cigarro, charuto cachimbo ou similar.

Não se desconhece, nem se deve desprezar o fato de que inúmeros produtos são considerados nocivos e causadores de inúmeras moléstias, como acima especificado, de sorte que se mostra realmente muito difícil – cabe reiterar – dizer qual deles foi a causa eficiente da doença: o cigarro, o álcool, o agrotóxico contido nos alimentos, a vida desregrada e o estresse, os alimentos transgênicos, o excesso de medicamentos, a hereditariedade, a obesidade etc.”¹⁴⁷

Pedimos licença, primeiramente, para aquilatar que o insigne civilista iniciou a abordagem do assunto, em seu livro, sob uma premissa desatualizada. Citando Mário César Carvalho, comenta as poucas ações procedentes nos EUA até 1992¹⁴⁸. Contudo, não considerada a reviravolta dessas ações a partir de 1997, nos termos do item “3.1” acima.

Sem embargo da contribuição do jurista ao direito civil, verifica-se claramente a dificuldade do autor em analisar a questão sob a ótica do direito consumerista.

Wendell Lopes Barbosa de Souza foi claro e didático ao comentar:

“O tema foi abordado por Rui Stoco, enfocando-o sob o regramento do Código de Defesa do Consumidor, negando, contudo, que o cigarro seja um produto defeituoso, a teor do que dispõe o § 1º do art. 12 da Lei nº 8.078/90, ante a previsibilidade e a normalidade dos riscos à saúde acarretados por seu longo consumo.

A bem da verdade, o eminente jurista se colocou muito refratário à ideia de indenização pelos danos causados pelo cigarro, fundando-se, basicamente, além da negativa de aplicação do art. 12 da Lei Consumerista, em duas premissas: primeira, na dificuldade

¹⁴⁷ Stoco, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 795.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 793.

da prova do nexu causal entre a fabricação e o fornecimento do cigarro e o dano acarretado por seu consumo; segunda, pela adesão voluntária do consumidor ao eventual prejuízo para sua saúde.

O mesmo Rui Stocco consolida sua não aderência à tese indenizatória diante de um dado: deu notícia da procedência de uma única ação dessa natureza em primeira instância da justiça brasileira, confirmada em grau de recurso, no estado do Rio Grande do Sul (Ap. 70.007.090.798 - j. 19.11.2003), sem informar quanto ao desfecho em Tribunal Superior.

Mas, no caso presente, não se pode olvidar da presença de todos os elementos necessários para a regência do tema pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo o fumante consumidor de um produto fornecido pelos fabricantes de cigarros.

E, "se o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera" (§ 12do art. 12 do CDC), pode-se argumentar com a hipótese de o cigarro ser considerado como um produto defeituoso, obrigando o fabricante ao reparo do mal causado pelo seu consumo, lembrando Cláudia Lima Marques, nesse particular, que

no CDC a garantia de segurança do produto ou serviço deve ser interpretada como reflexo do princípio geral do CDC de proteção da confiança. Nesse sentido, o dever de qualidade-segurança será limitado, como afirma o § 12 do artigo 12 do CDC. Não se trata de uma segurança absoluta, mesmo porque o CDC não desconhece ou proíbe que produtos normalmente perigosos sejam colocados no mercado de consumo - ao contrário, concentra-se na ideia defeito, de falha na segurança legitimamente esperada. (Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais, p. 1.199)

Diga-se que, durante a confecção do presente trabalho, a Souza Cruz foi condenada a indenizar uma consumidora que desenvolveu doença pelo uso de cigarros. A 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no dia 27 de agosto de 2008, nos autos do processo n2 70015107600, reformou sentença de primeiro grau e condenou, por dois votos a um, a Souza Cruz S.A. a indenizar uma fumante que desenvolveu cardiopatia isquêmica, tendo enfartado em decorrência do consumo, por 35 anos, de cigarros fabricados pela ré. Reconhecendo à culpa concorrente no ato de fumar, o Colegiado arbitrou em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a reparação por danos morais à consumidora Cleomar Terezinha Gonçalves, de Passo Fundo. Aplicando o Código do Consumidor, o relator do apelo da demandante, Desembargador Tasso Caubi Soares de Delabary, ressaltou que há responsabilidade objetiva da indústria pelos danos causados à saúde da fumante. Salientou existir farta prova da relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença da consumidora. Conforme o magistrado, as provas demonstram que a autora adquiriu o hábito de fumar a partir da propaganda enganosa da ré. Afirmou que "*a indústria associou o consumo de cigarro ao sucesso pessoal, ocultando do público, por décadas, os componentes maléficos à saúde humana existentes no produto*". Cleomar Terezinha começou a fumar por volta da década de 70, aos 13 anos. Em alguns períodos chegou a consumir cerca de quatro carteiras de cigarros por dia. O enfarto do miocárdio aconteceu em 1997. O Desembargador Odone

Sanguiné acompanhou o mesmo entendimento do relator, reconhecendo "a existência de provas contundentes de que a autora adquiriu o vício estimulada pelas propagandas veiculadas pela ré". A Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi também entendeu ser possível a aplicação do Código do Consumidor para que se reconheça o dever de indenizar. Porém, ressaltou ser necessário que se demonstre o nexo causal entre a doença e o hábito de fumar, o que não se verificou na hipótese. Ainda são cabíveis os respectivos recursos, inclusive o especial ao Superior Tribunal de Justiça, que até o presente momento não se pronunciou sobre a questão."¹⁴⁹ e ¹⁵⁰

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre a matéria no Recurso Especial nº 1.113.804, em 24/06/2010, objeto de severa crítica de Denis Donoso:

“De outro lado, no que se refere ao nexo de causalidade, estou pouco convencido dos argumentos lançados pela doutrina e, mais recentemente, pelo STJ de que não é possível atribuir a doença ao consumo do tabaco. Outras realmente, podem ser as causas do câncer, de doenças pulmonares e circulatórias, mas a possibilidade de que tenham sido causadas pelo consumo do tabaco é elevadíssima. A discricionariedade do julgador, talvez, devesse pender a favor das supostas vítimas, especialmente se considerar que elas são consumidoras sob o manto de proteção da Lei 8.078/90.”¹⁵¹

Há que ser feita, ainda, outra ressalva. A de que a necessidade de demonstração de inexistência do nexo causal entre a doença e o hábito de fumar deve ser feita pelo fornecedor, como já amplamente analisado nos itens “3.4” e “3.4.1” acima.

Caso contrário, também estar-se-á negando vigência ao art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A respeito do tema, a fabricante de cigarros Souza Cruz encomendou a um Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, aposentado em 19 de janeiro de 2006¹⁵², o

¹⁴⁹ *A Responsabilidade Civil Objetiva Fundada na Atividade de Risco*, ps. 164/166.

¹⁵⁰ Reforçam a crítica, a Rui Stoco, Rodolfo Menezes Lopes de Barros e Rodrigo Medeiros de Barros:

“o respeitado civilista Rui Stocco defende que, no caso de se aceitar a responsabilidade civil das empresas produtoras de cigarro, dever-se-ia também responsabilizar, sob o mesmo fundamento, as indústrias de bebidas alcoólicas, produtos transgênicos, adoçantes e outros com suspeita de conter substâncias cancerígenas.

Não obstante, concorda-se com Leandro Bittencourt Adiers e Silvio Tonietto quanto ao fato de que todo aquele que explora uma atividade perigosa tem por obrigação avaliar o seu produto através de teste, a fim de evitar prejuízos aos consumidores, bem como a terceiros, sob pena de responder objetivamente por eventuais danos” (*Responsabilização das Indústrias Fumígenas por Danos Causados aos Consumidores Fumantes*, Revista Jurídica Consulex – Ano XIV – Nº 334 – 15 de dezembro/2010, ps. 59/60.

¹⁵¹ *Indústria do Tabaco e Responsabilidade Civil – Primeiras impressões do Julgamento do Recurso Especial 1.113.804*, Revista Bonijuris – Ano XXII – nº 561 – Agosto/2010.

¹⁵² José Carlos Moreira Alves.

seguinte parecer, de 06 de novembro de 2006, que vem sendo amplamente utilizado nos processos judiciais da tabaqueira, que ora transcrevemos parcialmente, em razão do interesse da análise de seus quesitos nº III e IV:

CONSULTA

1. Os Drs. Paulo Rogério Brandão Couto e Cristiane Romano, em nome de sua cliente Souza Cruz S/A, me solicitam parecer sobre questão que assim resumem, para, afinal, apresentaremos quesitos que desejam enfrentados:

"As ações conhecidas como Fumo & Saúde, em linhas gerais, são pleitos de consumidores que, após o uso prolongado de cigarros, adoeceram e buscam reparação de danos morais e materiais. Há casos em que os próprios fumantes ingressam com as demandas, e outros em que os filhos e/ou cônjuge vivo litigam em razão do falecimento do familiar

Os principais fundamentos usados nesta espécie de demanda podem ser assim resumidos: (I) a doença foi causada pelo consumo de cigarros; (II) o cigarro seria um produto defeituoso por estar associado a riscos para a saúde (e, em alguns casos, também se alega que o produto seria defeituoso por defeito de informação); (III) o consumo do produto foi iniciado em razão de propaganda enganosa; (IV) as companhias de cigarro não informavam, antes de 1988, que o cigarro estava associado a riscos para a saúde - e seriam obrigadas a tanto em razão do princípio da boa-fé; e (V) o consumidor não consegue parar de fumar em função de sua dependência ao cigarro (resultado da substância nicotina).

Para contestar esta espécie de demanda, a consulente aduz em sua defesa os seguintes argumentos: (a) sua atividade, produção e comercialização de cigarros, não só é lícita mas amplamente regulamentada, tendo merecido até mesmo atenção do legislador constituinte (art. 220, § 4º, da Constituição Federal); (b) a propaganda de cigarros não é enganosa ou abusiva, e atende aos regulamentos editados pela Anvisa, e ao que dispõe a Constituição Federal e legislação ordinária; (c) o cigarro não é um produto defeituoso, mas um produto de periculosidade inerente, cujos riscos associados ao seu consumo estão em consonância com as expectativas dos consumidores e que, portanto, não gera dever de indenizar; (d) desde que surgiu a determinação legal, em 1988 (três anos antes de o CDC entrar em vigor), a consulente passou a informar os riscos associados ao consumo de cigarros, por meio das cláusulas de advertência determinadas pelo Poder Público; antes disso não havia qualquer obrigação legal nesse sentido; (e) os riscos associados ao consumo de cigarros são de conhecimento dos consumidores há várias décadas de modo que os referidos riscos são por todos razoavelmente esperados; (f) não hánexo causal entre a veiculação de publicidade de cigarros e o fato de as pessoas começarem a fumar, estando o início do consumo do produto relacionado ao ambiente social em que a pessoa se insere; (g) o nexocausal entre as doenças alegadas pelos autores e o consumo do produto fabricado pela consulente não pode ser provado, pois, além dessas doenças serem classificadas como "doenças multifatoriais" (diversos fatores de risco estão associados à sua gênese), a associação do cigarro com as referidas doenças é meramente estatística, o que leva a consulente a afirmar que os dados estatísticos populacionais não são aptos ao estabelecimento da causa de uma doença em um indivíduo isolado; (h) há culpa exclusiva do consumidor, uma vez que a decisão de fumar ou não fumar é tomada por um público esclarecido e

informado, que faz uma opção comportamental, e nada impede que, mesmo depois de feita tal opção, os fumantes venham a tomar a decisão de parar de fumar e efetivamente pô-la em prática; independentemente da questão da dependência, o fato é que as pessoas param de fumar; a nicotina não é capaz de intoxicar o consumidor afetando a sua autodeterminação.

Esses são, em síntese, os argumentos apresentados pela consulente que, inclusive, têm baseado as decisões das Cortes do nosso país, que vêm rejeitando pedido de indenização lastreados nos danos à saúde atribuídos ao consumo de cigarros.

Feitos esses esclarecimentos genéricos, formulamos os seguintes quesitos a V. Exa.:

I - Dentre as doutrinas que procuraram estabelecer os limites da noção jurídica de causa (teoria da equivalência das condições/teoria da causalidade adequada/teoria da causalidade eficiente/teoria da causa direta e imediata), qual foi a adotada pelo artigo 1.060 do Código Civil de 1916 e pelo artigo 403 do Código Civil de 2002?

II- No caso das ações indenizatórias acima referidas, é correto afirmar que, abstraídos os óbices legais, para a configuração da responsabilidade civil da consulente seria indispensável a prova inequívoca da suposta relação de causalidade entre o ato de fumar e a doença invocada, sendo insuficiente para o caso concreto, a associação estatística e genérica (para fins epidemiológicos) da doença com o consumo de cigarros? Em outras palavras, tendo em vista que as doenças associadas ao tabagismo são de natureza multifatorial (associadas a múltiplos fatores de risco distintos), sendo certo que nem todos os fumantes delas padecem e, ao mesmo tempo, que tais doenças também se manifestam em quem jamais consumiu cigarros, condenar a consulente sem a prova concreta do nexo de causalidade relativa ao caso específico não equivaleria a simplesmente presumir esse nexo, o que não se admite em nosso ordenamento jurídico?

III - Considerando que as doenças associadas ao consumo de cigarros são multifatoriais e, portanto, estão associadas a diversos e distintos fatores de risco (todos eles potencialmente causadores da enfermidade, em conjunto ou isoladamente), não sendo, entretanto, possível estabelecer qual deles, se algum, foi o causador da doença em um indivíduo isolado e mesmo se algum dos fatores de risco teve alguma participação (e em que medida) na gênese da doença, seria correto se falar em causalidade sucessiva, concorrente ou alternativa em tais casos? e

IV - Qual é o âmbito de incidência dos artigos 927, parágrafo único, e 931 do novo Código Civil? Teriam eles aplicabilidade aos casos em que se alegam danos decorrentes do consumo de cigarros e, portanto, sujeitos às disposições do CDC? Mais: ainda que sejam aplicáveis, este fato teria alguma relevância em função do exame do nexo de causalidade anteriormente procedido?"

PARECER

2. Passo a examinar os quesitos, na ordem em que foram formulados.

(...)

4. No tocante ao segundo quesito, respondo que é correto afirmar-se que, abstraídos os óbices legais para a configuração da responsabilidade civil da consulente, é indispensável a prova inequívoca da relação de causalidade entre o ato de fumar e a

doença invocada, sendo insuficiente, para o caso concreto, a associação estatística e genérica, para fins epidemiológicos, da doença com o consumo de cigarros.

Com efeito, são multifatoriais as doenças associadas ao tabagismo, pois a habitualidade dele, em si mesma, não é, para o surgimento dessas moléstias, condição necessária (único fator de risco para o desenvolvimento delas) ou suficiente (sempre a elas conduzirá), e isso porque inúmeras pessoas há que contraem doenças com esse fator de risco, apesar de nunca terem fumado, ao passo que outras existem, também inúmeras, que fumam durante quase toda a vida e não as contraem.

Assim sendo, para se afirmar que um dos vários fatores de risco que podem provocá-las foi a causa que as produziu, é necessário que haja prova segura, no caso concreto, de qual desses fatores foi essa causa, máxime em se tratando de doenças cujo desenvolvimento se faz no curso de prolongado período de tempo, o que, em geral, propicia a exposição da pessoa a, pelo menos, alguns desses fatores de risco, sem se levar em conta, ainda, que, em diversas dessas doenças, há fatores dessa natureza cuja identificação ainda não se fez com a necessária segurança.

Ora, o que os estudos epidemiológicos, para fins de saúde pública com referência a uma população específica ou a qualquer população, pretendem, genérica e estatisticamente, é demonstrar que uma pessoa exposta a um determinado fator de risco tem mais probabilidade de desenvolver certas doenças do que aquela que a esse mesmo fator não está exposta. Não visam esses estudos, evidentemente, a afirmar que esse fator de risco de uma doença multifatorial é o que a causa realmente numa determinada pessoa. Isso só se pode estabelecer, no caso concreto, por meio de prova idônea, e não de meras suposições, da existência real desse nexo de causalidade segundo a teoria seguida pelo ordenamento jurídico, até porque, como já salientado, nem todos os expostos a tal fator de risco contraem essas doenças que, no entanto, são contraídas por muitos que a ele nunca foram expostos.

5. No que concerne ao terceiro quesito, minha resposta é a de que, sendo multifatoriais as doenças associadas ao consumo de cigarros, e, assim, estando associadas a diversos e distintos fatores de risco, todos potencialmente causadores dessas enfermidades, em conjunto ou isoladamente, não se pode genericamente falar, no tocante a um desses fatores de risco em face dos demais, e para o efeito de responsabilização, em causalidade sucessiva, concorrente ou alternativa entre eles.

A causalidade sucessiva ocorre quando, para a produção do dano, há diversas causas, em que uma delas é diretamente responsável pela produção dele, e as demais, de que aquela se originou, o são indiretamente.

Por outro lado, dá-se a causalidade concorrente, ou quando a vítima concorre parcialmente, com sua conduta, para a produção do dano, juntamente com a pessoa que é apontada como o único causador dele, ou então quando há concorrência simultânea de fatos como causas necessárias a que o dano se produza.

E existe causalidade alternativa (que será mais bem denominada causalidade suposta, como propõe CLOVIS DO COUTO E SILVA - *Responsabilidade alternativa y acumulativa*, in *O Direito Privado brasileira visão de CLÓVIS DO COUTO E SILVA*, p. 236. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 1997) com relação a problemas de responsabilidade de massa, como é o caso de uma pessoa com uma arma, dentre muitas outras também armadas, causar dano, sem que se saiba qual tenha sido o seu autor dentro do grupo, quando então a solução ou é a de que nenhum deles responde, ou é a de que respondem todos solidariamente, aplicando-se, para isso, a causalidade alternativa, que, em verdade, não é espécie de causalidade, mas sim de imputação de responsabilidade aos agentes por não ter sido possível determinar qual deles individualmente foi o autor do dano, e isso porque o fato que deu margem ao prejuízo é único e certo - o tiro -, mas se desconhece quem tenha sido, no grupo, o seu autor.

Ora, com relação a um fator de risco - como é o tabagismo - de doença multifatorial aferido epidemiologicamente, a par dos outros fatores de risco da mesma doença também assim aferidos, com precisão ou sem ela, não há que se falar em causalidade sucessiva, uma vez que é possível que todos esses fatores de risco, enquanto tidos como tais, sejam causas da doença, mas não o são necessariamente como o exige a teoria, acolhida pelo nosso ordenamento jurídico, do dano direto e imediato na vertente da subteoria da **necessariedade**.

No concernente a fator de risco de doença multifatorial aferido epidemiologicamente, não há como sustentar-se a ocorrência de causalidade alternativa ou suposta, visto como a questão relativa a esse fator não é a de não se saber quem foi, dentre os integrantes de um grupo, o causador do dano para imputar-lhe a responsabilidade, e isso porque o autor do fator de risco, no caso do tabagismo, é, sem dúvida, o fabricante do produto de tabaco usado pelo consumidor.

E, também relativamente a fator de risco de doença multifatorial aferido epidemiologicamente, não há que se pretender a ocorrência de causalidade concorrente. Com efeito, não vem ao caso a hipótese de concorrência das condutas do agente tido como o causador do dano e da vítima para a exclusão parcial da responsabilidade daquele pelo comportamento desta, pois essa hipótese diz respeito à imputação do dano ao agente e à vítima pela conduta de ambos, e não à produção dele pelos fatores de risco considerados em si mesmos (Henri et Léon MAZEAUD e Jean MAZEAUD (ob. cit., tomo II, nº 562, p. 510) sustentam a existência, na responsabilidade civil, de dois nexos de causalidade: um entre a atividade do demandado e a inexecução da obrigação; outro entre essa inexecução e o dano.). Nem se dá, de outra parte, a concorrência desses fatores de risco como causas necessárias dessas doenças, porque - como salientei quanto à causalidade sucessiva -, enquanto considerados eles como fatores de risco, não é possível determinar, para efeito de responsabilidade, por se situarem no terreno problemático da probabilidade, qual deles seja a causa necessária da doença multifatorial, nem que, concorrentemente, alguns deles sejam as causas necessárias dela.

6. Por fim, o quarto quesito se desdobra em três indagações:

- a) Qual o âmbito de incidência dos artigos 927, parágrafo único e 931 do novo Código Civil?
- b) Teriam eles aplicabilidade aos casos em que se alegam danos decorrentes do consumo de cigarros e, portanto, sujeitos às disposições do CDC? e
- c) Ainda que sejam aplicáveis, este fato teria alguma relevância em função do exame do nexo de causalidade anteriormente procedido?

* * *

Examino a primeira dessas indagações.

Rezam respectivamente o parágrafo único do artigo 927 e o artigo 931 do novo Código Civil:

"Art. 927."

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"; e

"Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

Das expressões "nos casos especificados em lei" e "ressalvados outros casos previstos em lei especial", utilizadas respectivamente nos dispositivos acima referidos, decorre logicamente que continuam em vigor os casos previstos na legislação especial já existente em face da lei geral posterior que é o novo Código Civil.

Com efeito, a expressão "nos casos especificados em lei" indica, não só os que vierem a ser contemplados em leis futuras, mas também os previstos nas leis especiais que, embora anteriores à vigência do novo Código Civil, continuam em vigor.

Por outro lado, a expressão "ressalvados outros casos previstos em lei especial", que se encontra no mencionado artigo 931, fruto de emenda apresentada na primeira passagem do Projeto pela Câmara dos Deputados anteriormente à edição do Código de Defesa do Consumidor e com a finalidade de proteção aos consumidores, passou a significar, com a entrada em vigor do novo Código Civil quando já vigia o citado Código de Defesa do Consumidor, que de sua incidência estavam excluídas as relações de consumo.

É, pois, a interpretação desses dispositivos citados do novo Código Civil que afasta, quanto à responsabilidade neles tratada, a revogação das normas especiais, a ela atinentes, como as do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, à primeira indagação deste quarto quesito respondo que, como legislação geral, o âmbito de incidência dos mencionados dispositivos do novo Código Civil alcança as relações jurídicas que não sejam as disciplinadas por lei especial, inclusive as anteriores a ele e por ele não revogadas.

No concernente à segunda das indagações deste quarto quesito, minha resposta é negativa.

Recentemente, em maio de 2005, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, no recurso especial nº 304.724, sendo relator o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, no sentido de que, quanto à responsabilidade do fabricante de cigarros com referência ao fumante, como responsabilidade por fato do produto, "é de natureza consumerista", havendo "regulação específica deste vício na relação de consumo."

Ora, se o âmbito de incidência dos artigos 927, parágrafo único, e 931 do novo Código Civil não alcança, como já acentuei, as relações jurídicas disciplinadas por lei especial, como é o Código de Defesa do Consumidor, e, portanto, as relações de consumo, os casos em que se alegam danos decorrentes do consumo de cigarros, e que estão sujeitos às disposições do último desses Códigos, não são alcançados pelos dois artigos acima referidos.

À terceira indagação contida neste quarto quesito respondo que, ainda quando fossem aplicáveis - e não o são - os artigos 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil de 2002 aos casos em que se alegam danos decorrentes do consumo de cigarros e que estão sujeitos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, essa circunstância não teria qualquer relevância em função do exame, a que anteriormente procedi, do nexo de causalidade como requisito da responsabilidade nessa relação de consumo.

Com efeito, não há diferença entre o requisito do nexo de causalidade na responsabilidade objetiva ou subjetiva prevista no atual Código Civil e o relativo à responsabilidade, que é objetiva, estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo.

Em assim sendo, e não tendo sido adotada pela codificação de defesa do consumidor qualquer das teorias do nexo de causalidade, é de aplicar-se às relações de consumo a teoria que a esse respeito foi encampada pela lei geral que é o Código Civil.

7. Esse, s. m. j., é o meu parecer.

Brasília, 06 de novembro de 2006.”

Não havendo quarentena para que um ex-ministro do Supremo Tribunal Federal ofereça parecer, ocorrido em menos de 11 meses de sua aposentadoria, o mesmo é válido.

Parece-nos, contudo, com todo o respeito, flagrantemente direcionados os quesitos, e respondidos sem a cautelar observância das prescrições do Código de Defesa do Consumidor.

Não transcrevemos a resposta ao quesito “I” supratranscrito ante o público e notório reconhecimento de que a relação entre os exploradores de tabaco e os fumantes é de *consumo*. Portanto, desnecessária a análise da responsabilidade segundo a ótica do Código Civil.

Relativamente aos quesitos II e IV acima, verifica-se que o parecerista desconsidera francamente o Código de Defesa do Consumidor, pois sendo o caso de uma inegável relação de consumo, a inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII) e a presunção de culpa (art. 12, § 3º, incisos I a III, do Código de Defesa do Consumidor) se impõem. Em outras palavras, ao fornecedor é que compete a prova de que o produto não causa mal, para se eximir da condenação pelos malefícios proporcionados.

Por fim, quanto à questão das causalidades sucessiva, concorrente ou alternativa, pedimos licença para aquilatar que um típico exemplo de direito penal, não deveria exemplificar uma questão de responsabilidade do fornecedor por um produto adrede colocado no mercado à disposição do consumidor.

Ainda assim, analisemos outro exemplo pouco mais detalhado, trazido a lume por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

“Caso semelhante foi apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Na cidade de Flores da Cunha, durante um desfile de carros alegóricos da 1ª Festa da Vindima, uma pessoa foi ferida gravemente por um disparo de arma de fogo. O tiro partiu de um carro alegórico denominado “Os Caçadores”, tendo em vista que seus ocupantes portavam espingardas de caça e carregavam uma gaiola com pombos a serem soltos e alvejados diante do palanque oficial. Antes, porém, efetuaram disparos com balas de festim, utilizando, em vez de chumbo, confete. Porém, uma das balas disparadas era de verdade, tendo atingido um assistente no rosto e no tórax, causando-lhe perda da visão do olho direito e problemas pulmonares. Nenhum dos caçadores que desfilavam no carro alegórico assumiu a autoria do fato, sendo absolvidos na esfera penal. Optou, então, a vítima por mover ação indenizatória contra todos os ocupantes do carro alegórico conjuntamente. Como responsabilizar conjuntamente todos os ocupantes do carro se apenas um deles efetuou o disparo?”

A solução do Tribunal de Justiça do Estado foi no sentido da procedência da demanda, acolhendo a teoria da causalidade alternativa, com base na interpretação sistemática dos arts. 904 e 1.518 do Código Civil de 1916407 (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, 1ª Câm. Cív., AC 11.195, Flores da Cunha, ReI. Des. Oscar Gomes Nunes, j. 25-11-1970, v. u., *Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, p. 206-8: "Responsabilidade Civil. É solidária a responsabilidade, muito embora só um tenha sido o causador do dano, se o fato decorreu da falta do dever de vigilância na guarda de coisa perigosa e que a todos competida zelar. Sentença reformada para julgar procedente a ação. Decisão unânime.)

Essa decisão, porém, foi modificada pelo STF, que julgou improcedente a demanda, em face da impossibilidade de identificação do agente causador dos danos (*RTJ*, n. 83, p. 966-8).¹⁵³

A questão do exemplo não é de se saber qual dos ocupantes dos carros alegóricos efetuou o disparo que gerou a triste perda da visão de um olho e problemas pulmonares da vítima, mas quem foi o responsável pelo evento e pelo carregamento das espingardas.

Quanto ao mais, ante a ausência de maiores fundamentos na resposta ao quesito nº III do parecer em comento, reiteramos o quanto aquilatado no item “2.1” supra.

3.6. A Prova do Consumo de Marca do Mesmo Fabricante (o Polo Passivo)

Algumas ações têm sido desacolhidas pelo fato de não restar provado o consumo exclusivo de produtos do mesmo fabricante:

INDENIZAÇÃO – Ação movida por doente de câncer em face de fabricante de cigarros – Inexistência de prova de consumo exclusivo de produtos da ré – Inexistência de prova denexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truísmo de que cigarro causa câncer – Adesão espontânea ao vício – Dever de indenizar não reconhecido – Ação improcedente – Recurso não provido. (TJSP - 4ª C. de Direito Privado – Ap. nº 110.454-4 – Rel. Narciso Orlandi – j. 22.02.01)

RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral – Doença provocada pelo fumo – Indução ao uso do cigarro por propaganda enganosa – Inocorrência – Informação sobre os malefícios do vício – Desobrigatoriedade à época em que a autora adquiriu o hábito de fumar – Hipótese, ademais, em que não comprovado o consumo exclusivo de

¹⁵³ *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e Defesa do Fornecedor*, ps. 271 e 275.

cigarros da ré – Ação improcedente – Recurso não provido. (TJSP - 10ª C. de Direito Privado – Ap. nº 233.743-4/0-00 – Rel. Carvalho Viana – j. 16.08.05)¹⁵⁴

A prova do uso exclusivo da mesma marca, assim como já comentado em relação à prova do consumo do produto, deve ser feita por todos os meios permitidos em direito.

Válido lembrar que no Brasil a Souza Cruz é a maior fabricante de cigarros do país, dona de seis das oito marcas mais vendidas, e com 75% do mercado.¹⁵⁵

Em havendo o consumo periódico de mais de uma marca de fabricantes diferentes, salvo melhor juízo, todas as empresas devem ser acionadas proporcionalmente ao período consumido.

3.7. Utilização do Juizado Especial

A possibilidade de proposição de ação indenizatória para o custeio de tratamento médico para largar o vício do tabagismo no Juizado Especial Cível já foi aceita em segunda instância do Juizado Especial em São Paulo.

A ação, movida por um sacerdote, visou à condenação da companhia fabricante no valor de R\$ 4 mil relativo ao tratamento destinado a livrá-lo da alegada dependência do cigarro.

A incompetência dos Juizados Especiais processarem e julgarem causas relacionadas ao tabagismo, contudo, foi confirmada pela pelo Supremo Tribunal Federal, em 14 de abril de 2011, às vésperas do fechamento desta edição¹⁵⁶. A execução da decisão de indenização para o tratamento do autor já havia sido suspensa por decisão monocrática de 14 de março de 2007, na Ação Cautelar (AC) nº 1590, que concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

O STF entendeu não preenchido o aspecto da menor complexidade constante da lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; (destacado)

¹⁵⁴ Ainda no mesmo sentido: TJSP - JTJ 240/100.

¹⁵⁵ Revista Exame, Melhores e Maiores 2005.

¹⁵⁶ RE nº 537427.

Na prática, o acesso à Justiça das classes mais baixas da população, com maior prevalência de adictos ante o pouco acesso à informação e à educação, como acima mencionado¹⁵⁷, torna-se uma utopia.

3.8. Ações Coletivas Indenizatórias e de Proteção e Defesa do Consumidor

Embora o governo brasileiro tenha se mantido omissivo em relação à defesa judicial da Saúde Pública em face do tabaco, diversamente da atitude dos Estados Norte-Americanos, associações de defesa dos direitos indisponíveis específicos dos fumantes e ex-fumantes de nível regional¹⁵⁸ e nacional, como a Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESF, vêm defendendo o direito indisponível à saúde e à vida dos adictos ao tabagismo por meio de ações coletivas.

É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o período de pré-constituição de associação civil com finalidade institucional de defesa de direitos individuais homogêneos pode ser dispensado em havendo interesse social, ou quando complete o tempo no curso do processo, como se observa dos seguintes acórdãos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONJUNTO RESIDENCIAL. MUTUÁRIOS. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MUDANÇA DOS MORADORES DIANTE DO RISCO DE DESABAMENTO. REQUISITO DA PRÉ-CONSTITUIÇÃO HÁ UM ANO DISPENSADO.

Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação. (STJ – 4ª T. – Resp. nº 520454 / PE – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 15/04/2004)¹⁵⁹

Processo civil. CDC. Recurso especial. Ação civil pública. Tempo mínimo de constituição da associação. Legitimidade ativa.

¹⁵⁷ Item “1.4”.

¹⁵⁸ Por exemplo, a Associação Cearense de Defesa da Saúde do Fumante e Ex-Fumante – ACEDESFE e a Associação dos Consumidores Explorados do Distrito Federal, que tiveram suas ações movidas contra a Souza Cruz julgadas extintas sem julgamento do mérito; a da primeira em outubro de 2004, pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará (<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=155709> - acessado em 21.01.2007), e a segunda conforme citação da própria Souza Cruz no processo indicado na nota nº “160”..

¹⁵⁹ No mesmo sentido: STJ – 4ª T – Resp. nº 140097 / SP – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - j. 04.05.2000.

Nos termos da legislação consumerista, a associação legalmente constituída há pelo menos um ano tem legitimidade para promover a defesa coletiva dos interesses do consumidor.

Em observância aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, deve ser reconhecida a legitimidade ativa da associação que complete um ano de constituição durante o curso do processo. (STJ – 3ª T. – Resp. nº 705469 / MS - Rel. Min. Nancy Andrighi - j. 16.06.2005)

O Ministério Público Federal de São Paulo em 2003, por sua vez, dentro de sua função institucional de proteção dos interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal), ingressou com uma ação civil pública requerendo a proibição do fabrico e comercialização do tabaco, através do cancelamento do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica das tabaqueiras Souza Cruz S/A e Philip Morris do Brasil S/A, com base na antiga lei de entorpecentes, que criminalizava a produção de substância que determinava dependência física ou psíquica.¹⁶⁰

A Justiça Federal de Primeira Instância, no entanto, não acolheu a pretensão da autora, tendo em vista a mudança da referida lei, como comentado no item “2.3” supra.

O Ministério Público Estadual de São Paulo, desde 2007, também aciona a indústria do tabaco pelos prejuízos causados ao Estado: processo nº 583.00.2007.206840-1, em trâmite pela 41ª Vara Cível de São Paulo.

Dentre as ações coletivas, a melhor posta, sem dúvida, é a da Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESF, tramitando desde 1995, e julgada procedente em 1ª Instância em 2004¹⁶¹, sendo que o Tribunal de Justiça Paulista, em 12/11/2008 – por ter sido acolhida a inversão do ônus da prova, com trânsito em julgado da decisão em grau de recurso pelo Superior Tribunal de Justiça - determinou a devolução dos autos à 1ª Instância para que as empresas Souza Cruz S/A e Philip Morris Marketing S/A provem *por meio de perícia médica, publicitária e oitiva de testemunhas, a existência ou não dos efeitos viciantes da nicotina, bem como a nocividade e influência da publicidade de seus produtos.*¹⁶²

Será interessante verificar como essa indústria provará a *inexistência dos efeitos viciantes da nicotina*, tendo em vista as multicitadas confissões expressa, da maior companhia tabaqueira em 1999, e tácita de toda a indústria norte-

¹⁶⁰ Processo nº 2003.61.00024997-1 – 10ª Vara Civil Federal de São Paulo

¹⁶¹ A íntegra encontra-se no Anexo adiante.

¹⁶² A íntegra do acórdão pode ser lida em: http://www.amata.ws/apelacao_479713-4.pdf.

americana com o acordo judicial para barrar a ação indenizatória por fraude contra a saúde pública; bem como que *a publicidade de seus produtos não foi nociva nem influenciou os consumidores a começarem a fumar*, já que 197 países, sob a tutela da Organização Mundial da Saúde, convencionaram proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, *seriamente preocupadas com o impacto de todos os tipos de publicidade, promoção e patrocínio destinados a estimular o uso de produtos de tabaco*, nos termos dos *considerandos* da Convenção Quadro para Controle do Tabaco.¹⁶³

De fato, é intrigante imaginar como o *público e notório* impacto da publicidade do tabaco *não foi nocivo nem influenciou os consumidores a comprarem o produto*, tendo em vista que muitos países já proibiram totalmente a publicidade do tabaco, estando inclusive o Brasil nesse caminho com a Consulta nº 117/2010 da Anvisa.

Mas o processo, que já transcorre por 16 anos¹⁶⁴, retornando à Primeira Instância do Poder Judiciário Paulista, certamente levará outros 16 a 32 anos para ver afastadas todas as impugnações possíveis e imagináveis em relação às provas periciais judiciais e das partes, nomeação de peritos e assistentes técnicos, formulação de quesitos, apelação e todos os tipos de agravos e embargos nas primeira e segunda instâncias, recurso especial, recurso extraordinário, etc.; para depois se iniciarem os processos de liquidação e de execução da sentença...

3.8.1. O perigo da Lei nº 9.494/97

Infeliz. Esse é o termo utilizado pela doutrina, mesmo a mais educada, para se referir à atuação do Executivo e do Legislativo pela edição da Lei nº 9.494/97:

“O Executivo, acompanhado pelo Legislativo, foi duplamente infeliz.

Em primeiro lugar, pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas. O que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado,

¹⁶³ Vide notas n^{os} 36 e 37.

¹⁶⁴ Que teve mais de 50 recursos e impugnações só na primeira instância.

contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história.

Em segundo lugar, pecou pela incompetência. Desconhecendo a integração entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei nº 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 da LACP é ineficaz.”¹⁶⁵

A ineficácia citada ocorre em razão da Lei nº 9.494/97 ter se valido de conceitos de fixação de competência territorial, ou seja, para qual Juízo deve ser direcionada a ação coletiva ou ação civil pública¹⁶⁶, para restringir o alcance da sentença, ou seja, matéria relativa à coisa julgada.

A Lei nº 9.494/97, resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.570/97 após cinco reedições, deveu-se ao interesse do governo federal em limitar o alcance de liminares concedidas contra o plano de privatizações da época.

Ocorre que poderia levar a um retrocesso estrondoso ao favorecer indústrias como a tabagista e toda a espécie de abuso contra o consumidor. Vejamos alguns exemplos práticos elucidativos abstraídos pela doutrina:

“Pensando em outra situação, analise-se determinada ação ordinária de cobrança proposta, por exemplo, pelo atuante Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, contra determinado banco, visando o pagamento da diferença de correção monetária verificada no mês de janeiro/89. Julgada procedente a ação proposta na capital do Estado de São Paulo, a sentença deverá se restringir aos consumidores do Estado de São Paulo? (...)

Outro exemplo pode ser vislumbrado em ação coletiva movida em face de empresa prestadora de serviços de saúde, questionando eventuais aumentos abusivos nas prestações devidas pelos associados. Imaginando ter a empresa-ré escritórios em diversos Estados, a sentença proferida em São Paulo, por exemplo, caracterizando o "sobre-reajuste" não autorizado por lei e nos contratos, atingiria somente os consumidores que assinaram os contratos de adesão no Estado de São Paulo? (...)

Arenhart e Marinoni dão outro interessante exemplo: "imagine-se uma ação coletiva, proposta para impedir a construção de uma barragem em determinado rio (que divida dois Municípios ou dois Estados); se a ação é proposta, para atender à intenção do art. 16 da Lei 7.347/85, em ambos os Estados Gá que em ambos ocorrerá o dano ambiental),

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellgrini *et alli*, *Op. Cit.*, p. 939.

¹⁶⁶ São denominações diferentes para uma mesma espécie *prática* de ação.

poder-se-ia imaginar a hipótese de um juiz (do Estado A) julgar procedente o pedido e o outro (do Estado B) considerá-lo improcedente? A barragem, então poderia ser construída até o meio do rio? E se já estivesse pronta a barragem (e a ação fosse repressiva), teria ela de ser destruída até a metade do rio? (...)". A questão se complicaria, ainda mais, observam os autores, nos casos de recursos interpostos contra as sentenças. Chegando ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça a decisão substitutiva desses órgãos deixaria de "ter abrangência nacional? E completam: "Assim como uma pessoa divorciada não pode ser divorciada apenas na cidade onde foi prolatada a sentença de seu divórcio (passando a ser casada em outros municípios), uma sentença proferida em ação civil pública não pode ter seus efeitos limitados a certa porção do território nacional. Os efeitos da sentença operam-se onde devam operar-se, e não onde o legislador queira que eles se verifiquem (ARENHART, S. c.; MARINONI, L. G., Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, p. 713-714. Mancuso, nesse sentido, elabora interessante raciocínio: "(00') até mesmo em situações alheias à jurisdição coletiva, sempre que se decidam temas unitários, que não comportam fracionamentos ou limitações geográficas, também seria inócua a tentativa de circunscrever a eficácia do julgado aos limites territoriais do órgão prolator: o casal divorciado no Rio Grande do Sul não pode retomar, alhures, outro estado civil (CPC, art. 472, segunda parte); o acusado que reincidiu em delito julgado num Estado da Federação não pode ser considerado réu primário em outro Estado; o contrato rescindido judicialmente na Bahia, não pode convalidar-se ou ressuscitar no Amazonas. Se assim se expande a coisa julgada nas decisões sobre temas unitários, mesmo no plano da jurisdição singular, por maioria de razão se há de reconhecer essa potencialização no plano da jurisdição coletiva, onde os interesses são metaindividuais" (A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais, RT 782/45)."¹⁶⁷

Pedro Lenza também comunica que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vindo sendo favorável à amplitude de efeitos de danos nacionais reconhecidos por um único Juízo:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apreendeu, com precisão, diferença entre o instituto da competência e os limites subjetivos da coisa julgada. Nesse sentido, confira os seguintes julgados: CC 17.532- DF, rel. Min. Ari Pargendler, e CC 17.533- DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, reconhecendo a amplitude de danos nacionais sendo resolvidos por um único juízo.”¹⁶⁸

¹⁶⁷ LENZA, Pedro, “Teoria Geral da Ação Civil Pública”, p. 266.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 273.

Bruno Freire e Silva colaciona outras interpretações dos Tribunais favoráveis à ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada pela Lei nº 9.494/97, das quais transcrevemos duas, por suas qualidades didáticas:

“Com o advento da Medida Provisória nº 1.570-5, que, tempos depois, foi convertida na Lei nº 9.494/1997, atribuiu-se nova redação ao art. 16 da Ação Civil Pública, para restringir a eficácia aos limites da competência territorial do órgão prolator. Esta regra é um verdadeiro absurdo. De flagrante inconstitucionalidade, por violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia, na medida em que aniquila exatamente a principal virtualidade de uma decisão coletiva, que é a eficácia *erga omnes* irrestrita. Felizmente, não tem sido acatada pelo Poder Judiciário, mesmo porque, regra idêntica foi mantida no Código de Defesa do Consumidor (art. 103), que pode muito bem ser invocada, uma vez que disciplina também, ação coletiva. A se considerar a atual redação do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, chegaríamos a situações absurdas e inusitadas. [...]” (AI 2002.04.01.008635-0/RS, 5ª t, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brun Vaz – Jurisprudência comentada por Gustavo Felipe Barbosa Garcia na *Revista de Processo*, nº 115, p. 248/256, 2004)

Pretende o Ministério Público ver deferida medida liminar que tenha abrangência nacional. A tal pretensão poder-se-ia opor o conteúdo da recente redação do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, dispondo que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator. O argumento, porém, não prospera, em especial por dois motivos: primeiro, porque o Código de Defesa do Consumidor, que também traça a disciplina comercial das ações coletivas e é aplicável às demais ações civis públicas, não traz a mesma vedação; segundo, porque a própria natureza do direito em questão não permite a sua cisão.” (3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre/RS, Autos nº 2000.71.000.009347-0, Autor: Ministério Público Federal, Réu: Instituto nacional de Seguro Social – Jurisprudência citada por Renato Rodrigues Filho em A concretização e os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob a orientação da Professora Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim)”¹⁶⁹

Mesmo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça favorável à amplitude de efeitos nacionais reconhecidos por um único Juízo, a infelicidade do Executivo e do Legislativo pela edição da Lei nº 9.494/97, ainda não apreciada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁰, certamente levará ações coletivas contra a indústria do fumo àquela Corte, se ela ainda não houver se manifestado

¹⁶⁹ SILVA, Bruno Freire e, “A Ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública, *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, nº 55, set/out. 2008, p. 131.

¹⁷⁰ De acordo com o mecanismo de busca *A Constituição e o Supremo*, do site da corte.

sobre a questão, dentro da política das companhias de tabaco de apresentar todos os recursos possíveis e imagináveis, atrasando o máximo possível os efeitos de eventual decisão favorável ao consumidor.¹⁷¹

¹⁷¹ Tanto Souza Cruz S/A quanto Philip Morris Marketing S/A apelaram na ação coletiva da Adesf para que os efeitos da decisão sejam limitados aos residentes no Município de São Paulo

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como a pandemia do ópio, em especial entre os asiáticos, levou décadas para ser extirpada, tendo inclusive gerado um conflito militar entre China e Inglaterra – Guerra do Ópio – quando o governo chinês tentou proibir a sua importação, livrando-se a China desse grave problema social apenas no início do século passado¹⁷², não se espera que a pandemia do tabagismo seja controlada sem grandes batalhas contra, agora, as empresas multinacionais.

Concluimos com a presente análise que a jurisprudência nacional que aplica a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, embora minoritária, está melhor cumprindo os preceitos trazidos com o ainda pouco compreendido direito consumerista brasileiro.

Procuramos, igualmente, com a citação das definições dos diversos institutos legais indigitados, sempre que possível, ter facilitado a compreensão dos termos técnicos aos leitores não afeiçoados com o linguajar jurídico, em especial jornalistas e profissionais da saúde que tanto questionam o porquê do Brasil ser um país onde as vitórias contra a indústria do fumo são minoria, apesar de uma lei específica no assunto tão avançada.

O Poder legislativo, federal e dos estados, tem instituído inúmeros benefícios aos portadores de neoplasia maligna;¹⁷³ e o Congresso Nacional editou o Código de Defesa do Consumidor há mais de vinte anos.

Ao Poder Judiciário cabe, por sua vez, cumpri-lo.

¹⁷² ENCICLOPÉDIA Britânica, Rio de Janeiro / São Paulo : 1964, v. 10, p. 116/117.

¹⁷³ Como aposentadorias civis e militares; o benefício de prestação continuada da Lei da Orgânica da Assistência Social - LOAS; a autorização para saque de depósitos do FGTS e PIS/PASEP; isenções em casos específicos de IPI e ICMS na compra de veículo, de IOF no financiamento da compra de veículo, e do IPVA; cirurgia de reconstituição mamária gratuita; etc. Sobre o tema, além de outras interessantes informações sobre o assunto, recomendamos o livro *Câncer, Direito e Cidadania*, de Antonieta Maria Barbosa, São Paulo, Editora Arx.

Parece-nos não restar dúvidas de que a inversão do ônus da prova em decorrência de danos provocados pelo fato do produto potencialmente nocivo derivado do tabaco é de aspecto obrigatório, ou seja, está fora do âmbito da discricionariedade do juiz, pelo caráter de ordem pública do CDC (art. 1º da Lei nº 8.078/90), ante as descobertas científicas, as confissões das companhias de cigarro, e as novas regulamentações de doenças da OMS e pátria; e que ao explorador desse produto, para esquivar-se da responsabilidade de indenizar, só resta provar que o defeito inexistente (art. 12, § 3º, II, do CDC), já que, na prática, não há como provar que não colocou o produto no mercado, nem que a culpa é exclusiva do consumidor, e tendo em vista a culpa concorrente amplamente aceita pela jurisprudência e recentemente positivado pelo novo Código Civil (art. 945).

Não consideramos o Poder Judiciário, como dissemos, um Poder propriamente dito, por não emanar do povo; mas por ser legitimado pela Constituição, com mais razão deveria dar o exemplo, ao menos se manifestando em suas decisões sobre os preceitos do Direito do Consumidor.

Não esgotamos, por certo, todos os aspectos que poderiam ser abordados, e nem aprofundamos, como necessário, todas as questões suscitadas; mas esperamos que o Poder Judiciário, ao decidir essas causas, analise e se manifeste sobre os art. 6º, inciso VIII, e 12º, *caput* e § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

É fundamental que a sociedade civil atente a esse desprestígio do Poder Judiciário ao direito do consumidor; caso contrário o avanço legislativo obtido pela sociedade com a Lei nº 8.078/90 pode *ir por água abaixo*.

Por fim, pedimos licença para aquilatar que é comum sermos taxados de puritanos ou - como fomos surpreendidos em uma publicação com pontos de vista contrários aos nossos, posteriormente à nossa segunda edição, desconhecadora da real história do tabagismo, como se as campanhas antitabagistas no mundo tivessem nascido na Alemanha nas décadas de 1930 e 1940 – sermos indigitados de ter uma atitude *higienista* ou, pasmem, *nazista*; como se a questão não fosse de saúde pública.

Felizmente, quem não reconhece a existência do *holocausto* tabágico não somos nós...

BIBLIOGRAFIA

1. ALMEIDA, Guilherme Eidt Gonçalves de. **Fumo – Servidão Moderna e Violações de Direitos Humanos**. Curitiba: Terra de Direitos, 2005.
2. AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Código Civil Anotado e Legislação Complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.
3. BARBOSA, Antonieta Maria. **Câncer, Direito e Cidadania**. São Paulo: Arx (Grupo Siciliano), 2003.
4. BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Breves Comentários Sobre o Nexo Causal nos Eventos de Causalidade Múltipla**. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, nº 36, dez-abril/2003, p. 409/414.
5. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano Moral nas Relações de Consumo: Uma Abordagem Jurisprudencial**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
6. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 5ª e 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005 e 2004, volumes 1 e 2.
7. CARVALHO, Mário César. **O Cigarro**. São Paulo: Publifolha, 2001.
8. CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
9. CAVAGLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010.
10. CHALOUPIKA, Franck J.. **A Epidemia do Tabagismo: Os Governos e os Aspectos Econômicos do Controle do Tabaco**. Washington DC: Banco Mundial, 2000.
11. CLARET, Martin (coord.). **O Que Você Deve Saber Sobre Tabagismo**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
12. COSTA, João Batista D.. **O Fumo no Banco dos Réus: culpado ou inocente?** 4ª edição, Tatuí: Casa Publicadora Brasileira, 1988.
13. CRUZ, Guilherme Ferreira da; **A Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Cigarro**. LEX - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol. 25, nº 293, maio/2003, p. 5/49.
14. DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, volume 2.

15. DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil das Indústrias Fumígenas sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 13, nº 51, julho-setembro/2004, p. 172-197.
16. DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
17. DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto et al. **Código Penal Comentado**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
18. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva 2005.
19. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, volume 1.
20. DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, volume 7.
21. ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
22. FIUZA, Ricardo (Coordenador). **Novo Código Civil Comentado**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
23. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
24. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
25. HENNINGFIELD, Jack E.. **Tudo Sobre Drogas – Nicotina**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
26. HERNANDES, Estevam. **A Fumaça do Inferno**. 2ª ed., São Paulo: Ed. Gospel, 2005.
27. ISSA, Jaqueline Scholz. **Deixar de Fumar: fumar é gostoso... parar é ainda melhor**. São Paulo: MG Editores, 2003.
28. JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, volume 1.

29. KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **A Responsabilidade Civil e Penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000.
30. LENZA, Pedro, **Teoria Geral da Ação Civil Pública**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
31. MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. 2ª ed., São Paulo : Atlas, 2005.
32. MÓNICA, Maria Filomena. **O Tabaco e o Poder**. Lisboa: Quetzal Editores, 1992.
33. NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
34. NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
35. NORONHA, Fernando. **O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 14, abr-jun/2003. p. 53/77
36. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
37. PADILHA, Izabela Santos. **A Responsabilidade Civil do Fabricante de Cigarros à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. Monografia (II Concurso de Monografias) Brasília: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Ano 12, Edição Especial, Abril/2004, p. 138-184.
38. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; Gagliano, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, volume 3.
39. PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
40. PEREZ, Ney Prieto. **Manual Prático do Espírita**. São Paulo: Pensamento, 1984.

41. PORTO, Mário Moacir. **Temas de Responsabilidade Civil**. São Paulo – Revista dos Tribunais, 1989.
42. REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
43. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, volume 4.
44. ROSEMBERG, José. **Pandemia do Tabagismo – Enfoques Históricos e Atuais**. São Paulo: Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, 2002.
45. ROSEMBERG, José. **Tabagismo: Sério Problema de Saúde Pública**. 2ª ed., São Paulo: Almed Editora, 1987.
46. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e Defesa do Fornecedor**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
47. SANTOS, Christianine Chaves. **Ações Coletivas & Coisa Julgada**. Curitiba: Juruá, 2004.
48. SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade Civil: Teoria e Prática das Ações**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
49. SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A Responsabilidade Civil Objetiva Fundada na Atividade de Risco**. São Paulo: Atlas, 2010.
50. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
51. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
52. VALE, João Batista do. **Malefícios do Fumo: – Causas, Conseqüência e Terapia**. São Paulo: TextoArt, 1999.
53. VASCONCELOS, Frederico. **Juízes no Banco dos Réus**. São Paulo: Publifolha, 2005.
54. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 5ª ed., São Paulo – Atlas, 2005, volume 4.

ANEXO

SENTENÇA¹⁷⁴

Vistos.

ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA SAÚDE DO FUMANTE, entidade sem fins lucrativos, através de seu representante legal move Ação Coletiva de Responsabilidade por Danos Individuais Homogêneos em face de **SOUZA CRUZ S/A** e **PHILIP MORRIS MARKETING S/A.**, alegando que as requeridas estariam prejudicando consumidores e praticando publicidade enganosa de seus produtos por deixarem de prestar informações claras e precisas. Ao não informarem os malefícios do produto cigarro as rés estariam infringindo o Código de Defesa do Consumidor. Juntou documentos.

Aditamento à inicial à fls. 96/97.

Após a determinação de publicidade em jornais, na forma do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova, as requeridas foram citadas e contestaram o pedido inicial.

A ré Souza Cruz sustentou a ilegitimidade da autora para propor esta ação e sua ilegitimidade responder ao pedido indenizatório da requerente. Defendeu a falta de interesse de agir da autora e a impossibilidade jurídica do pedido feito. No mérito, alegou a inexistência de ato ilícito, uma vez que jamais teria veiculado publicidade enganosa ou abusiva, bem como a inexistência de dano material e moral à seus consumidores ou nexos de causalidade entre a conduta imputada pela requerente e os danos sustentados (fls. 144).Juntou documentos.

A requerida Philip Morris também argüiu preliminares ao mérito do pedido da autora, negou a possibilidade de vício pela nicotina e defendeu que a escolha entre fumar ou não, manter o hábito ou largá-lo seria uma questão de preferência pessoal e livre escolha de cada um. Fumar seria uma atividade voluntária e os fumantes poderiam abandonar o cigarro quando bem o entendessem - fls. 374.

Réplica às fls. 884.

¹⁷⁴ Mencionada nas notas 24 e 161 supra.

Sem possibilidade de conciliação das partes, foi saneado o feito e determinada produção de provas - fls. 1700, 2169,2342.

Manifestações do representante do Público às fls. 879; 1443, 1991, 1995 e 2556.

Ao longo do processo as partes juntaram novo documentos e manifestaram-se sobre eles - fls. 959, 1049, 1134, 1179, 1278, 1304, 1359, 1399, 1437, 1439, 1455, 1471, 1530, 1543, 1611,1617, 1725, 1729, 1777, 1858, 1867, 1997, 2005, 2017, 2029, 2113, 2116, 2127, 2388, 2497, 2409, 2491, 2444, 2470, 2474, 2500, 2580,.2807,2814,2998,3007.

É o relatório.

DECIDO.

A ação comporta julgamento antecipado, na forma do artigo 330, 1, do Código de Processo Civil.

Trata-se de processo em andamento há mais de oito anos, onde vários recursos foram oferecidos pelas rés, exceções de suspeição foram propostas contra dois magistrados e peritos médicos nomeados, mandados de segurança interpostos, recursos especiais, ações que visam a nulidade de acórdãos, etc. (fls. 2877). Foram afastadas as preliminares argüidas em contestação e mantida a ordem de inversão do ônus da prova. Assim, passo a decidir.

Os documentos juntados pelas partes em dezesseis volumes de processos constituem prova suficiente para fundamentar esta sentença judicial.

As requeridas levantaram exceção de suspeição contra os peritos médicos nomeados para avaliar os malefícios do cigarro/nicotina. Como agravaram de todas as decisões judiciais interlocutoras buscando a suspensão do julgamento, poderiam se opor a todo e qualquer perito médico nomeado, de forma que seria inútil insistir nesta prova, sem contar no tempo em que este processo ainda. se, arrastaria... Ademais, como dito acima, a prova documental produzida é suficiente para julgamento. A necessidade de prova pericial para avaliar a propaganda das rés nos últimos vinte anos será analisada junto com o mérito desta ação.

Pretende a associação autora que se reconheça o dano e o direito indenizatório dos autores, representados pela associação requerente - ADESF - para que, posteriormente em processo de liquidação, determine-se o “quantum debeatur”, fazendo-se então pelo fumantes consumidores a prova do dano e nexo causal. Da mesma forma, pretende o reconhecimento da propaganda enganosa e abusiva

dos fabricantes réus, escondendo o fator viciante que o cigarro carrega entre seus componentes químicos e a condenação das rés a advertir, nas embalagens de seus produtos e em sua publicidade em geral a capacidade de dependência da substância nicotina.

Pois bem, as requeridas, a quem cabia o ônus da prova, ao longo desta longa instrução processual não juntaram um único documento a comprovar que o cigarro e/ou nicotina nele contido faz bem à saúde, ou é no máximo substância neutra ao organismo.

O que se comprovou em prova documental é que a nicotina é produto prejudicial à saúde humana, verificada em estudos médicos e científicos não só no Brasil como no mundo todo, que traz dependência física e psíquica. Tal questão é assunto reiteradamente tratado pela imprensa mundial.

As ações judiciais sobre o tema, movidas por aqueles que se acham prejudicados pela nicotina, também se multiplicam.

No Brasil, após longos estudos, é o próprio Ministério da Saúde quem manda advertir: “cigarro faz mal à saúde”, trava uma batalha com as indústrias de cigarro a fim de tentar reduzir a propaganda do cigarro como produto inofensivo que leva ao “sucesso” do ‘consumidor, assim como manda advertir os fumantes dos riscos do fumo, das doenças a ele relacionadas e a possibilidade de morte.

A Lei 9.294/96 foi editada já reconhecendo que o fumo pode ser responsável por um rol de doenças e até a morte.

O Legislador nacional vem tratando o problema do cigarro, proibindo o fumo em lugares públicos, fazendo restrições de âmbito federal, estadual e municipal. O próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já tratou de regular o uso de cigarro em suas dependências.

Assim, não há necessidade de outras provas e outras discussões, ainda mais porque nada de novo foi trazido pelas rés.

Ademais, a própria requerida Philip Morris reconheceu a possibilidade do cigarro/nicotina levar o consumidor à dependência, conforme definição da Organização Mundial da Saúde (fls. 396,397), travando uma discussão sobre eventual diferença entre vício, dependência e hábito. A ré Souza Cruz preferiu considerá-lo um “hábito”, com dependência “psicológica”(fls. 177).

Mas não se trata de comparar o cigarro a outras “drogas”, se sua dependência é maior ou menor, se a abstinência de cigarro é mais ou menos prejudicial ao

usuário ou se há ou não possibilidade de abandoná-la. O que nos interessa é que a este ponto e, somando-se tudo o que foi demonstrado nesta ação, a nicotina é elemento que leva à dependência (ou vício) e este fator deve ser lembrado e levado ao conhecimento do público em geral.

Se o indivíduo é livre para começar a fumar, nem sempre será tão “livre” para abandonar o cigarro. Isto em virtude da presença de componentes químicos no cigarro que agem no organismo a fim de criar dependência a este produto. Alguns fumantes necessitarão de maior esforço, tempo e dinheiro para quebrar a dependência, outros talvez nem consigam...

A condição de produto que leva ao vício ou a dependência não exclui o livre arbítrio do consumidor. Claro que cada um é livre para aderir ou não ao hábito de fumar, especialmente enquanto a nicotina não for considerada produto de uso ilegal, mas o que se discute é o direito do consumidor de conhecer o produto a ser consumido, seus componentes químicos, seu responsável técnico e mais, o perigo da dependência e/ou vício que dificultará a também livre escolha de abandonar o hábito de fumar.

O fato é que como produto consumido no país o cigarro está sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei 8.078, de 11.09.1990, que objetiva o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor estabelece que é seu direito básico a informação adequada e clara sobre produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que estes produtos ou serviços apresentam (artigos 4º e 6º, III, CDC).

Estão os fabricantes e fornecedores obrigados à prestar informações necessárias e adequadas quanto a eventuais riscos à saúde que seus produtos apresentem (artigo 8º, CDC). Os fabricantes e fornecedores de produtos potencialmente nocivos à saúde ou segurança devem informar de maneira ostensiva e adequada, a respeito da nocividade ou preciosidade de seu produto, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto e respondem solidariamente pelos danos que causarem (artigos 7º, 9º e 12º, CDC).

Ademais, estão as requeridas obrigadas, por força do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, a apresentar em seus produtos informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre características,

qualidades, quantidade, composição, origem entre outros dados, assim como os riscos que estes produtos apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Em outras palavras, porque fabricam e fornecem produto que circulam no território nacional, as embalagens dos produtos das rés devem esclarecer aos consumidores sua composição química (elementos e quantidades), seu responsável técnico (engenheiro químico, por exemplo), os eventuais riscos à saúde que apresentam e a advertência da possibilidade de dependência física e psíquica ao produto, cumprindo a mesma regra imposto ao demais bens de consumo que aqui são comercializados.

O cumprimento da Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996 (fls. 1041) que restringiu o uso e propaganda de produtos fumíferos, nos termos do artigo 220, parágrafo 4º, da Constituição Federal não exime as rés do cumprimento do Código de Defesa do Consumidor, apenas soma--se a ele.

As requeridas não demonstraram cumprir as disposições da Lei n. 8.078/90 acima expostas.

Ao deixar de cumpri-la, as rés incidiram na prática da publicidade enganosa, por omissão de informações, na forma do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor e seu parágrafo 3º.

As fabricantes sabem (ou deveriam saber) quais os elementos químicos utilizados na composição do cigarro e as conseqüências de seu uso.

E ao ocultar informações que seriam negativas quanto ao cigarro e as substâncias que o compõem, as requeridas incidiram na prática de propaganda abusiva, de acordo com a regra do artigo 37, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal. Ocultar quais os componentes químicos do cigarro e a chance de levar o consumidor à sua dependência serve para enganá-lo, confundi-lo e induzi-lo a comportar-se de forma prejudicial à sua saúde. E a simples omissão das rés basta para configurar a conduta prevista pelo legislador nacional na lei acima mencionada.

É o direito que o consumidor adquiriu de não ser enganado, bastando caracterizar a mera enganabilidade potencial, o silêncio como ausência de informação positiva, o deixar de informar algo relevante que possa levar este consumidor a erro, direito este também reconhecido pela doutrina, como a lembrada às fls.15/20.

Nem as doenças relacionadas ao cigarro e sua nicotina, nem a possibilidade de dependência ao produto (ou vício) estão sendo informados.

As informações quanto à dependência ao cigarro/nicotina são relevantes, na medida em que o fumante fica tolhido em sua liberdade, a de abandonar o produto quando o desejar, por exemplo, e desta forma fica preso a ele, vítima dos malefícios que este produto pode lhe causar. O desgaste patrimonial vem como consequência da compulsão pela compra do produto e necessidade do mesmo.

Outros aspectos da propaganda enganosa e abusiva serão investigados pelo Ministério Público, especialmente no que toca a existência de dolo e a propaganda dirigida aos menores de idade, bem como a alegada indução ao vício provocado (fls. 1995).

Desta forma, as requeridas não provaram que a nicotina não induz à dependência física e psíquica, não demonstraram que estão cumprindo o Código de Defesa do Consumidor ao esclarecer e relacionar os componentes químicos do cigarro e respectiva quantidade, responsável técnico, assim como não comprovaram estar informando a população dos riscos trazidos pelo produto que fabricam, especialmente aqueles relacionados as doenças e dependência à nicotina.

Enquanto a autora trouxe informações sobre as implicações do “hábito” de fumar e os problemas trazidos pela nicotina contida no cigarro, as rés não lograram realizar a prova a que estavam obrigadas. A possibilidade dependência à nicotina foi demonstrada documentalmente, enquanto a prova médica pericial (aliás, colocada em dúvida pelas próprias requeridas) serviria, apenas, para avaliar caso a caso cada fumante ou eventual nexo causal entre os males alegados e o uso do cigarro.

A prova pericial na publicidade das rés ficou prejudicada pela notória omissão das mesmas quanto às informações corretas que seus produtos são obrigados a ostentar em embalagem e publicidade.

Se o cigarro foi equiparado à condição de “droga” pela Administração de Drogas e Alimentos dos Estados Unidos (FDA), a requerente trouxe aos autos documentos que demonstram que o mesmo produto está sendo estudado e condenado pelos cientistas brasileiros e autoridades da área da saúde, como o próprio Ministério da Saúde.

Enquanto não proibido por lei, o cigarro é produto de consumo e como tal deve submeter-se às leis de consumo e reparação civil que já vigoram no território nacional.

Mas pelo descumprimento das leis acima expostas, estão as rés obrigadas a indenizar, na forma do artigo 186 do Código Civil, artigos 91,95,97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 586, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

As vítimas do descumprimento da lei seriam os consumidores dos produtos das rés, o nexa causalidade estaria estabelecido no uso continuado dos produtos das rés e o dano residiria nos efeitos da dependência da nicotina para a saúde do consumidor. Esta prova deve ser feita em liquidação de sentença.

Por dano moral, na falta de melhores elementos até fornecidos pelas rés, fixo-o em R\$ 1.000,00 (hum mil reais) por ano completo de consumo de cigarro, com correção monetária e juros de 1% ao mês contados a partir da data desta sentença. Este valor é suficiente para desencorajar as requeridas de descumprirem esta, decisão, praticarem atos da mesma natureza, bem como é suficiente para ressarcir os consumidores pelos danos já sofridos ao longo dos anos.

Por fim, lembro que a condenação das requeridas não implica na eliminação da indústria do cigarro, posto que seu produto não está proibido para consumo e a indústria conta já com milhões de consumidores habituais no Brasil e mundo afora a sustentá-la, sem prejuízo daqueles que mesmo sabedores dos riscos do fumo ainda optam por ele.

Ante o exposto, acolho as razões da requerente e com base nos artigos 186 do Código Civil, na Lei 3.078/90 e artigo 586, parágrafo 10, do Código de Processo Civil **JULGO PROCEDENTE** esta ação coletiva para reconhecer o dano provocado pela falta de informação das rés aos seus consumidores, aqui representados pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante, na forma acima exposta, condenando-as solidariamente a indenizá-los por danos materiais em valor a ser apurado em liquidação de sentença (artigos 608 e 609, CPC), bem como danos morais na forma acima exposta.

Da mesma forma, condeno as requeridas a adequarem suas embalagens e publicidade ao que determinam os artigos 31, 9º, 6º, III e 36 da Lei 8.078/90, para cumprimento da Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º, CDC),

informando os dados técnicos de seu produto cigarro, como sua composição química, precauções de uso, responsável técnico, a preciosidade ou nocividade que apresenta, em até 60 dias, sob pena de pagamento de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais), conforme o art. 461 CPC, sem prejuízo do que previsto pelos parágrafos 5º e 6º , do artigo citado.

Em razão da sucumbência, condeno a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e extraprocessuais diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como honorários advocatícios que fixo em R\$100.000,00 (cem mil reais) por equidade, considerando a complexidade da ação proposta e sua longa instrução, bem como o tempo consumido dos profissionais que nela atuaram.

P.R.I.C.

São Paulo, 07 de abril de 2004.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Proc.95.523167-9

Vistos.

1. Fls. 3140 e 3150. Embargos de Declaração. Não há nada a ser alterado ou acrescentado na decisão de fls. 3128/3138, razão pela qual deixo de acolher os embargos oferecidos pela Souza Cruz S. A. e Philip Morris Brasil S.A.

O Juízo não está obrigado a se manifestar especificamente sobre todas as questões suscitadas pelas partes, bastando indicar os elementos de prova constantes nos autos que firmaram seu convencimento.

A sentença trata de consumidores fumantes, não distinguindo ex- fumantes e ainda fumantes.

2. Fls. 3201. Embargos de Declaração da Associação de Defesa da Saúde do Fumante - Adesf. Acolho as razões da autora para quantificar na sentença de primeiro grau o valor da indenização por danos morais, conforme pedido inicial, sem prejuízo do que será apurado em liquidação de sentença.

3. Na mesma oportunidade, declaro de ofício o último parágrafo de fls. 3135, para ali acrescentar a palavra “não” omitida em digitação.

4. Declaro, pois, a sentença embargada que passa a ter a seguinte redação em anexo.

5. Retifique-se o registro de sentença.

6. Sem prejuízo, cumpra-se fls. 3127.

Int.

São Paulo, 07 de abril de 2004.