

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA <sup>a</sup>  
VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO PAULO

41<sup>a</sup>. Vara Cível  
Processo nº 583.00.2007.206840-1

*para fins de controle do tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação<sup>1</sup>*

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio do 1º Promotor de Justiça do Consumidor da Capital signatário, vem, perante Vossa Excelência, para, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, nos arts. 81, § único, incs. I e III, e 82, inc. I, ambos do Código de Defesa do Consumidor, no art. 5º, *caput*, da Lei Federal nº 7.347/85, e no art. 25, inc. IV, *a*, da Lei Federal nº 8.625/93, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, a ser processada pelo rito ordinário, contra

**SOUZA CRUZ S.A.**, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob nº 33.009.911/0001-39, com endereço na Rua Candelária, 66, Centro, Rio de Janeiro-RJ, CEP 20091-900,

a fim de que sejam acolhidos os pedidos ao final formulados em razão dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir aduzidos:

---

<sup>1</sup> Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, art. 19, item 1. Ratificada pelo Governo brasileiro em 3 de novembro de 2005, a Convenção entrou em vigor internacional em 27 de fevereiro de 2005, e em vigor para o Brasil em 1º de fevereiro de 2006.

**SINOPSE:** Ação civil pública indenizatória ajuizada contra fabricante de cigarros. **Pedidos:** 1) Condenação à obrigação de indenizar os danos materiais e morais sofridos por fumantes ativos e passivos em decorrência dos prejuízos à saúde provocados pelo consumo de cigarros; 2) Condenação à obrigação de indenizar os danos materiais causados aos Estados e aos Municípios e ao Distrito Federal em decorrência de gastos com prevenção e tratamento de doenças provocadas ou agravadas pelo consumo de cigarros. **Causas de Pedir** (fatos): No Brasil, estima-se que cerca de 200 mil mortes ao ano sejam decorrentes do tabagismo. Fumar é ingerir mais de 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina (responsável pela dependência química), monóxido de carbono e alcatrão. Aproximadamente 48 substâncias são pré-cancerígenas, como agrotóxicos e substâncias radioativas. O tabagismo é diretamente responsável por 30% das mortes por câncer, 90% das mortes por câncer de pulmão, 25% das mortes por doença coronariana, 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica e 25% das mortes por doença cerebrovascular. Outras doenças que também estão relacionadas ao uso do cigarro são: aneurisma arterial, trombose vascular, úlcera do aparelho digestivo, infecções respiratórias e impotência sexual no homem. A exposição à fumaça do cigarro causa doença e morte prematura mesmo em crianças e adultos que não fumam. Os agravos à saúde decorrentes do consumo de cigarros provocam prejuízos materiais e morais a fumantes e a não fumantes expostos à sua fumaça. **Causas de Pedir** (direito material): 1) Responsabilidade objetiva do fornecedor decorrente do risco do empreendimento e do fato do produto (CC, arts. 927, § único e 931); 2) Cigarro como produto defeituoso e responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, inclusive perante terceiros (CDC, arts. 12 e 17); 3) Vício de qualidade: o cigarro como produto impróprio ao consumo por nocividade à saúde. Violação do dever de segurança como ato ilícito (CDC, art. 18, § 6º, inc. II; CC, arts. 186 e 927, *caput*) e do dever de reduzir riscos de doenças e de outros agravos (Lei Federal nº 8.080/90, art. 2º, § 2º).

## **DOS FATOS**

## **O tabaco e a difusão de seu consumo**

A ré é empresa que fornece a milhões de consumidores brasileiros cigarros fabricados com os seguintes ingredientes básicos: papel, filtro, mistura de fumos, açúcares e agentes de sabor, que conferem características sensoriais próprias.<sup>2</sup>

O fumo é proveniente do *tabaco*, nome comum dado às plantas do gênero *Nicotiana* (Solanaceae), em particular a *Nicotiana tabacum*, originárias da América do Sul e das quais é extraída a substância chamada nicotina. Levado para a Europa pelos espanhóis no final do Século XV, suas folhas secas eram mascaradas ou aspirada sob a forma de rapé.

No Século XVI o tabaco era também conhecido por *erva-santa*, em virtude de suas supostas qualidades medicinais. Os índios o consideravam remédio eficaz para a cura de todas as doenças. Também para os europeus o tabaco seria verdadeira panacéia; remédio infalível para as enxaquecas, pneumonia, chagas, gota, raiva e servindo até como narcotizo, aperitivo, etc..<sup>3</sup> Um médico francês, de nome Jean Nicot (de quem deriva o nome da nicotina), usava o tabaco como medicamento, para curar as enxaquecas da rainha Catarina de Médicis.<sup>4</sup>

Passados cinco séculos de sua descoberta pelos europeus, a planta é hoje cultivada em diversos países do mundo e suas folhas são consumidas por centenas de milhões de pessoas, sobretudo por meio de cigarros que são fumados. O

---

<sup>2</sup> *O que é o cigarro* ([www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU\\_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D87004D01F3?opendocument&SID=&DTC=](http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D87004D01F3?opendocument&SID=&DTC=)) Acesso aos 27.07.07.

<sup>3</sup> Portugal: Dicionário histórico. *Tabaco*. [www.arqnet.pt/dicionario/tabaco.html](http://www.arqnet.pt/dicionario/tabaco.html) . Acesso aos 16.03.07.

<sup>4</sup> [pt.wikipedia.org/wiki/Tabaco](http://pt.wikipedia.org/wiki/Tabaco) . Acesso aos 16.03.07.

consumo em massa só cresceu a partir de 1880, com o barateamento do preço dos cigarros, possível graças à produção em escala industrial que então se iniciou.<sup>5</sup>

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que *um terço* da população mundial adulta, ou seja, cerca de *1 bilhão e 200 milhões de pessoas* (entre as quais 200 milhões de mulheres), sejam fumantes. Pesquisas comprovam que aproximadamente 47% de toda a população masculina e 12% da população feminina no mundo fumam. O tabaco é a segunda droga mais consumida entre os adolescentes: no mundo cerca de 100.000 adolescentes começam a fumar a cada dia.<sup>6</sup>

No Brasil, pesquisa realizada entre pessoas de 15 anos ou mais, residentes em 15 capitais brasileiras e no Distrito Federal, mostrou a prevalência do tabagismo oscilando entre 12,9 e 25,2% dos indivíduos. Revelou também que a concentração de fumantes é maior entre as pessoas com menos de oito anos de estudo do que entre pessoas com oito ou mais anos de estudo.<sup>7</sup> Outro estudo constatou que o consumo iniciava-se precocemente. Apurou-se, junto a escolares de 12 capitais brasileiras nos anos de 2002-2003 (Vigescola), a prevalência da experimentação variando de 36 a 58% no sexo masculino e de 31 a 55% no sexo feminino, enquanto a prevalência de escolares fumantes atuais variou de 11 a 27% no sexo masculino e 9 a 24% no feminino.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> [www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por\\_BR/ourbus/History\\_tobacco.asp](http://www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por_BR/ourbus/History_tobacco.asp). Acesso aos 16.04.07.

<sup>6</sup> *Tabagismo como problema de Saúde Pública* (dtr2004.saude.gov.br/dab/caadab/documentos/segunda%20mostra/tabagismo\_como\_problema\_saude\_publica.pdf)

<sup>7</sup> *Inquérito Domiciliar Sobre Comportamentos de Risco e Morbidade Referida de Doenças e Agravos não Transmissíveis* do Ministério da Saúde ([www.inca.gov.br/inquerito/](http://www.inca.gov.br/inquerito/))

<sup>8</sup> *Vigilância de tabagismo em escolares*. ([www.inca.gov.br/vigescola/docs/resultados.pdf](http://www.inca.gov.br/vigescola/docs/resultados.pdf))

No Brasil, cerca de 33,8 % dos adultos são fumantes, que consomem, cada um, em média, 858 cigarros por ano, aproximadamente.<sup>9</sup>

A fabricação de cigarros é um negócio altamente lucrativo. Os ganhos internacionais da indústria do tabaco totalizaram cerca de 45,3 bilhões de dólares em 2005 – US\$ 5,75 bilhões a mais do que no ano anterior.<sup>10</sup>

As grandes empresas de tabaco pertencem a conglomerados e/ou corporações multinacionais, como acontece com as duas empresas que dominam o mercado brasileiro, a Philip Morris Brasil S. A. e a Souza Cruz S. A..

A Souza Cruz, líder absoluta no mercado nacional de cigarros, é um dos cinco maiores grupos empresariais do Brasil e subsidiária da British American Tobacco, o mais internacional dos grupos de tabaco, com marcas comercializadas em 180 países do mundo.<sup>11</sup>

A Souza Cruz é líder absoluta no mercado brasileiro de cigarros, com 75% de mercado. Entre as 10 marcas mais vendidas no país, seis são produtos Souza Cruz.<sup>12</sup> Possui 200 mil pontos-de-venda e comercializa mais de 75 bilhões de unidades de cigarro ao ano.<sup>13</sup> Segundo seu Relatório Anual

---

<sup>9</sup> [www.nationmaster.com/country/br-brazil/hea-health](http://www.nationmaster.com/country/br-brazil/hea-health). Acesso aos 27.04.07.

<sup>10</sup> Fonte: Altria Group I. Altria 2005 annual report. 2005. *apud* MIURA, Marlo ; DAYNARD, Richard A. e SAMET, Jonathan M. *The role of litigation in tobacco control. Salud pública Méx*, 2006, vol.48 supl.1, p.s121-s136. ISSN 0036-3634.

<sup>11</sup> [www.souzacruz.com.br/](http://www.souzacruz.com.br/) Acesso aos 27.03.07.

<sup>12</sup> [www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU\\_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D87004CC8D0?opendocument&SID=&DTC=](http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D87004CC8D0?opendocument&SID=&DTC=) Acesso aos 04.04.07.

<sup>13</sup> [www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU\\_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D8700457BF1?opendocument&SID=B378CCBD098E5AE27EEE5AF5A9F5B9AA&DTC=](http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D8700457BF1?opendocument&SID=B378CCBD098E5AE27EEE5AF5A9F5B9AA&DTC=) Acesso aos 04.04.07.

2006<sup>14</sup>, foram vendidos 78,2 bilhões de cigarros em 2006, volume 2,9 % superior ao do ano anterior, propiciando lucro líquido consolidado de R\$ 824,1 milhões.

### **O tabagismo e suas conseqüências**

As folhas do tabaco podem ser consumidas de diversas maneiras, de acordo com sua forma de apresentação: inaladas (cigarro, charuto, cigarro de palha); aspiradas (rapê); mascadas (fumo-de-rolô). Sob todas as formas, são maléficas à saúde. O consumo através do cigarro é o mais disseminado, sendo considerado fumante o indivíduo que fumou mais de 100 cigarros, ou 5 maços de cigarros, em toda a sua vida e fuma atualmente (OPAS, 1995).

Existe atualmente consenso sobre os efeitos prejudiciais à saúde humana decorrentes do consumo de tabaco. O tabagismo é amplamente reconhecido como uma doença epidêmica resultante da dependência de nicotina e classificado pela OMS no grupo dos “Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo” (F17) na Décima Revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10).<sup>15</sup>

A fumaça produzida pela queima do cigarro é uma mistura de aproximadamente 4.720 substâncias tóxicas diferentes, que se constitui de duas fases fundamentais: a fase particulada e a fase gasosa. A fase gasosa é composta, entre outros, por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído,

---

<sup>14</sup>[www.souzacruz.com.br/oneweb/sites/SOU\\_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/DO5RAG8S/\\$FILE/medMD6ZT2N3.pdf?openelement](http://www.souzacruz.com.br/oneweb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/DO5RAG8S/$FILE/medMD6ZT2N3.pdf?openelement)

<sup>15</sup> A Conferência Internacional Para a Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças foi convocada pela Organização Mundial de Saúde e realizada em sua sede em Genebra de 26 de setembro a 2 de outubro de 1989. ([www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm](http://www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm)).

acetaldeído e acroleína. A fase particulada contém nicotina e alcatrão. Essas substâncias tóxicas, que atuam sobre os mais diversos sistemas e órgãos, contém mais de 60 cancerígenos, sendo as principais:

**Nicotina** - é a causadora do vício e cancerígena;

**Benzopireno** - substância que facilita a combustão existente no papel que envolve o fumo;

**Substâncias Radioativas** - polônio 210 e carbono 14;

**Agrotóxicos** - DDT;

**Solvente** - benzeno;

**Metais Pesados** - chumbo e o cádmio (um cigarro contém de 1 a 2 mg, concentrando-se no fígado, rins e pulmões, tendo meia-vida de 10 a 30 anos, o que leva a perda de capacidade ventilatória dos pulmões, além de causar dispnéia, enfisema, fibrose pulmonar, hipertensão, câncer nos pulmões, próstata, rins e estômago);

**Níquel e Arsênico** - armazenam-se no fígado e rins, coração, pulmões, ossos e dentes resultando em gangrena dos pés, causando danos ao miocárdio, etc..

A inalação dessas e de outras substâncias através do tabagismo causa cerca de 50 doenças diferentes, principalmente cardiovasculares, como hipertensão, infarto, angina e derrame. É responsável também por muitas mortes por câncer de pulmão, de boca, laringe, esôfago, estômago, pâncreas, rim e bexiga e pelas doenças respiratórias obstrutivas como bronquite crônica e enfisema pulmonar. O tabaco diminui as defesas do organismo do fumante, aumentando assim suas

chances de adquirir doenças como gripe e tuberculose. Também causa impotência sexual.<sup>16</sup>

Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS, a cada 8 segundos morre uma pessoa devido ao tabagismo. As pesquisas indicam que as pessoas que começam a fumar na adolescência (como ocorre em mais de 70% dos casos) e continuam fumando por duas décadas ou mais morrem 20 a 25 anos mais cedo do que aquelas que nunca acenderam um cigarro.<sup>17</sup> A seguinte relação permite uma visualização mais clara dos males relacionados ao tabagismo:

**PRINCIPAIS DOENÇAS CAUSADAS, EM PARTE, PELO TABAGISMO:**

**Câncer de boca, faringe e laringe**

**Câncer do esôfago**

**Câncer de pulmão**

**Câncer de pâncreas**

**Câncer de bexiga**

**Cardiopatias isquêmicas**

**Hipertensão arterial**

**Degeneração miocárdica**

**Doença cardiopulmonar**

**Outras cardiopatias**

**Aneurisma da aorta**

**Doença vascular periférica**

**Aterosclerose**

**Doença cerebrovascular**

**Bronquite crônica e enfisema**

**Tuberculose pulmonar**

**Asma**

**Pneumonia**

**Outras doenças respiratórias**

**Úlcera péptica**

**OUTROS EFEITOS NOCIVOS CAUSADOS EM PARTE PELO TABAGISMO:**

**Câncer de lábio**

**Doença de Crohn**

---

<sup>16</sup> *TABAGISMO – O Mal da Destruição em Massa*, Fundação Oswaldo Cruz, in [www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/tabagismo.htm](http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/tabagismo.htm). Acesso aos 09.03.07.

<sup>17</sup> *Efeitos do Cigarro no Corpo* – ([www.opas.org.br/sistema/fotos/POSTER.pdf](http://www.opas.org.br/sistema/fotos/POSTER.pdf))

**Câncer de nariz**  
**Osteoporose**  
**Câncer do estômago**  
**Periodontite**  
**Câncer da pele do rim**  
**Ambliopia por tabagismo**  
**Câncer do corpo do rim**  
**Degeneração macular relacionada ao envelhecimento**  
**Leucemia mielóide**  
**Fecundidade reduzida**  
**Feto de tamanho reduzido**<sup>18</sup>

Estudos mostram que o tabagismo é responsável por:

- 200 mil mortes por ano no Brasil (23 pessoas por hora);
- 25% das mortes causadas por doença coronariana - angina e infarto do miocárdio;
- 45% das mortes causadas por doença coronariana na faixa etária abaixo dos 60 anos;
- 45% das mortes por infarto agudo do miocárdio na faixa etária abaixo de 65 anos;
- 85% das mortes causadas por bronquite e enfisema;
- 90% dos casos de câncer no pulmão (entre os 10% restantes, 1/3 é de fumantes passivos);
- 30% das mortes decorrentes de outros tipos de câncer (de boca, laringe, faringe, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo de útero);
- 25% das doenças vasculares (entre elas, derrame cerebral).<sup>19</sup>

O princípio ativo do tabaco é a *nicotina*, substância alcalóide básica, líquido de cor amarela com cheiro desagradável e venenoso que provoca cancro nos pulmões devido

---

<sup>18</sup> Fonte: *Tabagismo & Saúde nos Países em Desenvolvimento*. Documento organizado pela Comissão Européia em colaboração com a Organização Mundial de Saúde e o Banco Mundial para a Mesa Redonda de Alto Nível sobre Controle do Tabagismo e Políticas de Desenvolvimento- Fev/2003. [www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/inicial.asp?pagina=tabagismo\\_saude.pdf&item=publicacoes](http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/inicial.asp?pagina=tabagismo_saude.pdf&item=publicacoes)  
<sup>19</sup> [www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=doencas.htm](http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=doencas.htm) Acesso a 1º..06.07.

a um processo químico que ocorre no DNA.<sup>20</sup> Considerada uma droga bastante poderosa e viciadora, atua no sistema nervoso central como a cocaína, com uma diferença: chega ao cérebro em apenas sete segundos – 2 a 4 segundos mais rápido que a cocaína.<sup>21</sup>

A OMS informa que o tabagismo é prioridade de saúde pública porque “é a segunda maior causa de morte no mundo. É atualmente responsável pela morte de um em cada dez adultos no mundo inteiro (cerca de 5 milhões de mortes a cada ano). Se os padrões atuais de fumo continuarem, ele causará cerca de 10 milhões de mortes anuais em 2020. Metade das pessoas que fumam hoje – cerca de 650 milhões de pessoas – será morta pelo tabaco.”<sup>22</sup>

No Brasil, estima-se que sejam 200 mil mortes a cada ano (OPAS, 2002). Ou seja, o cigarro mata mais que AIDS, drogas, acidentes de trânsito, homicídio e suicídio juntos.<sup>23</sup>

O tabagismo gera uma perda mundial de 200 bilhões de dólares por ano, sendo que a metade dela ocorre nos países em desenvolvimento. Esse valor, calculado pelo Banco Mundial, é o resultado da soma de vários fatores, como o tratamento das doenças relacionadas ao tabaco, mortes de

---

<sup>20</sup> O cancro ocorre devido à metilização que ocorre no DNA (liga um radical metila, CH<sub>3</sub>). A pirrolidina (nicotina) sofre reações metabólicas (com NO<sup>+</sup>), oxidação e abertura do anel transformando-se em 4-(n-metil-n-nitrosamino)-1-(3-piridil)-1-butanona (CETONA) e 4-(n-metil-n-nitrosamino)-4-(3-piridil)-butanal (ALDEÍDO). O nitrosamino possui uma forma de ressonância onde um carbocátion é facilmente doado à uma base nitrogenada do DNA (guanina, citosina, adenina, ou timina), causando uma falha de transcrição, levando à possibilidade de desenvolvimento do câncer ([pt.wikipedia.org/wiki/Nicotina](http://pt.wikipedia.org/wiki/Nicotina) . Acesso aos 16.03.07).

<sup>21</sup> *Tabagismo*, Instituto Nacional de Câncer.

([www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=parar&link=oqueganha.htm](http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=parar&link=oqueganha.htm) . Acesso aos 16.03.07.)

<sup>22</sup> *Why is tobacco a public health priority?* ([www.who.int/tobacco/en/](http://www.who.int/tobacco/en/) Acesso aos 16.03.07.)

<sup>23</sup> *Tabagismo como problema de Saúde Pública*. Ministério da Saúde, Instituto Nacional de Câncer e Coordenação de Prevenção e Vigilância. ([dtr2004.saude.gov.br/dab/caadab/documentos/segunda%20mostra/tabagismo\\_como\\_problema\\_saude\\_publica.pdf](http://dtr2004.saude.gov.br/dab/caadab/documentos/segunda%20mostra/tabagismo_como_problema_saude_publica.pdf))

cidadãos em idade produtiva, maior índice de aposentadorias precoces, aumento no índice de faltas ao trabalho e menor rendimento produtivo.<sup>24</sup>

A estratégia da indústria do fumo é a mesma no mundo inteiro e prejudica a saúde pública e o bem-estar de populações de todos os países. Questões como a responsabilidade corporativa estão sendo debatidas por conta do conflito das empresas de tabaco com os sistemas de saúde públicos. É inaceitável que a indústria do cigarro seja um fator diferencial em determinada economia se na realidade ela causa a morte de 4,9 milhões de indivíduos anualmente, com a perspectiva de serem 10 milhões em 2030. E o pior: 70% dessas mortes estarão concentradas nos países em desenvolvimento, a maioria carente de financiamento público para programas sociais.

O Banco Mundial também estimou que as políticas de prevenção são as que têm maior custo-efetividade. Conseqüentemente, constituem importante componente da economia de um país no que se refere à manutenção da saúde da população. Calculou que, para colocar em andamento um pacote essencial de intervenções em saúde pública em que o controle do tabagismo esteja incluído, os governos deveriam gastar em média 4 dólares *per capita* nos países de baixa renda e 7 dólares *per capita* nos países de renda média.

Em relação aos custos do tratamento das doenças relacionadas ao fumo, é possível dividi-los em duas categorias, tangíveis e intangíveis:

---

<sup>24</sup> Cf. LÚCIO DELFINO, *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2002, p. 38.

### **Custos tangíveis**

- I) assistência à saúde (serviços médicos, prescrição de medicamentos, serviços hospitalares, etc.);
- II) perda de produção devido à morte e adoecimento e à redução da produtividade;
- III) aposentadorias precoces e pensões;
- IV) incêndios e outros tipos de acidentes;
- V) poluição e degradação ambiental e
- VI) pesquisa e educação.

### **Custos intangíveis**

- I) a morte de fumantes e não fumantes e
- II) o sofrimento dos fumantes, não fumantes e seus familiares.<sup>25</sup>

A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003, foi promulgada pelo Decreto nº 5.658, de 02 de Janeiro de 2006.<sup>26</sup> Em seu Preâmbulo consta o reconhecimento das seguintes premissas:

- **A propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias conseqüências para a saúde pública;**
- **A ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto derivado do tabaco;**
- **Os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência;**
- **Muitos de seus compostos e a fumaça que os cigarros produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos,**

<sup>25</sup> *Aspectos econômicos do tabaco*, Instituto Nacional de Câncer.

[www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=economia&link=aspectos.htm](http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=economia&link=aspectos.htm). Acesso aos 16.03.07.

<sup>26</sup> Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 1.012, de 27 de outubro de 2005, entrou em vigor no Brasil em 1º de fevereiro de 2006.

**mutagênicos, e cancerígenos, e a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças;**

- **Há evidências científicas claras de que a exposição pré-natal à fumaça do tabaco causa condições adversas à saúde e ao desenvolvimento das crianças.**

### **Danos ao fumante passivo**

O fumante passivo, ou involuntário, é aquele que inala a fumaça exalada no ambiente pela queima de tabaco de produto fumíferos consumido por terceiros (fumantes ativos). As evidências científicas atuais revelam que *a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doenças e deficiências*. Em outras palavras, assim como o fumante ativo, o passivo também sofre prejuízos à sua saúde em razão do consumo de cigarros.

No art. 8 da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, que trata da “Proteção contra a exposição à fumaça do tabaco”, as Partes reconhecem que “a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade” (item 1). Segundo o Instituto Nacional de Câncer – INCA, do Ministério da Saúde,

define-se tabagismo passivo como a inalação da fumaça de derivados do tabaco (cigarro, charuto, cigarrilhas, cachimbo e outros produtores de fumaça) por indivíduos não-fumantes, que convivem com fumantes em ambientes fechados. A fumaça dos derivados do tabaco em ambientes fechados é denominada de poluição tabagística ambiental (PTA) e, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), é a maior em ambientes fechados e o tabagismo passivo, a 3<sup>a</sup> maior causa de morte evitável no mundo, subsequente ao tabagismo ativo e ao consumo excessivo de álcool (IARC, 1987; Surgeon General, 1986; Glantz, 1995).

O ar poluído contém, em média, três vezes mais nicotina, três vezes mais monóxido de carbono, e até cinquenta vezes

mais substâncias cancerígenas do que a fumaça que entra pela boca do fumante depois de passar pelo filtro do cigarro.

A absorção da fumaça do cigarro por aqueles que convivem em ambientes fechados com fumantes causa:

### **1 - Em adultos não-fumantes:**

- Maior risco de doença por causa do tabagismo, proporcionalmente ao tempo de exposição à fumaça;
- Um risco 30% maior de câncer de pulmão e 24% maior de infarto do coração do que os não-fumantes que não se expõem.

### **2 - Em crianças:**

- Maior frequência de resfriados e infecções do ouvido médio;
- Risco maior de doenças respiratórias como pneumonia, bronquites e exacerbação da asma.

### **3 - Em bebês:**

- Um risco 5 vezes maior de morrerem subitamente sem uma causa aparente (Síndrome da Morte Súbita Infantil);
- Maior risco de doenças pulmonares até 1 ano de idade, proporcionalmente ao número de fumantes em casa.

Fumantes passivos também sofrem os efeitos imediatos da poluição tabagística ambiental, tais como, irritação nos olhos, manifestações nasais, tosse, cefaléia, aumento de problemas alérgicos, principalmente das vias respiratórias e aumento dos problemas cardíacos, principalmente elevação da pressão arterial e angina (dor no peito). Outros efeitos a médio e longo prazo são a redução da capacidade funcional respiratória (o quanto o pulmão é capaz de exercer a sua função), aumento do risco de ter aterosclerose e aumento do número de infecções respiratórias em crianças.

Os dois componentes principais da poluição tabagística ambiental (PTA) são a fumaça exalada pelo fumante (corrente primária) e a fumaça que sai da ponta do cigarro (corrente secundária). Sendo, esta última o principal componente da PTA, pois em 96% do tempo total da queima dos derivados do tabaco ela é formada. Porém, algumas substâncias, como nicotina, monóxido de carbono, amônia, benzeno, nitrosaminas e outros carcinógenos podem ser encontradas em quantidades mais elevadas. Isto porque não são filtradas

e devido ao fato de que os cigarros queimam em baixa temperatura, tornando a combustão incompleta (IARC, 1987). Em uma análise feita pelo INCA, em 1996, em cinco marcas de cigarros comercializados no Brasil, verificou-se níveis duas 2 vezes maiores de alcatrão, 4,5 vezes maiores de nicotina e 3,7 vezes maiores de monóxido de carbono na fumaça que sai da ponta do cigarro do que na fumaça exalada pelo fumante. Os níveis de amônia na corrente secundária chegaram a ser 791 vezes superior que na corrente primária. A amônia alcaliniza a fumaça do cigarro, contribuindo assim para uma maior absorção de nicotina pelos fumantes, tornando-os mais dependentes da droga e é, também, o principal componente irritante da fumaça do tabaco (Ministério da Saúde, 1996).<sup>27</sup>

O *Surgeon General* dos EUA publicou Relatório admitindo que a exposição à fumaça de segunda mão causa doença e morte prematuras em crianças e adultos que não fumam.<sup>28</sup> Do mesmo modo, a OMS e a Universidade da Califórnia apontam a inalação da fumaça por não fumantes como causa de agravos à saúde.<sup>29</sup>

### **A necessidade de responsabilizar os fabricantes de cigarros**

Partindo desse contexto fático, passaremos a seguir a considerações sobre como o ordenamento jurídico brasileiro responsabiliza os produtores pelas conseqüências do consumo de cigarros.

<sup>27</sup> [www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=passivo&link=tabagismo.htm](http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=passivo&link=tabagismo.htm) . Acesso aos 16.03.07.

<sup>28</sup> O *Surgeon General* é a maior autoridade em saúde pública do governo norte-americano, nomeado pelo presidente da república, por indicação e aprovação do senado federal para um mandato de quatro anos. O Relatório, denominado *The Health Consequences of Involuntary Exposure to Tobacco Smoke*, conclui que “*secondhand smoke exposure causes disease and premature death in children and adults who do not smoke*”, e está disponível em [www.surgeongeneral.gov/library/secondhandsmoke/](http://www.surgeongeneral.gov/library/secondhandsmoke/)

<sup>29</sup> *Tobacco Smoke and Involuntary Smoking*, OMS, International Agency for Research on Cancer – IACR, Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans, Vol. 83, 2002. (<http://monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/vol83/volume83.pdf>)

*Proposed Identification of Environmental Tobacco Smoke as a Toxic Air Contaminant*, California Environmental Protection Agency: Air Resources Board, Universidade da Califórnia, São Francisco, June 24, 2005 (<http://repositories.cdlib.org/context/tc/article/1194/type/pdf/viewcontent/>)

Fumantes ativos e passivos no mundo inteiro estão procurando obter indenizações pelos danos derivados do fumo. Do mesmo modo, os governos estão cada vez mais reivindicando das empresas reparações pelas vultosas despesas com tratamento médico que suportam em decorrência do tabagismo.

A responsabilização civil dos fornecedores de tabaco constitui parte essencial de uma estratégia mundial traçada pela Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, uma vez “as questões relacionadas à responsabilidade, conforme determinado por cada Parte dentro de sua jurisdição, são um aspecto importante para um amplo controle do tabaco” (art. 4, *Princípios norteadores*).

A Convenção dedica sua Parte VI às “Questões Relacionadas à Responsabilidade”, e prevê que, “para fins de controle do tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou **a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação**” (art. 19, item 1, destaques não originais).

A presente ação civil pública deve, portanto, ser entendida como *parte da resposta do Brasil a uma política ampla a ser implementada no âmbito internacional.*

Nos Estados Unidos, como veremos melhor adiante, para evitar ações judiciais de indenização os fabricantes de cigarros concordaram, através do acordo denominado “*Master Settlement Agreement*”, em pagar aos Estados valores que totalizam mais de duzentos bilhões de dólares.

É hora do Poder Judiciário brasileiro decidir se os fornecedores podem ou não lucrar irresponsavelmente com a produção e venda de produto sabidamente tão nocivo como o cigarro.

## **DO DIREITO**

### **Primeira parte – A defesa e proteção do consumidor como fruto da evolução do Direito no sentido de atingir objetivos sociais do próprio Estado e corrigir imperfeições geradas pelo Capitalismo**

Para defender o direito das vítimas do consumo de cigarros à reparação por danos materiais e morais, e a obrigação da Ré de indenizar os cofres públicos pelas despesas com saúde pública que provocam, serão expostos a seguir diversos argumentos, que têm como ponto de partida o seguinte silogismo:

#### **Premissas:**

- Os prejuízos à saúde decorrentes do tabagismo provocam danos materiais e morais aos fumantes ativos e passivos, e oneram significativamente as despesas estatais com saúde pública;
- As empresas têm o dever de reduzir riscos de doenças e de outros agravos (Lei Federal nº 8.080/90, art. 2º, § 2º);
- Há obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CC, art. 927, § único);
- As empresas respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (CC, art. 931);
- O fabricante, como fornecedor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeito do produto (CDC, art. 12);

- Os fornecedores respondem pelos vícios de qualidade dos produtos impróprios por nocividade à vida ou à saúde (CDC, art. 18, § 6º, inc. II);
- O fabricante de cigarros pratica ato ilícito ao fornecer produto defeituoso e impróprio ao consumo por nocividade à saúde (CDC, arts. 12 e 18, § 6º, inc. II), ficando assim obrigado a reparar os danos causados (CC, arts. 186 e 927, *caput*);
- Equiparam-se aos consumidores, para fins de reparação, todas as vítimas do evento (CDC, art. 17).

### **Conclusão:**

- O fabricante deve ser condenado a ressarcir todos os danos causados aos fumantes ativos e passivos e aos cofres públicos decorrentes do consumo de cigarros.

Apesar da clareza e da obviedade desse silogismo, o direito do tabagista a indenização é objeto de acirrada polêmica em nossos Tribunais, não sendo possível vislumbrar, ainda, um entendimento jurisprudencial cristalizado ou mesmo predominante nas ações individuais que vêm sendo ajuizadas contra os fabricantes de cigarros. Em nome da honestidade da discussão, e para enriquecê-la, parece importante apontar os principais argumentos que sustentam as posições antagônicas expressas sobre a questão. *Contra o direito à indenização*, encontramos em geral os seguintes argumentos:

- O tabagista adere espontaneamente ao vício e o abandono do cigarro depende única e exclusivamente do livre arbítrio do consumidor;<sup>30</sup>
- O fumante tem pleno conhecimento dos malefícios do fumo;<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> TJSP - Apelação Cível nº 110.454-4 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado - Relator: Narciso Orlandi - 22.02.01 - V.U.; TJRS - Embargos Infringentes Nº 70009120429, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 17/12/2004.

<sup>31</sup> Apelação Cível n. 437.901-4/9-00 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado - Relator: Gilberto de Souza Moreira - 05.04.06 - V.U.

- O cigarro é droga lícita, sua produção e comercialização não constituem prática ilegal, e são atividades permanentemente controladas pelo Estado;<sup>32</sup>
- O fumante não é capaz de provar quem fabricou os cigarros que consumiu.<sup>33</sup>

De outro lado, *reconhecendo o direito do fumante à indenização*, costumam concorrer as seguintes razões:

- O exercício da liberdade econômica não exonera o fornecedor de cumprir deveres gerais de prudência;<sup>34</sup>
- O consentimento do ofendido só opera como excludente de ilicitude sobre bens jurídicos disponíveis. Quando se cuida de direitos à vida e à saúde, flagrantemente indisponíveis, a ordem pública se impõe, tornando ineficaz tal consentimento;<sup>35</sup>
- Não há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica provocada pela nicotina;<sup>36</sup>
- A responsabilidade do fabricante é objetiva quando provada relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor.<sup>37</sup>

A contraposição dos fundamentos usados para chegar a decisões opostas sobre a responsabilidade dos

---

<sup>32</sup> Apelação Cível n. 280.617-4/4 - Santos - 10º Câmara de Direito Privado do TJSP - Relator: Maurício Vidigal - 21/11/05 - VU; TJRS - Embargos Infringentes Nº 70009120429, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 17/12/2004.

<sup>33</sup> Apelação Cível n. 370.606-4/5-00 - São Paulo - 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP - Relator: Carvalho Viana - 18.10.05 - V.U. - Voto n. 473.

<sup>34</sup> Apelação Cível Nº 70004812558, Nona Câmara Cível do TJRS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 13/10/2004.

<sup>35</sup> Apelação Cível Nº 70004812558, Nona Câmara Cível do TJRS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 13/10/2004.

<sup>36</sup> Apelação Cível Nº 70000144626, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 29/10/2003.

<sup>37</sup> Apelação cível n. 260.828-4/0-00 - Campinas - 4ª Câmara "A" de Direito Privado do TJSP - Relator: Luís Eduardo Scarabelli - 19.05.06 - M.V. - Voto n. 299; e Apelação Cível Nº 70000840264, Sexta Câmara Cível, TJRS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 02/06/2004.

fabricantes de cigarros permite a identificação de claras *opções ideológicas* dos julgadores. De um lado, há uma vertente que se apóia em visão nitidamente *liberal* sobre o funcionamento do mercado; visão essa que valoriza a vontade e o consentimento do consumidor, em detrimento da interferência estatal sobre a atuação dos agentes econômicos. Já para a outra vertente, que reconhece o direito do tabagista à indenização, as premissas são diversas: admite-se sim a necessidade dessa intervenção do Estado, através de uma leitura do ordenamento jurídico que encarece seu papel de promotor do bem-estar social. A vulnerabilidade do consumidor no mercado é considerada, assim como a necessidade de defesa da saúde como direito social.

Mas não são apenas opções ideológicas que influenciam essas decisões díspares. Embora o cigarro seja talvez o produto *mais nocivo* disponível no mercado, ele é, também, um dos *mais consumidos* pela população brasileira. É preciso admitir que o tabagismo conquistou *aceitação social*, a despeito de sua nocividade à saúde, por *razões culturais*, e a tradicional tolerância que granjeou sem dúvida ainda se reflete na maneira como a lei é interpretada quando se discute a responsabilidade dos fornecedores de cigarros.

Considerada a magnitude dos prejuízos que causa aos consumidores (fumantes ativos e passivos) e ao Estado (em despesas com saúde pública), o valor total da indenização devida pela Ré, no caso de procedência dos pedidos, será certamente *vultoso* (incluindo o *fluid recovery* para atingir os danos globalmente causados na hipótese de inércia dos consumidores).

Dadas essas peculiaridades, e porque se trata de ação judicial que busca a tutela coletiva de *milhões de consumidores e contribuintes*, pede-se vênia para rápidas observações sobre os fundamentos da responsabilização do fornecedor no atual estágio dos pensamentos econômico, social e jurídico.

A identificação e compreensão dos diferentes enfoques que vem recebendo a questão da responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros – e sobretudo de seus fundamentos – são importantes para que todas as implicações do resultado dessa ação civil pública sejam devidamente consideradas. Além disso, a opção por qualquer das soluções possíveis deve partir do conhecimento dos fatores sócio-econômicos que motivaram mudanças no tratamento legal da responsabilidade civil e do balanceamento de valores e princípios relevantes, protegidos pela Constituição, como liberdade de iniciativa, direito à saúde e defesa do consumidor.

E, como se tentará demonstrar, com respeito a quem defende posição antagônica, a responsabilização civil do fornecedor de cigarros é o entendimento mais consentâneo com a evolução do Direito nas décadas recentes.

Nosso objetivo é demonstrar que, no atual estágio do desenvolvimento do nosso ordenamento jurídico, *a proibição de causar dano ao consumidor* é o que prevalece, sendo irrelevantes, na aferição da responsabilidade do fornecedor, a eventual licitude da atividade do fornecedor ou mesmo a vontade do consumidor de usar produto que possivelmente saiba ser nocivo.

### **A transformação do estado liberal no *Welfare State* e a evolução do Direito para proteger e defender o consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é lei peculiar, que só pode ser corretamente interpretada e aplicada a partir da compreensão de sua *ratio essendi*, que vem proclamada já no art. 1º: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor”. Seu objetivo, portanto, não é simplesmente o de disciplinar as obrigações decorrentes das relações de consumo. Não se trata de uma lei neutra, indiferente em relação aos agentes a que se dirige. Estamos, pelo contrário, diante de lei *confessadamente parcial*, e que não esconde esse propósito. A interpretação de todos os seus preceitos deve, por conseguinte, considerar sempre essa proclamação teleológica expressa: sua finalidade de *proteger e defender o consumidor*.

Assumir esse enfoque hermenêutico em relações contratuais nem sempre é fácil para o aplicador do Direito, pois exige o abandono de concepções jurídicas tradicionais do Direito das Obrigações, que vinham assentadas em outra premissa, a da *igualdade* entre os contratantes. No Direito do Consumidor o pressuposto é outro, pois o reconhecimento da *vulnerabilidade do consumidor* no mercado de consumo, expresso no art. 4º, inc. I, do CDC, constitui a *razão de ser* do sistema de proteção. Afinal de contas, só precisa de proteção e defesa quem é hipossuficiente.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou compreensão sobre essa peculiaridade do CDC e, por isso, a *hipossuficiência* de uma das partes, segundo entendimento

reiterado daquela Corte, passou a ser o elemento determinante para justificar a aplicação das regras do Código: “a relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro”. (REsp 476428 - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - 19/04/2005 - RSTJ 193/336).<sup>38</sup>

Mas, afinal de contas, por que o ordenamento jurídico promoveu uma guinada dessa magnitude – da *neutralidade* para a *parcialidade* – e justamente na disciplina de contratos?

A interferência estatal na autonomia das partes para garantir a equidade nos contratos privados não é novidade em nosso ordenamento jurídico. O *dirigismo contratual* vem sendo adotado há muitos anos através de leis que protegem contratantes considerados hipossuficientes, como trabalhadores e inquilinos, em suas relações com agentes em tese mais poderosos economicamente, como empresários e proprietários.

Essa mudança de perspectiva não veio por acaso, pois é resultado de uma reformulação do próprio papel do Estado que, há algumas décadas, passou a assumir mais diretamente a função de *proteger direitos sociais*, preocupando-se com a distribuição de riquezas, com a promoção do bem-estar e com a

---

<sup>38</sup> “Cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor” (REsp 661145 – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezini - RT 838/191).

“A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC” (AgRg no REsp 687239 – Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - 06/04/2006).

provisão de necessidades como saúde, educação e previdência. Para desempenhar esse novo papel, o Estado aumentou sua intervenção na economia para correção de distorções e até para patrocinar investimentos.

Ocorre que o reconhecimento dos direitos sociais, de segunda geração, impôs novos desafios ao Poder Público, incompatíveis com o velho modelo liberal criado no início do Capitalismo, que restringia a atuação do Estado, limitando-o a assegurar liberdades e garantias mínimas. FABIO KONDER COMPARATO explica que “quanto ao arcabouço institucional do capitalismo, a sua peça-mestra é o confinamento da atividade estatal à proteção da ordem, do contrato e da propriedade privada, como garantias do exercício da liberdade empresarial. ( ... ) A prática capitalista representa o desenvolvimento sistemático do espírito individualista que a anima. É a lógica da exclusiva possibilidade técnica: tudo o que pode ser produzido empresarialmente possui um valor absoluto e não deve ser impedido por exigências éticas”.<sup>39</sup>

Um novo modelo de Estado precisou ser moldado para criar condições para dar à população uma qualidade de vida minimamente digna no que se refere às necessidades básicas para a sobrevivência. O *Welfare State* que se procurou implementar é “um sistema social em que o estado político considera o bem-estar individual e social dos cidadãos sua responsabilidade, ou a nação ou estado caracterizado por esse sistema social. Forma de política social que nasce e se desenvolve com a ampliação do conceito de cidadania, com o fim

---

<sup>39</sup> *A Afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001, p. 458.

dos governos totalitários da Europa Ocidental (nazismo, fascismo, etc.), com a hegemonia dos governos sociais-democratas e, secundariamente, das correntes euro-comunistas, com base na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão”.<sup>40</sup>

Essa orientação estatal de cunho nitidamente social está prevista ao longo de toda Constituição brasileira de 1988. Já o art. 1º aponta como fundamentos da República Federativa a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incs. II, III e IV). O art. 3º diz que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Segundo o art. 6º, “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

### **A evolução do Direito para proteger e defender o consumidor**

A assunção, pelo Estado, do compromisso com a promoção de direitos sociais repercutiu na regulamentação das relações de consumo, base do funcionamento do sistema econômico capitalista. No Título dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição determinou que “o

---

<sup>40</sup> *Welfare state*, Wikipédia. (pt.wikipedia.org/wiki/Welfare\_state)

Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, inc. XXXII). O texto constitucional proclama ainda que a ordem econômica tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observado “o princípio da defesa do consumidor” (art. 170, *caput* e inc. V).

A partir dessas premissas, procurou-se condicionar a forma de contratar à cooperação com a promoção do bem-estar social, e o Direito Contratual passou a adotar princípios do “welfarismo”, em substituição àqueles que vinham da doutrina liberal.

Assim, a nova abordagem jurídica, sobretudo no âmbito do Direito do Consumidor, veio para substituir antigos valores liberais, hoje superados, que consideravam as regras de funcionamento do mercado especialmente a partir da finalidade de produção de riqueza. Essa evolução resultou da constatação de que o funcionamento do mercado e da economia – e conseqüentemente das relações contratuais – num Estado preocupado com o bem-estar social, não poderia ignorar a importância de promover valores como cooperação e solidariedade.<sup>41</sup> Segundo o jurista português JOÃO CALVÃO DA SILVA,

O ideário liberal individualista era hostil à protecção do consumidor. Efectivamente, as concepções jurídicas surgidas com a Revolução francesa, cujas traves-mestras eram a igualdade, o individualismo e o liberalismo económico, mostraram-se desfavoráveis à protecção de certas pessoas ou de certas categorias de pessoas ( ... )

Em face das alterações substanciais verificadas – transformações económicas, transformações comerciais,

---

<sup>41</sup> Cf. RONALDO PORTO MACEDO JR. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad. 1998, p. 64.

transformações técnicas e declínio do mercado competitivo – e do conseqüente fosso cavado entre a produção e o consumo, o direito tradicional mostra-se inadequado a assegurar protecção idónea ao consumidor. Pensado numa perspectiva liberal, desenvolvido sobre a lógica dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual, da igualdade jurídica para regular trocas individuais, do livre jogo da concorrência e do não intervencionismo, não poderia agora, nas novas realidades e necessidades da época, disciplinar adequadamente uma produção e distribuição de massas e uma contratação impessoalizada e estandardizada. Em vez de dois sujeitos livres e iguais a pugnam por relações contratuais equilibradas, temos agora dois *partenaires* de desigual estatuto económico, social, cultural, formativo e informativo. Facto que leva o Estado a intervir, a fim de evitar que a igualdade (forma) jurídica dos contraentes encubra o predomínio (substância) de um sobre outro, pois é fictício e mitificador (*myth of rights*) para o consumidor o carácter dos princípios fundamentais do direito liberal (liberdade das convenções, igualdade de direitos e de obrigações das partes, livre jogo da concorrência) na nova realidade em que o desequilíbrio de poderes entre profissionais e consumidores é manifesto.<sup>42</sup>

Estamos, portanto, diante de mudanças de paradigmas determinadas pela crença de que uma visão puramente liberal causava distorções que prejudicavam interesses sociais cuja defesa o Estado assumiu. A legislação evoluiu no sentido de corrigir essas imperfeições. Outro objetivo importante dessa reformulação jurídica é compensar as chamadas “falhas do mercado”, decorrentes de desvios como falta de concorrência perfeita (oligopólios e monopólios), surgimento de externalidades (poluição ambiental), crises económicas, intervenção do Estado, etc.. Essas falhas

---

<sup>42</sup> *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina. 1999, pp . 31, 37 e 38.

comprometem o funcionamento ideal do mercado e seus efeitos são geralmente desfavoráveis ao consumidor.<sup>43</sup>

O CDC, consentâneo com esse espírito, é lei que veio portanto para reordenar as relações jurídicas entre consumidor e fornecedor, assumir como objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º, *caput*). É importante considerar que mesmo o Código Civil sofreu o impacto dessa nova perspectiva, com o reconhecimento da *função social do contrato* na seguinte proclamação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421).

### **Liberdade de iniciativa econômica versus direito do consumidor**

Evidentemente, o novo arranjo jurídico trouxe significativas repercussões na liberdade de iniciativa, por exigir de todos os agentes econômicos uma conciliação de suas atividades com o respeito aos direitos sociais. E, em sua missão de promover o bem-estar social, imposta pela própria Constituição Federal (arts. 3º, inc. IV, e 193), cabe ao Estado criar e implementar mecanismos que promovam essa conciliação:

O Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva. (STJ, REsp 436.853/DF, Rel. Ministra Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.05.2006)

---

<sup>43</sup> Cf. IAIN RAMSEY, *Consumer Protection*. Londres: Weidenfeld and Nicolson. 1989, p. 36.

No domínio econômico – conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas – a liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento nacional e da justiça social e se realiza visando a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera da economia para suprimir ou controlar o abuso de poder de poder econômico. (STJ, MS 3.351/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 14.06.1994)

Assim, na medida em que determinada atividade econômica – como a produção e a venda de cigarros – interfira de forma direta e significativa na saúde da população, a legislação deve apresentar respostas, e a reparação dos danos deve ser uma delas.

Esse processo de conciliação de interesses é amplo. A idéia de *desenvolvimento sustentável* no Direito Ambiental (entendida como a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico<sup>44</sup>), é exemplo da constatação consensual de que o progresso econômico só compensa quando conciliado com o respeito à natureza.<sup>45</sup> Da mesma forma, a liberdade de iniciativa da indústria tabagista não pode vigorar indiferente aos interesses dos consumidores de cigarros.

Outro importante exemplo de conciliação desses princípios constitucionais vem do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares. Segundo a decisão proferida pelo

---

<sup>44</sup> Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., p. 26.

<sup>45</sup> “Questões relativas a interesse econômico cedem passo quando colidem com deterioração do meio ambiente, se irreversível.” (STJ, AgRg na PET 924)

Supremo Tribunal Federal, “em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros” (ADI 319 QO, Rel. Min. Moreira Alves, 03.03.93, Tribunal Pleno).

Esse precedente é relevante porque posiciona o princípio da livre iniciativa no contexto proposto pela Constituição Federal no art. 170, qual seja, em sintonia com a finalidade da ordem econômica de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado o princípio da defesa do consumidor.<sup>46</sup>

Não é a livre iniciativa, por si só, que constitui um fundamento da República, mas sim seus *valores sociais* (CF, art. 1º, inc. IV). Ou seja, os empreendimentos econômicos só adquirem importância valorativa na medida em que propiciarem

---

<sup>46</sup> “Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos desse artigo.

“Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional no. 1/69, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la como estas (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente) um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da *livre concorrência* que a ela está estreitamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no artigo 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os *valores sociais da livre iniciativa*; ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da *defesa do consumidor* (que ainda tem como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII) e o da *redução das desigualdades sociais*.

“Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios – que, se tomados em sentido absoluto, como já salientei, são inconciliáveis – e, portanto, para se atender aos ditames da justiça social que pressupõe esse equilíbrio, é mister que se admita que a intervenção indireta do Estado na ordem econômica não se faça apenas *a posteriori*, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas, mas também *a priori*, até porque a eficácia da defesa do consumidor ficará sensivelmente reduzida pela intervenção somente *a posteriori*, que, às mais das vezes, impossibilita ou dificulta a recomposição do dano sofrido” (ADI 319 QO, Rel. Min. Moreira Alves, 03.03.93, Tribunal Pleno).

benefícios para a coletividade, na razão de seu comprometimento com a dignidade humana.

Essa breve introdução é para concluir que o intérprete do ordenamento jurídico não pode ignorar a evolução do Direito que decorre da necessidade de corrigir imperfeições geradas pelo Capitalismo e atingir objetivos do próprio Estado.

É preciso que essa evolução tenha repercussão na jurisprudência, afinal de contas, como ensina CARLOS MAXIMILIANO, “a jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do *meio* no sentido estrito e na acepção lata; atende às *conseqüências* de determinada exegese: quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade”.<sup>47</sup> Nesse sentido, a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n° 4.657/42) traz importante orientação quando determina em seu art. 5° que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, pois impõe a consideração de uma perspectiva comprometida com objetivos de justiça social.

MAURO CAPPELLETTI valoriza o papel do Poder Judiciário como contraponto aos hipertrofiados poderes econômico e governamentais (do Executivo e do Legislativo), ao afirmar: “tanto em face do *Big Business* quanto do *Big Government*, apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz”. O jurista adverte que “as proclamações (nacionais ou supranacionais) dos direitos fundamentais cessam de ser meras declamações filosóficas no

---

<sup>47</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense. 11ª ed., 1991, p. 157.

momento em que sua atuação é confiada, em concreto, aos tribunais”.<sup>48</sup>

Quando se trata de discutir a responsabilidade dos fabricantes de cigarros, é possível constatar, *data venia*, a dificuldade dos julgadores em acompanhar as mudanças do Direito – embora tenham essas alterações se refletido no próprio ordenamento jurídico. A importância que muitos julgados dão à licitude da produção de cigarros e à suposta vontade do fumante revela anacronismo, pois, como se verá, o foco hoje, quando se trata de relação de consumo e atividade empresarial de risco, transferiu-se para a existência do dano. E transferiu-se por excelentes razões de Justiça Social.<sup>49</sup>

**Segunda parte – Direito dos fumantes ativos e passivos a indenização por danos materiais e morais sofridos em decorrência dos prejuízos à saúde provocados pelo consumo de cigarros**

1ª CAUSA DE PEDIR: responsabilidade do fornecedor decorrente do risco do empreendimento e do fato do produto no Código Civil

**Evolução do conceito de responsabilidade civil: teoria do risco e responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002**

A evolução do Direito não poderia deixar de repercutir na disciplina da *responsabilidade civil*, uma vez que “o instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em

<sup>48</sup> *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris. 1999, p. 61.

<sup>49</sup> E aqui vem de molde a advertência de CARLOS MAXIMILIANO: “tenha-se cautela em postergar o que adquiriu foros de verdade consolidada; porém, quando a ela se contrapuser a ciência nova, razões fortes e autoridades prestigiosas ampararem conclusão diferente, abandone-se, por amor ao progresso, a exegese tradicional” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense. 11ª ed., 1991, p. 249).

face da nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais vigentes”.<sup>50</sup>

O movimento que se verificou foi na direção da *ampliação das hipóteses de responsabilização objetiva*, deixando o ato ilícito de figurar como pressuposto necessário para a responsabilidade civil em determinadas hipóteses. Numa perspectiva histórico-evolutiva, constata-se que a formulação da *teoria objetiva*, com revisão das bases da responsabilização extracontratual baseada na culpa, é resultado de mudanças trazidas pela Revolução Industrial. Os juristas sentiram a necessidade de contornar o elevado ônus probatório imposto às vítimas dos inúmeros infortúnios que passaram a ocorrer nas novas máquinas que surgiam: a dificuldade enfrentada pelos operários, prejudicados em acidentes de trabalho, para obter a reparação dos danos sofridos era imensa diante da necessidade de provar a conduta culposa dos empresários. CARLOS ALBERTO BITTAR explica que, “com a disseminação do uso de máquinas, tornando mais complexos e mais perigosos os mecanismos de relacionamento privado, buscou o pensamento jurídico fórmula de equilíbrio que pudesse assegurar às vítimas a necessária reparação”. Assim, prossegue o autor, “nascida sob a égide da teoria do ato ilícito, a responsabilidade civil evoluiu no sentido de alcançar atividades carregadas de perigo, independentemente da noção de culpa”.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 6a. ed., 1979, vol. 1, p. 23.

<sup>51</sup> *Responsabilidade Civil nas Atividades Perigosas, in Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência*, coordenação de Yussef Said Cahali, São Paulo: Saraiva. 1984, pp. 89 e 101.

Surgiu assim a *teoria do risco*, desvinculando a responsabilidade da culpa. Para CARLOS ALBERTO BITTAR, “ponto de partida desse sistema foi a constatação de que um certo número de atividades, por sua periculosidade, embora legítimas, traziam em si riscos próprios, ocasionando danos com freqüência, daí por que se deveria sujeitar os seus titulares à responsabilidade pela simples criação e pela introdução de coisas perigosas na sociedade”. Segundo o jurista,

As idéias básicas deste posicionamento (*teoria do risco*) foram a de imposição de responsabilidades pela criação ou pelo controle do risco pelo homem e o princípio da justiça distributiva, segundo o qual quem auferir lucro com uma atividade deve suportar os ônus correspondentes.

Assim, nessa nova concepção, basta que exista nexo de causalidade entre o exercício da atividade e o dano superveniente, para que se completem os pressupostos da responsabilidade em concreto.

Preocupação primeira é, nesse sistema, a pessoa da vítima, cuja condição pessoal, ou posição econômica, ou mesmo as incertezas do processo muitas vezes a afastava, na teoria anterior, da justa indenização pelo dano sofrido.

A obrigação de reparar o dano surge, pois, do simples exercício da atividade que o agente desenvolve em seu interesse e sob seu controle, em função do perigo que dela decorre para terceiros. Tem-se então o risco como fundamento de responsabilidade.

Passou-se, assim, de um ato ilícito (teoria subjetiva) para um lícito, mas gerador de perigo (teoria objetiva), para caracterizar-se a responsabilidade civil.

Com efeito, inserem-se dentro desse novo contexto atividades que, embora legítimas, merecem, pelo seu caráter de perigosas – seja pela natureza, seja pelos meios empregados – tratamento jurídico especial em que não se cogita da

subjetividade do agente para a sua responsabilização pelos danos ocorridos.<sup>52</sup>

Embora o Código Civil de 2002 tenha mantido a tradicional regra segundo a qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927, *caput*), acabou adotando, igualmente, a *responsabilização objetiva* (que o CDC já adotara em 1990), com a admissão de que *mesmo uma atividade lícita pode gerar obrigação de reparar danos a terceiros*, se criar extraordinária exacerbação de riscos no. Diz o § único do mesmo art. 927:

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.**

Desse modo, a *teoria do risco*, que já era reconhecida pela doutrina<sup>53</sup> e aplicada na jurisprudência<sup>54</sup> como implícita ao sistema de responsabilização civil de nosso ordenamento, foi formalmente incorporada ao direito positivo nacional no novo Código Civil.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES prevê que “a inovação constante do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil será significativa e representará, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão

---

<sup>52</sup> *Responsabilidade Civil nas Atividades Perigosas, in Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência*, coordenação de Yussef Said Cahali, São Paulo: Saraiva. 1984, pp. 90-91.

<sup>53</sup> Em 1938 ALVINO LIMA publicou a obra *Da Culpa ao Risco* (RT), dedicada ao tema. Para PONTES DE MIRANDA, “quem criou o perigo, ainda sem culpa, tem o dever de eliminá-lo. Responde pelo risco que dele foi causa, porque lhe nasce o dever de evitar o dano” (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, T. XXII, p. 194).

<sup>54</sup> “Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, ou do exercício de atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado” (STJ – REsp 185659 – Rel. Min. Nilson Naves – Terceira Turma – 26.06.00 – RSTJ 150/262).

da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, de forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável”.<sup>55</sup>

Mas o Código Civil foi ainda além no art. 931, ao criar a responsabilidade pelo *fato do produto*. Dirigida de modo mais específico às *empresas*, a regra impõe-lhes responsabilidade objetiva pelos danos causados “pelos produtos postos em circulação”:

**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.**

Pode-se dizer que “o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”, e que “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”.<sup>56</sup>

SÉRGIO CAVALIERI FILHO entende que o Código Civil esposou aqui a teoria do *risco do empreendimento*, pela qual “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais

---

<sup>55</sup> *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. 7ª ed., 2002, p. 25.

<sup>56</sup> *Novo Código Civil – Enunciados nº 42 e 43*, aprovados na *Jornada de Direito Civil*, STJ, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal - CJF, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro RUY ROSADO.

vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa”.<sup>57</sup>

Afirma JOÃO CALVÃO DA SILVA que a responsabilização objetiva por danos derivados de produtos defeituosos é decorrência direta no novo modelo de Estado, ao qual já nos referimos:

(Com a) intervenção na actividade económica da produção e (re)distribuição, o Estado converte-se, assim, em Estado social, impregnado de uma idéia de justiça e solidariedade social, reconhecedor de direitos e garantias sociais que visam proporcionar a participação do cidadão nos mais diversos domínios da actividade humana para além de garante dos direitos individuais. ( ... )

Em consonância com esta nova realidade, a do aprofundamento da solidariedade social e da extensão das tarefas do Estado, o ideário do liberalismo clássico sofre o impacto – impacte acentuado sobretudo a partir da década de 60 – das novas concepções ético-sociais do Estado de Direito Social e da sociedade solidária. Daí a acentuação no direito privado comum – o direito civil –, da dimensão do social. Isto importou que a responsabilidade civil, especialmente o princípio da culpa, fosse fortemente influenciada pelo *ethos* do Estado Social de Direito e se alargasse progressivamente a responsabilidade objectiva, intensificando-se a discussão acerca da responsabilidade civil pelos danos que derivam de produtos defeituosos.<sup>58</sup>

Esses dispositivos – o § único do art. 927 e o art. 931 do Código Civil – impõem sem dúvida a obrigação da Ré fabricante de cigarros de indenizar os prejuízos materiais e morais sofridos por fumantes ativos e passivos. Afinal de contas *o cigarro causa danos à saúde e a atividade normalmente desenvolvida por seu produtor implica, por sua natureza, riscos*

---

<sup>57</sup> *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros. 6ª. ed., 2006, pp. 190-191.

<sup>58</sup> *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina. 1999, pp. 99-101.

*para o direito à saúde dos fumantes e terceiros atingidos pela fumaça. Nessas circunstâncias, a empresa fabricante deve responder independentemente de culpa pelos danos causados pelos cigarros postos em circulação:*

A indústria fumageira de todo o planeta sempre teve conhecimento de que o cigarro vicia e causa inúmeras doenças. Assim, diante do conhecimento e da consciência dos malefícios causados pelo cigarro à saúde dos fumantes, não há dúvida de que a apelada, agindo dessa forma, cria conscientemente, o risco do resultado, assumindo, portanto, a obrigação de ressarcir.<sup>59</sup>

2ª. CAUSA DE PEDIR: o cigarro como produto defeituoso e a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no CDC

### **Responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto no CDC**

Acabamos de ver que o Código Civil adotou a responsabilização objetiva, seja pelo *risco* criado (arts. 927, § único), seja pelo *fato do produto* (art. 931). Veremos agora que o CDC também responsabiliza o fabricante objetivamente por *defeito do produto* no art. 12:

**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.**

---

<sup>59</sup> Voto vencido do Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. TJMG, Apelação Cível nº 419.065-8 - Belo Horizonte - 29.6.2004.

Essa regra está em perfeita sintonia com o propósito do CDC, já discutido no presente trabalho, de *proteger o consumidor*, cujo direito a reparação por danos sofridos passa a ser conseqüência, tão-somente, da existência de *defeito* no produto: não se discute a culpa do fornecedor, que é presumida, pois *o fornecedor será sempre culpado por defeito do produto*.<sup>60</sup>

A idéia de que o fundamento da responsabilidade está na existência do defeito fica reforçada pelo que dispõe o mesmo art. 12, ao estatuir que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: ( ... ) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente” (§ 3º, inc. II).

### **O defeito: lesividade e insegurança inaceitável**

Se a obrigação de reparar decorre do fornecimento de produto *defeituoso*, é preciso perquirir melhor o conceito jurídico de *defeito* no CDC.

A noção de *defeito* relaciona-se, vulgarmente, à de *imperfeição, falha, ou deficiência*. Mas, na forma como o vocábulo foi empregado na redação do dispositivo em apreço – inserido em seção do CDC lei que trata da responsabilidade – é possível deduzir que o defeito que interessa é aquele *capaz de*

<sup>60</sup> Os seguintes precedentes do TJSP confirmam a aplicação da regra:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano material – Prestação de serviço – Lavanderia – Danificação da peça – Responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço – Teoria do risco do empreendimento – Advertência contratual de não-obrigação de indenizar – Irrelevância – Indenização por dano material devida” (Apelação nº 888.266-0/5 – São Paulo – 35ª Câmara de Direito Privado – Relator: Mendes Gomes – 15.05.06 – V.U. – Voto nº 10.888)

“INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Danos decorrentes de explosão de vasilhame de refrigerante (Coca-Cola) - Responsabilidade objetiva da embargada, ante o risco a que expôs os consumidores, ao colocar no mercado seu produto, em vasilhame de vidro, passível de explosão por aumento do volume gasoso e ou por eventual impacto contra outro objeto ( ... ) Falar-se, na espécie, em culpa subjetiva é o mesmo que concluir pela sempre impossibilidade de ser a ré responsabilizada, diante dos milhões de vasilhames que coloca no mercado consumidor.” (Embargos Infringentes n. 348-4 - Guaratinguetá - 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Debatin Cardoso - 18.11.98)

*causar danos ao consumidor*. Com efeito, se o art. 12, *caput*, refere-se à “reparação dos danos causados por defeitos”, devemos concluir, logicamente, que *defeito é característica daquilo que é danoso*.

Assim sendo, a *aptidão para provocar prejuízos* ao consumidor é uma das características do produto defeituoso: a *lesividade*, portanto, é aspecto indissociável do defeito.

Além de *lesividade*, a qualidade de defeituoso exige também a existência de *insegurança inaceitável*, segundo se infere do § 1º do mesmo art. 12, que estabelece que “o produto é defeituoso quando *não oferece a segurança que dele legitimamente se espera*” (é preciso cuidado com a interpretação dessa característica, que, como demonstraremos melhor adiante, *não foi concebida para criar situações de irresponsabilidade*).

### **O cigarro como produto defeituoso**

Partindo da constatação de que *defeito* pressupõe dois requisitos – *lesividade* e *insegurança inaceitável* (a partir de expectativa legítima do consumidor) – cumpre perquirir concretamente o caráter defeituoso do cigarro.

A *lesividade* do cigarro é indiscutível, tantas são as doenças que comprovadamente provoca. Seria sua *insegurança aceitável*?

Para apurar esse requisito mister compreender o que caracteriza *insegurança aceitável*; é preciso saber o que afinal devemos entender por *riscos que razoavelmente do produto se esperam* (art. 12, § 1º, inc. II).

Freqüentemente o intérprete da lei vê-se na contingência de encontrar o conteúdo de conceitos que são, em princípio, indeterminados. São expressões abstratas, vazias de significado objetivo, que lembram os chamados *elementos normativos do tipo* do Direito Penal.<sup>61</sup>

A determinação do que seja *expectativa legítima de segurança* para cada produto exige um esforço de integração *hic et nunc* que lhe dê conteúdo palpável, através de avaliação axiológica formada a partir de circunstâncias concretas dadas por situações específicas.<sup>62</sup>

No regime das relações de consumo é evidente a preocupação com a *saúde e segurança do consumidor*, aspectos que mereceram seção própria no CDC (arts. 8º a 10). Depois de fixar a regra geral de que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo *não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores*” (art. 8º), o Código estabeleceu uma distinção entre os produtos em função da *intensidade dos riscos* que criam, ao considerar a existência de duas categorias: 1) aqueles *potencialmente nocivos ou perigosos à saúde* e 2) aqueles que *apresentam alto grau de nocividade ou periculosidade* (arts. 9º e 10).

---

<sup>61</sup> Elementos normativos do tipo penal são aqueles que para entender “não basta o simples emprego da capacidade cognoscitiva, mas cujo sentido tem de ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz” (ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed., 1959, vol. I, tomo I, p. 332).

<sup>62</sup> São inúmeros os exemplos de expressões dessa natureza empregadas no ordenamento jurídico, tais como “interesse público” e “função social”. No direito do consumidor há o conceito de “abusividade”, no direito de vizinhança temos as expressões “interferências prejudiciais à segurança e ao sossego”, o direito ambiental a refere-se a “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que afetem as condições estéticas”. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “é forçoso reconhecer que as palavras vasadas na Constituição – como em qualquer disposição normativa – por mais vagas, fluidas ou imprecisas que sejam, têm um conteúdo, uma significação mínima, determinável no tempo e no espaço” (*Natureza Jurídica do Zoneamento; Efeitos*, in RDP 61, 1982, p. 38).

O tratamento legal é distinto para cada uma dessas categorias. O CDC *proibiu* que os demasiadamente nocivos ou perigosos sejam colocados no mercado de consumo (art. 10). Todavia, o fornecimento de produtos apenas potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança é *permitido*, pelo que se depreende do art. 9º, desde que o consumidor seja informado “de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”.

É importante observar que esses dispositivos contêm previsões genéricas, que se completam com diversas leis especiais, como a que proíbe a produção de amianto (Lei Federal nº 9.055/95), a que proíbe a produção e o comércio de substâncias ou produtos capazes de causar dependência (Lei Federal nº 11.343/06), ou a que disciplina a comercialização de armas de fogo e munição (Lei Federal nº 10.826/03).

Nesse contexto, o risco de cigarro seria *aceitável*, na perspectiva do art. 12, § 1º, inc. II? As circunstâncias relevantes que envolvem o cigarro permitem-nos dizer que há *expectativa legítima de segurança e razoabilidade dos riscos esperados*?

Ora, no atual estágio do desenvolvimento tecnológico e científico, a expectativa de segurança dos consumidores para os produtos lícitos deve ser *a mais rigorosa possível*, especialmente no que diz respeito à *saúde*, até porque as empresas têm o dever legal de *reduzir riscos de doenças* (Lei Federal nº 8.080/90, art. 2º, § 2º) e, como visto nos exemplos do amianto e de drogas, quando necessário a produção e o comércio

de produtos perigosos foram expressamente proibidos. Essa expectativa de segurança, no que se refere à saúde, é ainda maior se considerarmos que o CDC utiliza essa mesma palavra – *saúde* – em *quatorze diferentes dispositivos*, inclusive para elevar sua proteção à condição de *direito básico do consumidor* (art. 6º, inc. I).

Ao contrário do praticante de esportes radicais, o *fumante não consome cigarros em busca de risco*. O que o leva a fumar é a procura de um prazer sensorial, causado pela inalação da fumaça<sup>63</sup>; e/ou, ainda, a tentativa de saciar a necessidade de nicotina, substância que causa forte dependência (freqüentemente associam-se ambas as motivações). Talvez exista ainda um resquício do glamour outrora associado ao cigarro, e incentivado até recentemente por propaganda intensa, fazendo com que muitos o tratem como um fetiche. De qualquer forma, é certo, *data venia*, que o desprezo aos alertas sobre os riscos à sua saúde (que hoje são ostensivos), confere à conduta do tabagista que acende um cigarro um caráter imediatista e incoseqüente. Nessa perspectiva, pode-se verificar na decisão de muitos fumantes uma considerável dose de irracionalidade hedonista. É o prazer insaciável. Nas irônicas palavras de OSCAR WILDE, “um cigarro é o modelo perfeito do perfeito prazer. É delicioso e deixa a gente insatisfeito. Que mais se pode desejar?”<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Segundo a organização internacional *Nicotine Anonymous*, “fumávamos e adorávamos fumar por varias razões - porque nos fazia parecer sofisticados, fazia sentirmo-nos bem, diminuía o stress, ajudava a nos concentrar, tinha um efeito calmante, e assim por diante” ([www.nicotine-anonymous.org/pubs\\_content.php?pub\\_id=101](http://www.nicotine-anonymous.org/pubs_content.php?pub_id=101)). No livro *O Cigarro*, o capítulo “Por que o Cigarro Conquistou o Mundo” procura explicar o tabagismo enfatizando o prazer sentido pelo usuário ao consumir a droga (MARIO CESAR CARVALHO. São Paulo: Publifolha, 2007).

<sup>64</sup> Palavras de Lord Henry, personagem de *O Retrato de Dorian Grey*, Cap. VI.

A organização internacional *Nicotine Anonymous* assim explica o processo de adesão ao hábito:

Oferecemos inúmeras "razões" do porquê começamos a fumar. Nossos amigos fumavam e queríamos nos "enturmar". Acaso seríamos aceitos pelos amigos se não fumássemos como eles? Nossos pais fumavam, de modo que aprendemos desde a infância que cresceríamos para poder ser fumantes. Ou: "Eu comecei a fumar com 17 anos para não engordar, minha mãe disse que era melhor fumar do que ser gordo". Para aqueles que começaram mais cedo, havia a tentativa de parecer mais velho, de se parecer com os adultos. Especialmente nos anos 40, 50 e 60, fumar era uma maneira aceitável e elegante de entrar na vida adulta, um rito de passagem comum. Fumar era parte da "boa vida" e parecia que todos os astros do cinema fumavam. Fumar também estava relacionado com o tédio - não havia nada mais útil para fazer na vida!

Por trás destas "razões" esconde-se uma cruel realidade: virtualmente nenhum de nós tomou uma decisão plenamente consciente e informada de se tornar fumante. Pessoas à nossa volta - amigos, pais e ídolos - fumavam, e nós os imitávamos por desafio, por curiosidade, ou por pura macaqueice, só para ver como era.<sup>65</sup>

Seja como for, o certo é que ninguém poderá acusar o fumante de buscar um "suicídio doloso". *Ele absolutamente não quer prejudicar sua saúde, não quer que o cigarro seja inseguro, não espera nem aceita o prejuízo.* Fuma talvez com a perspectiva, fruto do auto-engano<sup>66</sup>, de que em breve será capaz de abandonar o vício. Ou, provavelmente, com a esperança tola de que terá a sorte de não sofrer qualquer

---

<sup>65</sup> [www.nicotine-anonymous.org/pubs\\_content.php?pub\\_id=99](http://www.nicotine-anonymous.org/pubs_content.php?pub_id=99) Acesso aos 25.07.07.

<sup>66</sup> "Auto-engano é o resultado de um processo mental que faz com que um indivíduo, em um momento, aceite como verdadeira uma informação tida como falsa por ele mesmo noutro momento" (Wikipédia).

consequência para sua saúde, resultante do chamado “*wishful thinking*”.<sup>67</sup>

Pesquisa realizada na Inglaterra em 2002 confirmou a tendência de fumantes de se iludirem com a perspectiva de abandonar o vício: a grande maioria deles (83%) afirma que não teria começado a fumar se tivesse nova oportunidade. Mais da metade dos fumantes (53%) têm a expectativa de abandonar o cigarro nos próximos dois anos, embora a história recente mostre que apenas 6% o conseguirão nesse período.<sup>68</sup>

Segundo o professor MARTIN JARVIS, do Cancer Research UK, existe uma grande distância entre as expectativas exageradamente otimistas dos fumantes sobre o futuro abandono do cigarro e a sombria realidade. Em sua opinião, isso reflete a prevalência do *wishful thinking* sobre o cálculo racional, mas indica uma confirmação de que a maioria dos fumantes tem um desejo desesperado de se livrar do tabaco. O estudioso rejeita a alegação das empresas de que fumar é uma escolha livre e adulta, uma vez que se trata de uma droga que vicia.<sup>69</sup>

A oferta de cigarros supostamente menos ofensivos, apresentados como de “baixos teores” (ou “*lights*”)

---

<sup>67</sup> O *Wishful thinking* seria uma tendência natural das pessoas para uma perspectiva otimista: “é a formação de crenças e de tomadas de decisão baseada naquilo que seria agradável supor ao invés de recorrer às evidências ou racionalidade. Estudos têm mostrado de forma consistente que, mantendo tudo o mais igual, as pessoas estão mais sujeitas a prever a ocorrência de resultados favoráveis do que desfavoráveis” (Wikipédia).

<sup>68</sup> *Smokers disillusioned with smoking and deluded about quitting: ...young smokers especially* ([www.ash.org.uk/html/press/020308.html](http://www.ash.org.uk/html/press/020308.html)) Acesso aos 25.07.07.

<sup>69</sup> *Smokers disillusioned with smoking and deluded about quitting: ...young smokers especially* ([www.ash.org.uk/html/press/020308.html](http://www.ash.org.uk/html/press/020308.html)) Acesso aos 25.07.07.

decorreu justamente da percepção, da própria indústria, de que *o fumante quer o cigarro, mas não quer seus efeitos deletérios*.<sup>70</sup>

A Souza Cruz sabe que o fumante não aceita o risco do cigarro:

Para a Souza Cruz, o desenvolvimento de produtos que potencialmente possam representar um menor risco aos consumidores é uma prioridade.

Por mais de 40 anos, empresas do Grupo British American Tobacco em todo o mundo realizaram pesquisas internas com o objetivo de explorar modificações e inovações buscando produzir cigarros que possam oferecer um menor risco.<sup>71</sup>

Por sua vez, a Philip Morris admite:

estamos investindo muitos recursos na pesquisa e no desenvolvimento do que as autoridades de saúde chamam "produtos com potencial de exposição reduzida" - ou seja, cigarros que possam diminuir a exposição dos fumantes aos constituintes tóxicos da fumaça, reduzindo, assim alguns dos efeitos do consumo de cigarros sobre a saúde.<sup>72</sup>

A insegurança do cigarro, portanto, não se legitima com uma expectativa ou aceitação por parte do consumidor; pelo contrário, a suposição correta é a de que *o fumante conviva contrariado com o risco, que não lhe é aceitável*.

<sup>70</sup> “Adolescentes fumantes e não-fumantes acreditam que cigarros de baixos teores de alcatrão e nicotina fazem menos mal à saúde. Por isso, esse tipo de cigarro atualmente é o mais fumado na maioria de 14 capitais brasileiras que serviram de palco para uma pesquisa mundial com escolares que analisa os fatores que estão associados à iniciação ao tabagismo” Fonte: Estudo foi feito em 14 capitais do Brasil com quase 20 mil estudantes, cujos resultados foram apresentados durante o 11º Congresso Mundial de Saúde Pública (*Estudantes acreditam no “conto do cigarro que não faz mal à saúde - www.abrasco.org.br/noticias/noticia\_int.php?id\_noticia=59* . Acesso aos 22.06.07).

<sup>71</sup> *Fumo e Saúde – Redução de Risco*  
www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU\_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/DO5RETYK?opendocume nt&SID=&DTC=&TMP=1 . Acesso aos 25.06.07.

<sup>72</sup> *O que vocês estão fazendo para tornar os cigarros mais seguros?*  
www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por\_BR/faq/faq.asp?position=5&faq=What+are+you+do ing+to+make+cigarettes+safer?&section=SMOKING&listsection=SMOKING#Q5. Acesso aos 03.07.07

O exemplo de outros produtos inseguros, como raticidas ou serras elétricas, demonstra bem o que pode configurar insegurança legitimamente esperada: a finalidade desses produtos exige a inevitável presença de fatores de risco (respectivamente, substâncias tóxicas e lâmina dentada em movimento). Mas nesses casos o consumidor ainda consegue, se cauteloso, *usar o produto e evitar o dano*. Quanto ao fumo, sequer existe essa hipótese, afinal a própria Souza Cruz confessa que “a única atitude sem riscos em relação ao fumo é não fumar.”<sup>73</sup> E a Philip Morris, depois de afirmar que “não existe cigarro seguro”, aconselha, candidamente: “se você é fumante e está preocupado com os efeitos do consumo de cigarros sobre a saúde, você deve parar de fumar”.<sup>74</sup> Ora, como se existisse fumante não preocupado com os danos do cigarro, e como se para de fumar fosse uma meta simples de ser alcançada!

A perversidade do cigarro reside exatamente nisso: *converte necessariamente o fumante em seu próprio e involuntário algoz*.

Nessa linha de raciocínio, a idéia de *expectativa de segurança* que o CDC criou no art. 12 relaciona-se com a ressalva do art. 8º sobre os riscos “considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”, e foi criada apenas para alertar o intérprete de que há determinados produtos que *sempre serão perigosos*, mas que nem por isso serão necessariamente defeituosos. Pensemos na serra elétrica:

---

<sup>73</sup> *Fumo e Saúde* - [www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU\\_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D87005BBCCF?opendocument&SID=&DTC=](http://www.souzacruz.com.br/OneWeb/sites/SOU_5RRP92.nsf/vwPagesWebLive/80256DAD006376DD80256D87005BBCCF?opendocument&SID=&DTC=) Acesso aos 16.05.07.

<sup>74</sup> *O que vocês estão fazendo para tornar os cigarros mais seguros?* [www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por\\_BR/faq/faq.asp?position=5&faq=What+are+you+doing+to+make+cigarettes+safer?&section=SMOKING&listsection=SMOKING#Q5](http://www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por_BR/faq/faq.asp?position=5&faq=What+are+you+doing+to+make+cigarettes+safer?&section=SMOKING&listsection=SMOKING#Q5). Acesso aos 03.07.07.

destinada a cortar matéria sólida, sua periculosidade é inevitável. Por cuidar-se de aparelho que deve sempre ser manuseado com extremos de cuidado, a ocorrência de acidentes pode até ser recebida como previsível. Mas o risco que ela provoca não decorre de defeito, mas de suas características imanentes. Todavia, se o fornecedor produzir serra elétrica que provoque índice *excessivamente elevado de acidentes*, vitimando mesmo os utentes mais cautelosos, seu risco transcenderá aquele que pode ser considerado razoável, e assim tal produto poderá ser tido como defeituoso. “Perante a definição elástica de defeito como a falta de segurança legítima ou a insegurança ilegítima”, exemplifica JOÃO CALVÃO DA SILVA, “não será defeituoso o medicamento que, como efeito secundário, provoque alergia num doente, em virtude de uma predisposição subjectiva, individual, quando no conjunto dos doentes se mostre inofensivo; já será defeituoso o fármaco que, igualmente por efeito secundário, cause sida ou cancro nos doentes que o tomem”.<sup>75</sup>

Ao criar o conceito de *expectativa legítima de segurança*, o CDC ofereceu parâmetros para sua avaliação: são as “circunstâncias relevantes do produto”, como “I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação” (§ 1º do art. 12). Esses elementos apresentados pela lei não são exaustivos, foram apontados apenas como alguns dos critérios que devem ser considerados (daí o emprego da expressão “entre as quais” no dispositivo em exame).

---

<sup>75</sup> *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina. 1999, p. 636.

O que temos, portanto, é um sistema de responsabilização que respeita as nuances de determinados produtos e impede, no exemplo referido, que o consumidor de uma serra elétrica aponte a existência de defeito em decorrência de uma insegurança que é inevitável no produto.

Mas, no caso do cigarro, seu caráter defeituoso é grave porque os males à saúde que causa não são decorrentes de efeito colateral que possa ser considerado acidental, episódico ou eventual; o defeito não surge por consumo inadequado, mas *inevitavelmente em virtude do próprio consumo*, a despeito das peculiaridades de cada consumidor. O defeito está presente justamente porque sua nocividade é consequência de seu uso regular por qualquer indivíduo.

CLÁUDIA LIMA MARQUES explica que a regra adotada pelo CDC implica em verdadeira “garantia implícita de segurança razoável”. Em suas palavras, “os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente um novo *dever de qualidade* instituído pelo sistema do CDC, um novo dever *anexo* à atividade dos fornecedores”.<sup>76</sup> Por qual razão o fabricante de cigarro estaria dispensado desse dever? De um lado, não existe nenhuma previsão legal expressa a liberar o produtor de cigarro da obrigação de oferecer um produto isento de defeito. De outro, seria razoável a interpretação do ordenamento jurídico que concluísse pela irresponsabilidade do fornecedor de produto tão prejudicial à saúde?

---

<sup>76</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT. 2ª. ed., 2006, p. 258.

Ora, o surgimento do dano possui significado relevante quando se discute a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. Em regra, todos os produtos colocados no mercado *devem ser inofensivos*. Quando determinado bem provocar dano, sem que se verifique qualquer das excepcionais hipóteses do art. 12, § 3º, inc. III, do CDC), os fatos falam por si (*res ipsa loquitur*), e a responsabilidade do fornecedor passa a ser consequência legal. Para GUILHERME COUTO DE CASTRO “em vários casos, a opção legislativa, será não a de pôr em relevo a falha de comportamento, mas sim o dano, atento primordialmente à necessidade reparatória. Em tais casos, pode o ato ser lícito ou ilícito, pode ou não haver conduta culposa, porém, aferido o necessário liame jurídico entre conduta e dano, existe obrigação de indenizar”.<sup>77</sup>

SÉRGIO CAVALIERI FILHO invoca o disposto no § 1º. do art. 12 para concluir que o CDC “criou o *dever de segurança* para o fornecedor, verdadeira cláusula geral – o dever de não lançar no mercado produtos com defeito –, de sorte que se o lançar, e este der causa ao acidente de consumo, por ele responderá independentemente de culpa. Tudo quanto é necessário para a existência da responsabilidade é ter o produto causado um dano. Trata-se, em última instância, de uma *garantia de idoneidade*, um dever especial de segurança do produto legitimamente esperado. Portanto, para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo a lei impõe o *dever de segurança*; dever de fornecer produtos seguros, sob pena de responder independentemente de culpa (objetivamente) pelos danos que causar ao consumidor. Aí está, em nosso

---

<sup>77</sup> *A Responsabilidade Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 2º ed., 1997, p. 29.

entender, o verdadeiro fundamento da responsabilidade do fornecedor”.<sup>78</sup> Como se verá melhor adiante, o desrespeito desse dever legal de segurança caracteriza ato ilícito.

É fácil notar que nosso sistema legal *transferiu a responsabilidade pela segurança, do consumidor para o fornecedor*. JOÃO CALVÃO DA SILVA assim justifica o que chama de “concentração da responsabilidade no produtor”:

A favor da concentração da responsabilidade objectiva no produtor milita também o argumento de ele estar mais bem colocado para prevenir o risco. Titular do processo produtivo, no qual o produto é idealizado, concebido e fabricado, o produtor reúne ou pode reunir as melhores condições de controlo da fonte de perigo e de prevenção dos danos potenciais para terceiros. ( ... )

Uma outra razão fundamental que leva a deslocar a responsabilidade objectiva pra o produtor repousa na circunstância de ele ser a pessoa que melhor pode suportar as consequências danosas do defeito que não previu ou não preveniu e fazer uma eqüitativa distribuição do encargo da respectiva reparação.<sup>79</sup>

É preciso levar em conta aqui que o *dever de prevenir danos à saúde da população*, embora primordialmente cometido ao Estado, não é exclusivo deste, pois também é atribuído expressamente às *empresas* pela Lei Federal nº 8.080/90:

**Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. ( ... )**

**§ 2º - O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.**

---

<sup>78</sup> *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros. 6ª. ed., 2006, p. 500.

<sup>79</sup> *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina. 1999, pp. 528 e 530.

Pode-se constatar a coerência de um sistema jurídico que, depois de proclamar que a República tem como fundamento “*os valores sociais da livre iniciativa*” (art. 1º, inc. IV), impõe nesse dispositivo às empresas o dever de prevenir danos à saúde da população e ainda preveja a responsabilidade objetiva da empresa pelo fornecimento de produto inseguro (CC, art. 931 e CDC, art. 12).

Diante dessas considerações, inevitável a conclusão de que *o cigarro é um produto defeituoso*. Conclusão diversa significaria subversão do sistema, pois implicaria em atribuir o dever de segurança ao consumidor, e não ao fornecedor.

Para o fornecedor, nesse contexto, só restam duas alternativas:

- 1) lançar um produto inofensivo (e as empresas de cigarro assumem que estão tentando desenvolvê-lo, e a condenações pretendidas neste processo são um forte incentivo para que continuem tentando com mais vigor); ou
- 2) assumir a responsabilidade pelos danos.

### **O cigarro como produto *sui generis***

O CDC aplica-se a uma gama extremamente diversificada de produtos. Suas regras valem tanto para produtos considerados, em geral, inofensivos, como livros, como incidem sobre aqueles notoriamente perigosos, como raticidas ou serras elétricas. A formulação de regras gerais de segurança e de responsabilidade civil para todos os produtos fabricados e comercializados num mercado tão vasto exigiu do legislador um esforço considerável, e o sistema legal concebido pelo CDC revela a complexidade da tarefa.

A dificuldade de muitos juízes em aplicar essas regras do CDC ao cigarro explica-se pelo caráter absolutamente *sui generis* desse produto, marcado pelos seguintes aspectos:

- **apresenta alto grau de periculosidade intrínseca, decorrente de sua natureza e fruição regulares;**
- **os riscos à saúde dos consumidores considerados são previsíveis, pois sua periculosidade inerente é do conhecimento tanto do fornecedor como do consumidor;**
- **não apresenta nenhuma utilidade ou serventia prática, salvo a de proporcionar ao consumidor suposta sensação de prazer;**
- **é consumido por parcela expressiva da população;**
- **é prejudicial a terceiros, não fumantes;**
- **aumenta significativamente os gastos estatais com tratamento das doenças que causa ou agrava;**
- **devido ao alto grau de dependência gerado pela nicotina, o fumante adicto pode consumir o cigarro mesmo contra sua vontade;**
- **apesar de sua periculosidade, o fornecimento de tabaco não é proibido, como ocorre com os canabinóides;**
- **a tolerância social ao seu consumo decorre de razões culturais e históricas relacionadas à popularidade do tabagismo, a despeito de sua nocividade à saúde.**

Nenhum outro produto apresenta tais peculiaridades.

Além disso, é certo que a maioria dos operadores do direito ainda não incorporou devidamente os novos princípios que informam a responsabilidade civil, e que resultaram, como visto, e sobretudo nas relações de consumo, na transferência de encargos para o fornecedor, especialmente em relação à segurança do consumidor. Ainda apegados a lições do passado, hoje obsoletas, muitos profissionais raciocinam

conservadoramente, a partir de cânones que a doutrina e o próprio ordenamento jurídico já superaram.

Essas circunstâncias não podem, no entanto, ofuscar a realidade: o cigarro é *um dos produtos mais defeituosos existentes no mercado*, seu defeito é intrínseco, indissociável do produto. Não existe cigarro inócuo ou inofensivo. Não existe cigarro “seguro”, como confessa a própria Philip Morris em seu sítio na Internet<sup>80</sup>, e como ficou largamente demonstrado no início desse trabalho, o fumo comprovadamente provoca diversos males a fumantes e não-fumantes.

Para LÚCIO DELFINO, “o fumante é vítima de defeitos. É atingido na sua própria incolumidade física e psíquica, tendo, conseqüentemente, sua saúde debilitada ou sua vida aniquilada. A imperfeição do cigarro atravessa o âmbito de mera impropriedade de uso do produto ou, ainda, da diminuição de seu valor. É o único produto que, se utilizado conforme instruem seus fornecedores, mata a metade dos que o consomem. E, se mata ou agride a saúde dos consumidores, o defeito está evidenciado”.<sup>81</sup>

Nesse sentido os seguintes precedentes, relativos à responsabilidade civil de empresa fornecedora de cigarro:

**RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos material e moral – Fabricante de cigarros – Acidente de consumo – Consumidor por equiparação – Relação de consumo – Responsabilidade objetiva reconhecida – Tabagismo – Morte do marido fumante – Demonstração “in casu” da relação entre a “causa mortis” e o consumo de tabaco – Nexo de causalidade comprovado – Danos materiais não**

<sup>80</sup> [www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por\\_BR/smoking/S\\_and\\_H.asp](http://www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por_BR/smoking/S_and_H.asp). Acesso aos 16.04.07.

<sup>81</sup> *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 104.

**comprovados – Dano moral caracterizado, tendo em vista os indiscutíveis dissabores, mágoa, angústia e aflição experimentados pela apelante – Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido. (TJSP – Apelação cível n. 260.828-4/0-00 - Campinas - 4ª Câmara “A” de Direito Privado – Relator: Luís Eduardo Scarabelli – 19.05.06 – M.V. – Voto n. 299)**

**Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar. Desimporta a licitude da atividade perante as leis do Estado e é irrelevante a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo para afastar a responsabilidade. E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade. A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. ( ... ) O cigarro é produto altamente perigoso, não só aos fumantes como também aos não-fumantes (fumantes passivos ou *bystanders*), caracterizando-se como defeituoso, uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, do CDC), situação que importa na responsabilidade objetiva do fabricante, que apenas se exime provando que não colocou o produto no mercado, ou que, embora o haja colocado, o defeito inexistia ou que o mal não foi causado, ou, por fim, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que aqui não se caracteriza porque o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre ocultou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima. (Apelação Cível Nº**

70000144626, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,  
Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em  
29/10/2003)

3ª. CAUSA DE PEDIR: vício de qualidade: o cigarro como produto impróprio ao consumo por nocividade à saúde. Violação do dever de segurança como ato ilícito.

### **Responsabilidade por vício de qualidade: impropriedade do produto nocivo à saúde**

O CDC, no mesmo Capítulo IV que trata “Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”, depois das Seções I e II, dedicadas, respectivamente, à “Proteção à Saúde e Segurança” e à “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”, disciplina, na Seção III a “Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço”.

Enquanto a responsabilidade pelo fato do produto relaciona-se à existência de *defeito* (art. 12), no art. 18 a responsabilidade decorre de *vício do produto*, que pode ser de *quantidade* ou de *qualidade*.

Presente aqui antigo preceito que rege o Direito das Obrigações, a impor a *idoneidade do bem* como condição de validade de todo negócio. Ao discorrer sobre responsabilidade por vícios do objeto, PONTES DE MIRANDA afirma que “quem presta o bem, qualquer que seja, corpóreo ou incorpóreo, há de fazê-lo sem defeitos de objeto ou vícios”.<sup>82</sup>

Na moderna disciplina das relações de consumo, em virtude da necessidade de proteger o consumidor, as exigências relativas à aptidão do produto foram ampliadas. Ao nosso debate interessa diretamente conhecer o *vício de qualidade*

<sup>82</sup> *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, Tomo XXXVIII, p. 147.

*relacionado à proteção da saúde do consumidor*, objeto do inc. II do § 6º do art. 18, que assim determina:

Art. 18 - **Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. ( ... )**

§ 6º - **São impróprios ao uso e consumo: ( ... )**

II - **os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;**

Em síntese, do art. 18, § 6º, inc. II, é possível extrair que *os fornecedores de produtos respondem pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo, como aqueles nocivos à vida ou à saúde.*

Ou seja, o fabricante está obrigado a fornecer produtos *inofensivos à saúde do consumidor*, caso contrário ficará caracterizada sua impropriedade ao consumo e, conseqüentemente, o vício de qualidade gerador da responsabilidade.

E o cigarro deve ser considerado *produto impróprio ao consumo* por ser nocivo à vida e à saúde, sendo seu fornecedor responsável por perdas e danos, nos termos do § 1º, inc. II, do art. 18.

### **Violação da obrigação de fornecer produto inofensivo como ato ilícito**

Ao fornecer produto viciado por nocividade, o fabricante de cigarro pratica *ato ilícito* (Código Civil, art. 186), uma vez que viola direito e causa dano ao consumidor. É que se verifica, nessa hipótese, *um descumprimento da obrigação legal de entregar bem inofensivo à saúde do consumidor*, imposta no art. 18, § 6º, inc. II, do CDC. Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES, “o regime de vícios pressupõe o descumprimento de um dever anexo dos fornecedores”. Em suas palavras, “o CDC impõe aos fornecedores a obrigação de liberar no mercado somente produtos isentos de vícios”.<sup>83</sup>

Quem falta com um dever legal comete ato ilícito.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA explica que

a iliceidade de conduta está no *procedimento contrário a um dever preexistente*. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelo ordenamento, o ato ilícito importa na *violação do ordenamento jurídico*.<sup>84</sup>

A licitude da produção e comercialização do cigarro – fruto das razões culturais que levaram à aceitação social do tabagismo a despeito de suas conseqüências sanitárias – não compromete a ilicitude que se caracteriza pelo vício de qualidade que, inequivocamente, resulta de sua nocividade à saúde. Além disso, em momento algum o ordenamento jurídico libera os fornecedores de cigarros do dever legal genérico fixado no inc. II do § 6º do art. 18 do CDC. Ou seja, é permitido, sim,

<sup>83</sup> *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT. 2ª ed., 2006, p. 341.

<sup>84</sup> *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed., 1984, vol. I, p. 452.

produzir e comercializar o cigarro, no entanto, uma vez caracterizada sua nocividade à vida ou à saúde, pelo advento de doença ou morte decorrentes de seu consumo, tipifica-se ato ilícito gerador da obrigação de indenizar.

**Do mesmo modo, fabricar e comercializar leite, sanduíches e medicamentos é permitido, mas, se da ingestão desses produtos resultarem danos à saúde do consumidor, o fornecedor deverá indenizá-los.<sup>85</sup> Por que com o cigarro deveria ser diferente?**

Sob esse ponto de vista, forjado diretamente do texto legal, mostram-se absolutamente equivocados, *data venia*, os julgamentos que isentam os fabricantes de cigarros de responsabilidade em razão da licitude de sua produção e venda.<sup>86</sup> Assim, se é verdade que não há lei proibindo a venda de cigarros, é certo igualmente que não há lei isentando o

<sup>85</sup> “DANO MORAL – Ingestão de leite – Cor, odor e sabor anormais – Gastroenterite aguda – Vítimas menores impúberes – Nexo causal presumido – Responsabilidade do fabricante – Extensão do dano – Proporcionalidade – Sofrimento momentâneo – Mal físico provocado pela intoxicação – Indenização devida – Recurso parcialmente provido” (Apelação nº 414.143-4/0 – Presidente Prudente – 5ª Câmara de Direito Privado – Relator: Oscarlino Moeller – 22.03.06 – M.V. – Voto nº 14898 – Voto vencido do Des. A.C. Mathias Coltro, nº 12.074)

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano material – Consumo de sanduíches contaminado por toxina – Ingestão dos alimentos que gerou gastroenterocolite aguda ao consumidor – Ré que incumbia demonstrar, e não demonstrou, as hipóteses sugeridas de culpa exclusiva da vítima – Responsabilidade que independe de culpa – Obrigação da ré a reembolsar a autora do custo com consulta e tratamento – Recurso provido” (Apelação Cível n. 994.541-0/4 – Apelação Cível - 28ª Câmara de Direito Privado - Relator: Celso Pimentel – 20.03.07 - V.U. - Voto n.11.895)

“DANO MORAL - Responsabilidade civil - Indenização - Morte de pai e marido das autoras, por equivocada ingestão de veneno contido indevidamente em embalagem de remédio para o fígado, vendido sem nenhuma anotação externa - Responsabilidade dos réus configurada em virtude de acondicionamento de produto em embalagem inadequada e imprópria - Imprudência - Culpa - Dano - Caracterização - Obrigatoriedade de reparação - Artigos 159 e 1521, I, do Código Civil antigo - Incidência, ademais do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º, X, da Constituição Federal - Indenização devida em quantia adequada, mas inferior à pretendida - Fixação equivalente a 100 (cem) salários mínimos, mais juros e correção monetária, na forma estabelecida no acórdão - Recurso parcialmente provido” (Apelação Cível com Revisão n. 249.609-4/0-00 - Comarca de Catanduva - 9ª “A” Câmara de Direito Privado - Relator: Durval Augusto Rezende Filho - J. 30.5.2006 - V.U. - Voto n. 141)

<sup>86</sup> “Fumo. O cigarro é produto potencialmente nocivo. Sua fabricação e comercialização não é ilícita. A morte causada por doenças dele decorrentes não cria a obrigação de indenizar do fabricante, porque não pratica esta ato ilícito ao produzir o cigarro.” (TJRJ, 2003.001.22442 – Apelação Cível, Des. Horácio S. Ribeiro Neto - Julgamento: 14/10/2003 - Sexta Câmara Cível)

fornecedor da responsabilidade pelo vício previsto no art. 18, § 6º, inc. II, do CDC.

Ora, se o fabricante *descumpre dever legal explícito, está a praticar ato ilícito*, devendo essa violação gerar obrigação de reparar os prejuízos sofridos, prevista tanto no art. 18 (*caput* e § 1º, inc. II) do CDC, como no art. 927, *caput*, do CC.<sup>87</sup> A convicção a respeito do dever do fornecedor de cigarros de evitar males aos consumidores fica sobremaneira reforçada pela regra do art. 2º, § 2º, da Lei Federal nº 8.080/90, que estabelece o dever das empresas *de reduzir riscos de doenças e de outros agravos*.

No caso do cigarro, a nocividade é fato notório, e constitui vício de qualidade inerente ao produto que por isso *não pode ser sanado pelo fabricante*. Nesse contexto, a indenização pelos prejuízos é a única solução possível – de qualquer forma, vale consignar que a responsabilidade civil é independente da obrigação de sanar o vício, quando isso for possível:

**O vício do produto ou serviço, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, poderá ensejar a reparação por danos morais, desde que presentes os elementos caracterizadores do constrangimento à esfera moral do consumidor.** (REsp 324629/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10.12.2002, DJ 28.04.2003, p. 198)

Assim, além de *defeituoso*, o cigarro é produto que contém *vício de qualidade*, porquanto sua nocividade à vida

---

<sup>87</sup> Para PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, na “responsabilidade por acidentes de consumo, a ilicitude da atividade do fornecedor está contida no conceito de defeito do produto ou do serviço, uma vez que a prioridade é a reparação do prejuízo sofrido pelo consumidor” (*in Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 148, *apud* LÚCIO DELFINO, *Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor*. Revista Direito do Consumidor, 51/175).

e à saúde o torna impróprio ao consumo. E aí temos o terceiro fundamento para a responsabilização do fabricante.

O tabagismo e a interpretação dos dispositivos que disciplinam a responsabilidade civil

*cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie a favor, e não em prejuízo de quem ela evidentemente visa a proteger*

CARLOS MAXIMILIANO <sup>88</sup>

### **Irresponsabilidade dos fabricantes de cigarros?**

O art. 8º do CDC preceitua em seu *caput*:

**Art. 8º - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.**

Seriam os riscos acarretados pelo cigarro à saúde ou segurança dos consumidores consideráveis “normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição” para efeito da incidência da ressalva prevista no art. 8º do CDC? Ao dar as “informações necessárias e adequadas” a respeito dos riscos o fornecedor exime-se de sua responsabilidade pelos danos causados aos consumidores e a terceiros?

O art. 8º encerra, na primeira parte, uma proibição, proclamada de forma genérica, que veda a colocação de produtos perigosos no mercado (“os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”). Consagra, todavia, uma

<sup>88</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1991, p. 156.

exceção à regra: “exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”. *Nenhuma palavra sobre responsabilidade civil.*

Assim, antes que se chegue a uma leitura deturpada, é importante constatar que *em momento algum esse dispositivo isenta o fornecedor de responsabilidade por danos causados ao consumidor.* E nem se poderia admitir que o CDC, de modo esquizofrênico, *concedesse e retirasse* o direito do consumidor à indenização, estabelecendo uma contradição: o que daria nos arts. 12 e 18 retiraria no art. 8º.

*In hortulo juris nil spinosum* (“não há espinhos no jardim da lei”). O ordenamento jurídico funciona como um *sistema* cujas normas devem conviver na mais perfeita harmonia. NORBERTO BOBBIO ensina que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*”.<sup>89</sup> Nas palavras de CARLOS MAXIMILIANO, “não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência”. Em outra passagem o jurista reafirma que “contradições absolutas *não se presumem*. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma”.<sup>90</sup>

No caso em apreço, a *interpretação sistemática* é o método que permite a conciliação perfeita entre os dispositivos citados: “consiste o *Processo Sistemático* em comparar o

---

<sup>89</sup> *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: Editora UNB, 10ª ed., 1999, p. 80.

<sup>90</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1991, pp. 134 e 356.

dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”. Assim, se a alguém ocorrer, da leitura isolada do art. 8º, a possibilidade da previsão de irresponsabilidade do fornecedor, o esclarecimento vem logo a seguir com o disposto nos arts. 12 e 18, inseridos em seções que cuidam, de modo específico, da responsabilidade do fornecedor.

A interpretação sistemática precisa considerar ainda que, no que concerne à sua *forma gramatical*, a ressalva do art. 8º do CDC atua como norma *declarativa*, ou *interpretativa*, ou *explicativa*.<sup>91</sup> Sua finalidade, na Seção que cuida da “Proteção à Saúde e Segurança”, é esclarecer que essa proteção não vai ao extremo de impedir que no mercado circulem produtos de cujas inevitáveis características de composição resultam, necessariamente, certa periculosidade, como explosivos, combustíveis inflamáveis ou raticida. A função, aqui, é proclamar a tolerância excepcional a alguns riscos, em situações especiais e inevitáveis.

Assim, o art. 8º não encerra regra sobre *responsabilidade civil*, mas é dispositivo que se destina a proibir o fornecimento de produtos perigosos, ressaltando aqueles de risco inevitável – e por conseguinte tolerável. A ressalva é para permitir a circulação de produtos que, apesar de apresentarem periculosidade, por ser essa característica *inerente* ou

---

<sup>91</sup> Normas explicativas ou declarativas são aquelas que contêm definições de vocábulos ou de conceitos. Sua finalidade é a de esclarecer de que maneira devem ser compreendidas determinadas expressões empregadas em outros dispositivos e, portanto, seu caráter imperativo é reflexo (GIORGIO DEL VECCHIO, *Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz. 1953, pp. 287-288).

indissociável de sua natureza, têm sua oferta excepcionalmente admitida.<sup>92</sup>

Mas é importante considerar que, depois de disciplinar as circunstâncias de proibição e condições de circulação de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, o CDC, já em outras seções, traz no art. 12 a regra geral da responsabilidade pelo fato do produto, de alcance amplo e abrangente (encerrando as pouquíssimas hipóteses de exceção no § 3º) e, no art. 18, § 6º, inc. II, responsabilização específica no caso de produtos impróprios ao consumo por nocividade à vida ou à saúde.

Além disso, não podem ser desconsideradas as regras dos arts. 927, § único, e 931 do Código Civil (aplicáveis nos termos do art. 7º, *caput*, do CDC), que impõem irrestritamente, responsabilidade pelo risco do empreendimento.

Portanto, apenas uma leitura apressada e ignorante de seu contexto teleológico e de sua inserção no sistema pode extrair do art. 8º uma inexistente concessão de irresponsabilidade ao fabricante de cigarros. O intérprete do ordenamento jurídico não pode, todavia, deixar de recorrer às melhores técnicas de hermenêutica diante de questões relevantes e de repercussão.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Cf. HERMAN BENJAMIN, in JUAREZ DE OLIVEIRA (Coord.) *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 47.

<sup>93</sup> Conforme precedente do STJ em julgamento sobre sociedade limitadas: “Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário.” (REsp 717717/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 28.09.2005, DJ 08.05.2006, p. 172)

Ora, se o que queremos é perquirir a responsabilidade do fornecedor, devemos privilegiar as regras dos arts. 12 e 18, que estão contidas em seções dedicadas, respectivamente, à “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço” e à “Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço”, em detrimento daquela do art. 8º, que integra seção que trata da “Proteção à Saúde e Segurança”, pois, como ensina CARLOS MAXIMILIANO:

*influi, para a interpretação e aplicabilidade, o lugar em que um trecho está colocado. ( ... ) Denomina-se argumento pro subjecta materia, o que se deduz do lugar em que se acha um texto. ( ... ) o sentido e as palavras da lei devem afeiçoar-se ao título sob o qual se acham colocados; ampliem-se ou restrinjam-se conforme o assunto a que estão subordinados.*<sup>94</sup>

É de se esperar que, em lei metodicamente elaborada, qualquer exceção à regra da responsabilidade pelo fato do produto deva vir *naquela mesma Seção, senão no mesmo artigo* que estabelece a regra excepcionada. E, deveras, o § 3º do art. 12 aponta expressamente as ressalvas, – em *numerus clausus* e com caráter absolutamente excepcional – de exclusão da responsabilidade:

Art. 12, § 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.**

No caso de fabricante de cigarros, impossível provar qualquer uma dessas situações.

<sup>94</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1991, pp. 267 e 268.

Ainda numa leitura sistemática do ordenamento jurídico, não se pode desprezar o preceito que impõe às empresas *o dever de reduzir riscos de doenças e de outros agravos* (Lei Federal nº 8.080/90, art. 2º, § 2º) e, nesse contexto, a responsabilização civil é uma das formas que o sistema concebeu para remediar os males causados pelo fornecimento de produto causador de grave problema de saúde pública. E, como visto, a violação de dever legal caracteriza ato ilícito.

Procuramos, ainda, seguir as seguintes outras recomendações de hermenêutica apontadas por CARLOS MAXIMILIANO:

- “Na dúvida, prefere-se o significado que torna geral o princípio em a norma concretizado, o invés do que importaria numa distinção, ou exceção”;
- “Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma”;
- “Procure-se encarar as duas expressões de Direito como partes de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente; de sorte que a generalidade aparente de uma seja restringida e precisada pela outra.”<sup>95</sup>

Além disso, a interpretação que levasse à irresponsabilidade do fornecedor estaria em *frontal oposição* a toda lógica de um sistema que considera direitos básicos do consumidor 1) a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos considerados perigosos ou nocivos e 2) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais (CDC, art. 6º, incs. I e

---

<sup>95</sup> CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1991, pp. 110, 128 e 135, respectivamente.

VI). Essa esdrúxula leitura, ademais, comprometeria a coerência do sistema, porque daria a todo fornecedor um expediente para eximir-se de responsabilidade, bastando-lhe a simples alegação de que os riscos provocados pelo produto são “normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição” e de que são ministradas as “informações necessárias e adequadas” a respeito desses riscos, para ver-se liberado de responsabilidade por quaisquer danos causados por seu produto.

Ora, se o fabricante de um produto tão defeituoso como o cigarro pudesse facilmente assim se eximir de suas responsabilidades, é certo que *todos os demais fornecedores, com muito maior razão, também poderiam*. Nessa lógica absurda, a um hospital, por exemplo, bastaria alegar que o surgimento de infecção hospitalar é “normal e previsível” em ambiente onde diariamente circulam centenas de pessoas, inúmeras delas padecendo das mais diversas doenças infecto-contagiosas, e informar o consumidor sobre esse risco, para fugir de sua responsabilidade com fundamento no art. 8º do CDC.

Aliás, a infecção hospitalar oferece esclarecedora analogia. A jurisprudência nesses casos é implacável: demonstrada sua ocorrência, emerge a responsabilidade do hospital.<sup>96</sup> De nada adianta para o nosocômio alegar que o risco

---

<sup>96</sup> “... Para a responsabilização das entidades hospitalares basta a comprovação de um dano como decorrência lógica de uma ação ou omissão imputada aos seus prepostos e/ou representantes. É o que nos diz o art. 14 do microsistema consumerista. Mais do que isso, o mesmo diploma legal, em seu § 3º, estabelece que o fornecedor somente poderá ilidir sua responsabilidade, que aqui advém pura e simplesmente da má prestação do serviço, mediante a comprovação da inexistência de defeito ou de culpa exclusiva do consumidor. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL. Infecção hospitalar decorrente do atendimento desidioso ministrado ao paciente quando de sua internação no nosocômio demandado. Dano que decorre do próprio fato, consubstanciado na morte da vítima em virtude do agravamento do quadro de septicemia” (Apelação Cível Nº 70013788708, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 04/05/2006)

“Tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente a incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e

de infecção é inerente e esperado em sua atividade; inútil comprovar que precauções razoáveis para evitar o resultado foram tomadas, ou mesmo que o paciente tenha sido advertido. Isso porque a responsabilidade pelo fato do serviço, assim como pelo fato do produto, alcança até mesmo atividades que sejam notoriamente inseguras. Na busca da proteção do consumidor não pode haver lugar para complacência, nem para com hospitais, em cujas dependências o risco de infecção é deveras constante, muito menos com fabricantes de cigarros, que fornecem produto sabidamente prejudicial à saúde.

Não é preciso lembrar que a *previsibilidade*, na disciplina da responsabilidade civil, é fator que contribui muitas vezes para *agravar a culpa* daquele que não evita o resultado danoso a terceiro, e não para aliviá-la.<sup>97</sup>

*Interpretatio illa sumenda qua absurdum evitetur.* O brocardo recomenda que deve ser escolhida a interpretação pela qual se evite o absurdo. Nas palavras de CARLOS MAXIMILIANO, “*deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou*

---

recuperação, não havendo lugar para alegação da ocorrência de ‘caso fortuito’, uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas a atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção” (REsp 116372/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 11.11.1997, DJ 02.02.1998, p. 110).

“Apelação. Responsabilidade Civil. Cesariana. Cirurgia Corretiva Plástica Abdominal. Pós-Operatório. Infecção Hospitalar. Morte. Relação típica de consumo. Responsabilidade objetiva do nosocômio. Ilicitude na forma omissiva, por deixar de prover as condições necessárias a evitar o infortúnio. Risco da atividade. Não provada pelo réu nenhuma das eximentes da responsabilidade, previstas no art. 14, § 3º, do CDC. Dano Moral. Ocorrência. Prova Prescindibilidade. Dano *in re ipsa*” (Apelação Cível Nº 70014602999, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 13/09/2006).

<sup>97</sup> “A ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando hipótese de caso fortuito ou de força maior. Em vóo internacional, se não foram tomadas todas as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, justifica-se a obrigação de indenizar.” (AgRg no Ag 442.487/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 25.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 284)

impossíveis”.<sup>98</sup> Ora, como sustentar que produtos como leite, sanduíche ou remédio geram responsabilidade se danosos, mas o cigarro, não?

Em suma, o que se quer demonstrar pelas técnicas de hermenêutica é o quanto repugna ao bom senso a idéia de que um ordenamento jurídico – assumidamente preocupado em proteger o consumidor contra produtos defeituosos – permita o fornecimento irresponsável de um produto tão nocivo como o cigarro. Seria como se o Direito Penal, prevendo a punição de determinada conduta culposa, isentasse de pena o autor quando a mesma conduta fosse dolosa.

Assim, a tese de que os danos causados pelo consumo de cigarros não seriam passíveis de indenização é absolutamente contrária ao próprio Direito, que, como regra, *quer que o prejudicado receba reparação*. Com efeito, a perspectiva de que alguém, especialmente um fornecedor, possa estar liberado das conseqüências danosas de sua atividade é completamente incompatível com o princípio jurídico básico que proíbe a lesão a direito alheio (*neminem laedere*). É preciso considerar que, “tradicionalmente a responsabilidade civil desempenha funções sociais na interação humana. A técnica da responsabilidade civil é essencial para a definição e o funcionamento da produção e circulação de riquezas, bem como a promoção de determinada ética. A responsabilidade civil é parte e forma da concretização da justiça comutativa e distributiva”.<sup>99</sup> Dada a importância desse instituto, apenas razões excepcionais e relevantes poderiam, legitimamente,

---

<sup>98</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1991, p. 166.

<sup>99</sup> J.R. DE LIMA LOPES, *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992, p. 93.

justificar a irresponsabilidade de quem fornece produto prejudicial à saúde do consumidor.

Nesse contexto, a única conclusão coerente com o ordenamento jurídico e com suas finalidades é a de que o art. 8º existe apenas para justificar a produção e o comércio de determinados produtos que acarretam riscos à saúde ou segurança dos consumidores, nunca para conferir irresponsabilidade ao seu fornecedor, até porque a licitude do produto é irrelevante no sistema de responsabilização objetiva pelo fato do produto. Pode-se, portanto, admitir que o ordenamento jurídico não tenha proibido a produção e comercialização de cigarros de tabaco – como fez, por exemplo, com os canabinóides, cujo tráfico foi criminalizado. *Mas nada autoriza a conclusão de que tenha concedido aos fabricantes isenção de responsabilidade.*

Pelo contrário, vimos que tanto o Código Civil (art. 931), como o CDC (art. 12), impõem a responsabilidade civil pelo fato do produto. Há ainda a responsabilidade pela nocividade à saúde (CDC, art. 18, § 6º, inc. II, do CDC). E, como visto, não favorece o fabricante de cigarros nenhuma das hipóteses – absolutamente excepcionais – de exclusão da responsabilidade previstas no § 3º do art. 12 do CDC.

Ainda que a situação fosse de dúvida, a decisão deveria dar-se em prol do interesse socialmente mais relevante, que é o dos consumidores. É preciso considerar que, se até mesmo as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC), a lei, *a fortiori*, também deverá. A hermenêutica deve considerar que

estamos tratando de regra inserida num Código que, afinal de contas, existe para estabelecer “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”, como proclama seu art. 1º. A Lei Federal nº 8.078/90, além disso, emprega a palavra “saúde” em catorze diferentes dispositivos. CARLOS MAXIMILIANO recomenda que “cumpra atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie *a favor*, e não *em prejuízo* de quem ela evidentemente visa a proteger”.<sup>100</sup>

A verdade é que muitos juízes perdem-se na aplicação das regras de responsabilização objetiva do fornecedor do cigarro devido às peculiaridades desse produto, já apontadas acima:

1. Em virtude do alto grau de nocividade à saúde, sua comercialização deveria ser *proibida*, nos termos do art. 10 do CDC.<sup>101</sup> No entanto, por razões culturais, a produção e venda de cigarros são permitidas. Essa licitude – excepcional e justificável apenas por motivos culturais –, no equivocado entendimento de alguns juízes (pois o caso é de responsabilidade objetiva), teria o condão de afastar a responsabilidade do fabricante. Ignoram esses juízes a ilicitude decorrente do defeito e do vício de qualidade, que ocorre a despeito da legalidade da produção e venda;
2. Em razão da grande notoriedade de sua nocividade, muitos juízes, também de modo indevido, isentam o fornecedor de responsabilidade, atribuindo-a exclusivamente ao consumidor, tratado como um suicida. Aqui o equívoco é grave, por deslocar a responsabilidade do fornecedor para a vítima, numa inversão do sistema legal de responsabilização objetiva;
3. Muitos juízes ignoram o fato de que o notório poder viciador da nicotina compromete a vontade dos fumantes, que em muitos casos são simplesmente incapazes de abandonar o

---

<sup>100</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1991, p. 156.

<sup>101</sup> Para LÚCIO DELFINO, “não deixa de ser estranha a licitude de um produto que mata, nada menos, que a metade de seus consumidores diretos, acarretando, inclusive, prejuízos altíssimos aos cofres públicos” (*Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 107).

vício. Esses juízes, absurdamente, consideram a decisão de permanecer fumando uma escolha espontânea, desprezando a premissa evidente de que o fumante não quer prejudicar sua própria saúde. Não consideram, ainda, que a) muitos dos que ainda são fumantes foram influenciados pela publicidade do cigarro, proibida há apenas 11 anos; b) o tabagismo em muitos casos inicia-se na adolescência, quando não há capacidade plena de discernimento sobre os riscos envolvidos; c) os alertas sobre os riscos são relativamente recentes e incompletos; d) admitida culpa do fumante, essa seria concorrente, não excluindo a do fornecedor.

### **Irresponsabilidade como exceção**

Ainda numa perspectiva sistemática do ordenamento jurídico, é preciso considerar que nosso sistema acolhe a regra geral de que *o prejudicado tem direito à reparação*, princípio que se confirma com a *proibição legal de cláusulas de irresponsabilidade*.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, um dos mais respeitados estudiosos da responsabilidade civil, reconheceu que “nosso direito não simpatiza com as cláusulas de irresponsabilidade”.<sup>102</sup> No Código Civil vigora proibição de cláusula restritiva de direito em contrato de adesão (art. 424). O CDC reconhece o abuso de dispositivo que implique em renúncia antecipada, para o prejudicado, a direito dos mais legítimos, que é o de ser indenizado. Trata-se de avença considerada iníqua, incompatível com a boa-fé, e que jamais pode ser inserida em contrato padrão de adesão. Nos arts. 25 e 51 encontramos preceitos formulados justamente para remediar situações de desequilíbrio provocadas maliciosamente pelos fornecedores.<sup>103</sup> São dispositivos que

<sup>102</sup> *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 6a. ed., 1979, vol. 2, p. 343.

<sup>103</sup> “Art. 25 - É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. ( ... )

“Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

impedem a cláusula de irresponsabilidade e que nossos tribunais vêm aplicando em prol do consumidor.<sup>104</sup>

*Exceptiones sunt strictissimoe interpretationis* (“interpretam-se as exceções estritissimamente”). Num sistema que criou freios para impedir a irresponsabilidade do fornecedor, justamente para fazer vicejar a responsabilização do fornecedor como regra, uma interpretação da lei que leve àquele resultado seria totalmente desarrazoada.

### **Notoriedade dos malefícios do cigarro**

Nem a notoriedade dos malefícios do cigarro pode conferir irresponsabilidade aos fornecedores. Ao revés, essa circunstância apenas serviria para *agravar* sua responsabilidade civil pela assunção consciente do risco que está inequivocamente presente em sua atividade. Com efeito, quem coloca no mercado produto *que sabe nocivo* não merece grandes condescendências. Nem seria preciso lembrar que o ordenamento jurídico incrimina a prestação de auxílio ao suicídio (Código Penal, art. 122) para sustentar a reprovabilidade da oferta de cigarros ao público consumidor. Ora, se a saúde é direito social indisponível, assim como a própria vida; se a incolumidade física é bem tutelado até

---

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;”

<sup>104</sup> “São nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento (data e hora) da comunicação do furto. “Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a equidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões.” (STJ - REsp 348343 - Terceira Turma - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - 14/02/2006) “CONTRATO – Prestação de serviços – Serviços bancários – Responsabilidade civil – Cofre de aluguel – Roubo na agência bancária – Subtração de bens – Cláusula de não indenizar – Nulidade absoluta – Prática abusiva de acordo com o Código de Defesa do Consumidor – Falha no serviço de segurança – Caso fortuito e força maior não configurados – Caráter sigiloso do conteúdo do cofre – Indícios suficientes – Recurso parcialmente provido.” (Apelação cível n. 1.041.002-0/2 - Piracicaba - 35ª Câmara de Direito Privado – Relator: Egidio Giacoia – 14.08.06 - V.U. – Voto n. 3980)

pela lei penal, a oferta de produto sabidamente nocivo à saúde, que pode ser letal, revela desprezo por esses valores. Nas palavras da Organização Mundial de Saúde,

Em muitos aspectos, as companhias de tabaco não são como as outras empresas. Os produtos derivados do tabaco são legais. Mas também são letais. O tabaco é o único produto disponível aos consumidores que mata metade dos seus usuários habituais. Assim, relativamente a atividades de RSC (responsabilidade social corporativa), as companhias de tabaco não podem estar no mesmo nível de outras companhias de bens de consumo.<sup>105</sup>

Vale considerar, ainda, que os fornecedores não informam suficientemente o consumidor sobre todos os malefícios do cigarro, que, como visto acima, são muitos e decorrentes de inúmeros fatores. O CDC confere ao consumidor direito básico a informação adequada e clara sobre os riscos que os produtos apresentem (art. 6º, inc. III), exigindo ainda que as informações necessárias e adequadas sejam prestadas “através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto” (art. 8º, § único) e, no caso de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, “de maneira ostensiva e adequada” (art. 9º).

O jurista AGUSTÍN VIGURI PEREA assim sintetiza o debate sobre a responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros em ação movida na Espanha pela Junta da Andaluzia contra as empresas de tabaco:

Por su parte, las compañías insisten en la libertad de consumir el producto, el conocimiento generalizado del tabaco como factor de riesgo calculado y el alto nivel de

---

<sup>105</sup> *Responsabilidade Corporativa: Uma contradição*. Documento desenvolvido pela Equipe de Análise de Políticas e Comunicação do Programa “Iniciativa Livre do Tabaco” da OMS - Fev/2003, p. 5. ([www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=responsabilidade\\_corporativa.pdf](http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=responsabilidade_corporativa.pdf))

información pública al respecto. En relación al posible “consentimiento de la víctima”, uno de los tradicionales obstáculos a abatir en este tipo de reivindicaciones legales, se esgrimirán una serie de razones, tales como las siguientes:

- a) Que la información suministrada sobre el peligro del tabaco es insuficiente;
- b) Que la mayoría de consumidores comienza a fumar cuando aún son menores de edad y, por lo tanto, incapaces de evaluar el grave perjuicio que ocasiona a la salud;
- c) Que los adictos tienen enormes dificultades para abandonar el hábito, como lo demuestran las estadísticas que aducen que, al menos, el 80% de los fumadores quieren dejar el tabaco y no pueden hacerlo.<sup>106</sup>

Ademais, fortes razões justificam uma postura no mínimo desconfiada em relação à indústria tabagista. Para quem crê na seriedade e boa-fé nas relações de consumo em geral e acha prescindível a interferência estatal, vale lembrar a chocante revelação, surgida na década de 90, sobre a conduta da indústria norte-americana do tabaco que *intencionalmente escondeu do público consumidor evidências que demonstravam o efeito viciador do cigarro e que eram de seu conhecimento*. Esse comportamento, da mais evidente má-fé, veio a lume através de um ex-executivo, que relatou ainda que os fabricantes empregavam aditivos químicos ao cigarro para aumentar propositalmente a dependência que acarreta. Esse episódio ganhou notoriedade através de produção cinematográfica produzida em 1999 por Disney Touchstone Pictures – “O Informante” (*The Insider*) – que

---

<sup>106</sup> *La Responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco: Legislación y jurisprudencia em el Derecho Comparado*. Granada: Comares. 2001, p. 188.

conta a trajetória de JEFFREY WIGAND, ex-vice-presidente da Brown & Williamson.<sup>107</sup>

Em suma, é importante ter consciência de que a história da indústria tabagista registra o uso de expedientes eticamente condenáveis em prejuízo dos consumidores. Nas palavras da Organização Mundial de Saúde,

Apesar das tentativas veladas da indústria do tabaco em ganhar respeito corporativo, e das suas alegações de que mudaram as suas práticas, elas continuam a usar uma variada gama de estratégias anti-éticas e irresponsáveis para promover seus produtos, expandir seus mercados e aumentar seus lucros.<sup>108</sup>

### **Dependência física e psíquica e vício do consentimento**

*a dependência da nicotina é um comportamento tão virulento que embora 70% dos fumantes desejem parar*

<sup>107</sup> “O Informante” recebeu 7 indicações ao Oscar, incluindo Melhor Filme. Mais informações sobre Jeffrey Wigand no site [www.jeffreywigand.com/](http://www.jeffreywigand.com/)

<sup>108</sup> *Responsabilidade Corporativa: Uma contradição*. Documento desenvolvido pela Equipe de Análise de Políticas e Comunicação do Programa “Iniciativa Livre do Tabaco” da OMS - Fev/2003, p. 5. ([www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=responsabilidade\\_corporativa.pdf](http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=responsabilidade_corporativa.pdf)) Segundo o documento, “no verão de 1999, um relatório interno feito para a Dra. Gro Harlem Brundtland, Diretora-Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS) sugeria haver evidências em documentos anteriormente considerados confidenciais de companhias de tabaco, de que elas ‘envidaram esforços para prevenir a implementação de políticas de saúde pública e reduzir as verbas disponíveis para o controle do tabagismo em organizações das ONU.’ (...) Companhias transnacionais de tabaco planejaram e executaram, na última década, campanhas enganosas na América Latina e no Caribe sobre os efeitos nocivos do tabagismo passivo e a natureza das atividades de marketing das companhias de tabaco. Ao contratar cientistas da América Latina e do Caribe para desacreditar as conclusões científicas que relacionam o tabagismo passivo ao desenvolvimento de doenças graves e ao considerar campanhas e programas de prevenção do tabagismo entre os jovens basicamente como um exercício de relações públicas, a fim de deter regulamentações importantes do marketing do tabaco, as companhias de tabaco buscaram retardar ou evitar restrições ao marketing e restrições ao tabagismo. (...) Todas essas investigações apontam consistentemente para a discrepância entre medidas que as companhias de cigarros, internamente, consideram as maiores ameaças a suas vendas e aquelas que elas defendem em público. Por exemplo, as companhias negam publicamente a relação entre prevalência do tabagismo e publicidade de cigarros, mas internamente reconhecem que as proibições à publicidade são uma ameaça às vendas, e é uma prioridade-chave impedir sua regulamentação. As companhias insistem, constantemente, que não comercializam para os jovens, mas os documentos internos mostram justamente o contrário.”

*de fumar, apenas 5 % destes conseguem fazê-lo por si mesmos*<sup>109</sup>

Quando o fumante compra um maço de cigarros ele celebra um *contrato*, que se caracteriza por ser um *acordo*, um *entendimento*, um concerto de *intenções*. Como todo negócio jurídico, deve basear-se na *vontade* dos contratantes. Nas palavras de ORLANDO GOMES, “a obrigação proveniente de *negócio jurídico* é querida pelo obrigado. Ele a contrai intencionalmente, agindo na esfera de sua *autonomia privada*”.<sup>110</sup>

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA entende o negócio jurídico como “fenômeno de fundo volitivo”, afirmando que “a vontade interna ou real é que (*lhe*) traz a força jurígena”. Evidentemente, essa vontade do contratante deve resultar de convicção formada a partir de seu *livre discernimento*. Segundo o mesmo jurista, o direito preocupa-se com a declaração de vontade da qual origina o negócio jurídico, particularmente com “sua consonância com o verdadeiro e íntimo querer do agente”. O civilista considera que a manifestação de vontade é resultado de um processo decisório que tem início em estímulos que os centros cerebrais recebem do meio exterior. E afirma que “o problema da interpretação do negócio jurídico pressupõe o da análise das condições de externalização da vontade, e é simultaneamente psíquico e jurídico-social. Quando se cogita de pesquisar a vontade no negócio jurídico, tem-se de mergulhar no psiquismo do agente, porque é ali que nasce o seu pressuposto de fato, isto é, a emissão da vontade”.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> *Tratamento da dependência da nicotina*. RONALDO LARANJEIRA E ANALICE GIGLIOTTI, Centro de Estudos - Departamento de Psiquiatria - UNIFESP/EPM

<sup>110</sup> *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense. 8ª. ed., 1986, p. 38.

<sup>111</sup> *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed., 1984, vol. I, pp. 331, 332, 350 e 341.

Nesse contexto, não pode passar despercebida nenhuma sorte de interferência capaz de afetar a vontade livre do agente. Ocorre, no entanto, que aspecto particular e indissociável do tabagismo é a *dependência física e psíquica que a nicotina presente no cigarro provoca*. É considerado dependente de nicotina o fumante que apresenta três ou mais dos seguintes sintomas nos últimos 12 meses:

- a. **forte desejo ou compulsão para consumir a substância, no caso, nicotina;**
- b. **dificuldade de controlar o uso da substância (nicotina) em termos de início, término ou nível de consumo;**
- c. **quando o uso da substância (nicotina) cessou ou foi reduzido, surgem reações físicas devido ao estado de abstinência fisiológico da droga;**
- d. **necessidade de doses crescentes da substância (nicotina) para alcançar efeitos originalmente produzidos por doses mais baixas, evidenciando uma tolerância a substância;**
- e. **abandono progressivo de outros prazeres ou interesses alternativos em favor do uso da substância (nicotina), e aumento da quantidade de tempo necessário para seu uso e/ou se recuperar dos seus efeitos;**
- f. **persistência no uso da substância (nicotina), apesar da evidência clara de conseqüências nocivas à saúde.**<sup>112</sup>

A indústria tabagista tem conhecimento do poder viciador da nicotina e de seus benefícios para a prosperidade dos negócios há bastante tempo. A seguinte frase, atribuída a ADDISON YEAMAN, representante da empresa Brown & Williamson, em 17 de julho de 1963, bem sintetiza a cômoda posição dos fabricantes:

Nicotina causa dependência. Portanto nosso negócio é vender nicotina, uma droga que causa dependência e é efetiva no alívio do estresse.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> OMS, 1992.

<sup>113</sup> [www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/settlement/case/yeaman.html](http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/settlement/case/yeaman.html) . Acesso a 30.03.07.

A Philip Morris admite em seu sítio na Internet: “Reconhecemos que fabricamos e comercializamos um produto que causa dependência e graves doenças”.<sup>114</sup>

A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), assim define os “transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - síndrome de dependência”, classificados no item F17.2:

Conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após repetido consumo de uma substância psicoativa, tipicamente associado ao desejo poderoso de tomar a droga, à dificuldade de controlar o consumo, à utilização persistente apesar das suas conseqüências nefastas, a uma maior prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações, a um aumento da tolerância pela droga e por vezes, a um estado de abstinência física.

A dependência que a nicotina provoca no organismo explica porque o fumante, *apesar de consciente dos prejuízos que o fumo causa à sua saúde*, não consegue deixar de fumar:

Uma das nossas drogas favoritas é a companheira do tabaco, a nicotina. Logo depois de entrar na corrente sangüínea, a nicotina começa a imitar um dos neurotransmissores mais comuns e importantes do corpo, a acetilcolina. Enganados pela nicotina, os receptores de acetilcolina liberam adrenalina, outro estimulante, e um pouco mais daquele potente criador de prazer, a dopamina. A nicotina aumenta e diminui rapidamente o nível desses compostos químicos em nosso organismo. Isso faz com eu o fumante fique feliz por

---

<sup>114</sup> [www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por\\_BR/ourbus/What\\_we\\_do.asp](http://www.philipmorrisinternational.com/BR/pages/por_BR/ourbus/What_we_do.asp) . Acesso aos 27.07.07.

pouco tempo – logo depois, ele terá vontade de fumar outro cigarro.<sup>115</sup>

O tabagismo é a maior causa preveniente de morbidade e de mortalidade em muitos países. Mas a dependência da nicotina é um comportamento tão virulento que embora 70% dos fumantes desejem parar de fumar, apenas 5 % destes conseguem fazê-lo por si mesmos. Isso ocorre porque o comportamento do fumar não apenas causa doenças mas é, ele mesmo, uma doença: a dependência da nicotina.

A visão do comportamento do fumar como dependência de droga causou uma verdadeira revolução nas formas de entendimento e tratamento dos fumantes. Isso foi precipitado pela publicação, em 1988, do Relatório do Cirurgião Geral Koop. Nesse, concluiu-se que o cigarro e outras formas de tabaco geram dependência; que a droga que causa dependência no tabaco é a nicotina; e que os processos farmacológicos e comportamentais que determinam a dependência ao tabaco são similares àqueles que determinam a dependência de outras drogas como a heroína e a cocaína. Dessa forma, a dependência do cigarro passou a não ser mais vista apenas como um “vício psicológico” mas como uma dependência física que deveria ser tratada como uma doença médica, nos mesmos moldes do tratamento de outras substâncias que causam dependência. Desde então, todo um arsenal terapêutico foi desenvolvido com o objetivo de aliviar os sintomas da síndrome de abstinência da nicotina ou a diminuir a fissura pela mesma.

Na verdade muitos fumantes parecem usar o tabaco de acordo com um modelo cíclico clássico de dependência de drogas em que inicialmente se busca os efeitos benéficos da nicotina mas o que mantém o indivíduo fumando é o alívio dos sintomas de abstinência.<sup>116</sup>

Diante dessas constatações científicas, não parece correto afirmar que o tabagista adere “espontaneamente”

---

<sup>115</sup> *A culpa é da genética*. TERRY BURNHAM & JAY PHELAN. Rio de Janeiro: Sextante. 2002, p. 67.

<sup>116</sup> *Tratamento da dependência da nicotina*. RONALDO LARANJEIRA E ANALICE GIGLIOTTI ([www.unifesp.br/dpsiq/polbr/ppm/atu1\\_02.htm](http://www.unifesp.br/dpsiq/polbr/ppm/atu1_02.htm)) Acesso aos 30.03.07.

ao vício, nem que o abandono do cigarro depende única e exclusivamente do “livre arbítrio” do consumidor. Segundo o médico DRAUZIO VARELLA, “há pessoas que, por razões metabólicas, quando começam a fumar perdem o controle e não conseguem mais parar, mesmo diante da possibilidade concreta da morte”.<sup>117</sup> Nas palavras do Desembargador LUÍS EDUARDO SCARABELLI do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Inafastável a conclusão de que realmente há o livre-arbítrio da pessoa no momento em que esta inicia a fumar, mas que **este mesmo arbítrio já não é tão livre quando a opção é pelo abandono do cigarro, diante do efeito no corpo humano das inúmeras substâncias químicas existentes em um único cigarro.**

**Assim, não há como reconhecer culpa exclusiva do consumidor, porquanto este, ainda que livremente tenha optado pelo início do hábito de fumar, encontrou óbice para abandonar este hábito, em decorrência das próprias características do produto fabricado e comercializado pela fornecedora.** (*Apelação cível n. 260.828-4/0-00 - Campinas - 4ª Câmara “A” de Direito Privado - 19.05.06*)

Para o Desembargador FLÁVIO HELAEHIL do Tribunal de Justiça de São Paulo,

**Mesmo não vedada a comercialização do produto e a veiculação de propaganda do tabaco (art. 220, § 4º. da Constituição Federal) se demonstrados os fatos acima expostos (a dependência e a perda da capacidade de abandonar o vício) poderá haver o direito a indenização daquele que sofreu os efeitos nocivos do cigarro.** (*Apelação cível n. 172.663-4/0-00 - São Paulo - 4ª Câmara “A” de Direito Privado - 16.12.05*)

Mas, concretamente, o que acontece com o fumante que decide abandonar o cigarro?

<sup>117</sup> *Dependência Química - Dependência Fatal.* //drauziovarella.ig.com.br/artigos/dependenciafatal.asp

**O sintoma mais comum é o desejo intenso por cigarros (“fissura”) (... ) O segundo sintoma comum é a tensão.** ( ... ) Alguns ex-fumantes relatam **formigamento ou dormência nas pernas e braços**. Essas sensações representam melhora da circulação sangüínea, que é o resultado do parar de fumar. ( ... ) Você pode sentir **tonturas** assim que parar de fumar. Pode também achar **difícil se concentrar**. Esses sintomas estão relacionados ao aumento da quantidade de oxigênio que seu cérebro está recebendo agora, uma vez que não há mais a inalação do monóxido de carbono presente no cigarro.<sup>118</sup>

É absurdo ignorar tamanha influência no consentimento do tabagista.

Ainda no que concerne à *voluntariedade* da adesão ao fumo, é preciso considerar que parcela significativa dos fumantes inicia o consumo do cigarro já na adolescência, *quando ainda incapazes de avaliar profundamente as conseqüências dessa opção*. Os dados do Vigescola<sup>119</sup>, já citados no presente trabalho, mostram que percentual expressivo de escolares – que em alguns casos chega a 58% – já experimentou o produto. A realidade, portanto, é que parcela significativa dos fumantes *adquire o vício em idades em que são ou absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil ou relativamente incapazes* (arts. 3º, inc. I e art. 4º, inc. I, do CC).

Essa constatação é relevante por se tratar de produto com grande capacidade de provocar dependência.

Além disso, a hipossuficiência dos consumidores de cigarros fica agravada pela *baixa escolaridade de grande parte*

<sup>118</sup> *Os primeiros dias sem fumar – Deixando de fumar sem mistérios*. Instituto Nacional de Câncer (INCA)2005 – Ministério da Saúde  
([www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/manual\\_participante\\_02.pdf](http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/manual_participante_02.pdf))

<sup>119</sup> *Vigilância de tabagismo em escolares*. [www.inca.gov.br/vigescola/docs/resultados.pdf](http://www.inca.gov.br/vigescola/docs/resultados.pdf)

*dos fumantes*. Pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde revelou que a concentração de fumantes é maior entre as pessoas com menos de oito anos de estudo de estudo.<sup>120</sup> Isso num país cuja população registra elevado índice de analfabetismo funcional.<sup>121</sup>

Ademais, não é razoável supor que todo fumante seja um suicida ou alguém interessado em prejudicar voluntariamente sua própria saúde. A presunção é exatamente inversa: quem fuma é *vítima de um produto que vicia e provoca males ao seu organismo*. Afinal de contas, é preciso considerar o pressuposto de que “ninguém procura voluntariamente o prejuízo”.<sup>122</sup> O fumante, ainda que consciente do risco, *não quer prejudicar sua saúde*, mas, como adicto, *perde sua autonomia para decidir*; seu livre-arbítrio torna-se prejudicado pela dependência física e psíquica causada pela nicotina. A dificuldade em abandonar o vício, afinal, é outro fato notório relacionado ao tabagismo.

Poderia-se identificar, na responsabilização do fabricante de cigarros, uma atuação paternalista do Estado, que interfere na relação consumidor-fornecedor colocando o primeiro na condição de vítima do segundo. Contudo, embora ainda seja

---

<sup>120</sup> *Inquérito Domiciliar Sobre Comportamentos de Risco e Morbidade Referida de Doenças e Agravos não Transmissíveis* do Ministério da Saúde ([www.inca.gov.br/inquerito/](http://www.inca.gov.br/inquerito/))

<sup>121</sup> “Apenas 25% dos brasileiros acima dos 15 anos têm domínio pleno das habilidades de leitura e de escrita, segundo pesquisa feita pelo Ibope. Isso significa que só um em cada quatro brasileiros consegue entender totalmente as informações de textos mais longos e relacioná-las com outros dados.

De acordo com o levantamento, 38% dos brasileiros podem ser considerados analfabetos funcionais -- não conseguem utilizar a leitura e a escrita na vida cotidiana. Desses, 8% são absolutamente analfabetos, e 30% têm um nível de habilidade muito baixo --conseguem apenas identificar uma informação simples em um só enunciado, como um anúncio.

Outros 37% têm um patamar básico --são capazes de localizar uma informação em textos curtos, como uma carta ou uma notícia.” (*Analfabetismo funcional atinge 38% em pesquisa, Folha de S.Paulo, 09/09/2003 - 09h03 - [www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u13599.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u13599.shtml)* )

<sup>122</sup> Argumento utilizado pela Min. Nancy Andrighi em processo sobre agiotagem (STJ - REsp 722600 - Terceira Turma - RSTJ 196/348 - 04/08/2005).

visto com desconfiança, ou mesmo repulsa pelos defensores do liberalismo, é certo que o paternalismo do Estado é apontado como uma das justificativas para a proteção do consumidor, baseada na *descrença da capacidade da totalidade dos consumidores de evitarem danos, ainda que devidamente informados a respeito*. A previsibilidade de comportamentos irracionais por parte da população, em decisões que privilegiam supostas vantagens imediatas em detrimento de efeitos de longo prazo, legitimam diversas medidas que podem ser consideradas paternalistas, como aponta o jurista IAIN RAMSEY.<sup>123</sup>

A proibição da agiotagem, ou usura, é exemplo que pode nos propiciar interessante analogia.<sup>124</sup> De nada adiante o agiota alegar que a usura pecuniária foi *desejada pelo contratante*, e que a estipulação dos juros foi com ele livremente pactuada, pois as conseqüências legais – punibilidade do usurário e nulidade do negócio – independem da sua vontade. Do mesmo modo, não pode o credor de dívida de jogo exigir seu pagamento argumentando que o devedor assumiu voluntariamente a obrigação, uma vez que o Estado, nesse caso, nega a validade do negócio malgrado o desejo dos particulares.<sup>125</sup>

O que se quer salientar, é que nesses exemplos o Estado simplesmente *passa por cima da vontade* do cidadão que toma empréstimo com juros exagerados ou que se endivida em jogo. No primeiro caso, aliás, admite a lei expressamente que o contratante pode agir em razão de “premente necessidade, inexperiência ou leviandade”.<sup>126</sup> Esse paternalismo propicia

---

<sup>123</sup> *Consumer Protection*. Londres: Weidenfeld and Nicolson. 1989, p. 54.

<sup>124</sup> Lei Federal nº 1.521/51, art. 4º.

<sup>125</sup> Código Civil, art. 814.

<sup>126</sup> Lei Federal nº 1.521/51, art. 4º, letra b.

remédios excepcionais para situação excepcionais. Quer evitar prejuízos decorrentes de fraquezas momentâneas, ou mesmo do vício, no caso do jogo. Ora, se a vontade do tomador do empréstimo abusivo e do jogador são desconsideradas, em seus próprios benefícios, *por que a vontade do fumante deve ser considerada para eximir o fornecedor de cigarro de uma responsabilidade prevista em lei?*

A autonomia da vontade do contratante não tem caráter absoluto, e o Direito reconhece que, “em negócio jurídico bilateral, uma das partes, levada pela necessidade, ou pela inexperiência, ou pela irreflexão, diante de pressão do momento, assume obrigações excessivamente onerosas, que escapam à normalidade”.<sup>127</sup>

A descrição da “síndrome de dependência” na CID-10, como visto, refere-se expressamente “à dificuldade de controlar o consumo” e “à utilização persistente apesar das suas conseqüências nefastas” (F17.2). Criticamos, assim, os julgados que acolhem a tese da irresponsabilidade dos fabricantes de cigarros por “ausência de elementos reveladores que a ré tenha induzido o autor ao vício do cigarro” ou porque o tabagismo “não foi imposto ao autor, que aderiu espontaneamente ao vício”.<sup>128</sup> Simplesmente não há base científica para esses argumentos, que querem impor ao fumante uma dupla punição: a da piora de sua saúde e a da falta de indenização. Mais consentâneo com a

---

<sup>127</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, vol. 1, p. 155.

<sup>128</sup> E. g., Apelação Cível n. 178.976-4/2-00 – Campinas – 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP – Relator: Boris Kauffmann – 08.03.06 – V.U. – voto n. 11149 e RT 789/220.

realidade o entendimento que considera “o comprovado poder viciante da nicotina”<sup>129</sup>, e a indisponibilidade do direito à saúde:

O consentimento do ofendido só opera como excludente de ilicitude sobre bens jurídicos disponíveis. Quando se cuida de direitos à vida e à saúde, flagrantemente indisponíveis, a ordem pública se impõe, tornando ineficaz tal consentimento.<sup>130</sup>

No sistema claramente protetor do CDC, o próprio consentimento do consumidor tem valor relativo, devendo ser considerado no contexto da indisponibilidade dos direitos imposta pelo sistema. Em outras palavras, “o juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento”.<sup>131</sup>

Às vezes até mesmo um forte preconceito de fundo *moralista* pode ser percebido no tratamento do tema. Alguns julgados parecem colocar o fumante no papel de *pecador*: um indivíduo fraco e leviano, indigno de qualquer compaixão por ser incapaz de resistir a uma tentação mundana e concupiscente. Quando negam seu direito à reparação, essas decisões podem estar influenciadas por nossa cultura judaico-cristão, ao querer impor uma penitência a quem teria se desviado do bom caminho da virtude.<sup>132</sup> Essas decisões podem

<sup>129</sup> Apelação Cível Nº 70000840264, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 02/06/2004.

<sup>130</sup> Apelação Cível Nº 70004812558, Nona Câmara Cível do TJRS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 13/10/2004.

<sup>131</sup> STJ, REsp 436.853/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 27.11.2006, p. 273.

<sup>132</sup> “Perdas e Danos - Danos Materiais e Morais Fumante - Ausência de Causa - O pleito é inatendível, caracterizando-se em tentativa de transferir a própria responsabilidade, por pesadas conseqüências de um vício deletério, adquirido pelo Autor, no início da juventude, para o fabricante do produto. Hipótese em que a ninguém é dado, nem era dado, à época em que iniciou o Autor o uso de cigarro, ignorar os efeitos maléficos do vício. Prática que se iniciava, em regra, de forma furtiva, às escondidas de pais e responsáveis, alguns dos quais severas e, por vezes, muito dolorosas, reprimendas aplicavam aos jovens pelos quais eram responsáveis. Decisão confirmada.” (TJRJ, 2006.001.20321 – Apelação Cível – Quarta Câmara Cível – Des. Jair Pontes de Almeida - Julgamento: 22/08/2006)

resultar, também, da incapacidade dos não-fumantes de aquilatar corretamente o grau de dificuldade dos tabagistas para abandonar o vício. Muitos magistrados partem da premissa equivocada de que o abandono do cigarro é uma decisão simples, fácil de ser tomada com caráter irreversível, mesmo que, para especialistas, a dependência da nicotina seja considerada uma doença.

Todavia, se partirmos da premissa de que a vítima seria co-responsável, a solução deveria se encaminhar para a *concorrência de culpas*, jamais para a isenção de responsabilidade da empresa (CC, 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.”; CDC, art. 7º, § único: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”).<sup>133</sup>

### **Evolução do conceito de responsabilidade civil: irrelevância da licitude da atividade**

Apesar da força dos argumentos, inclusive histórico-evolutivos, a demonstrar que a disciplina da responsabilidade civil progrediu no sentido de *admitir a indenização por dano decorrente de atos lícitos que envolvem riscos* (teoria do risco), e apesar dessa nova concepção ter-se

---

“Livre arbítrio do consumidor de lançar-se ao vício do fumo, não podendo alegar desconhecimento dos malefícios provocados pelo tabagismo, preferindo alimentar o seu prazer de fumar, sabendo que é prejudicial à saúde, assumindo o risco do resultado. Sentença de improcedência. Improvimento do recurso. Unânime.” (TJRJ, 2002.001.09153 – Apelação Cível – Terceira Câmara Cível – Des. Murilo Andrade de Carvalho - Julgamento: 26/09/2002)

<sup>133</sup> “A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC” (REsp 287849 - 17/04/2001 – Quarta Turma - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - RSTJ 154/463).

incorporado ao ordenamento jurídico, em regras de direito material positivo (como as dos arts. 12 do CDC, 927, § único e 931 do CC), ainda é possível encontrar precedentes que exoneram a responsabilidade dos fabricantes de cigarros em razão da licitude da atividade empresarial.<sup>134</sup>

Com o devido respeito, o entendimento, mais do que meramente anacrônico, é *contra legem*, pois, como vimos, a licitude da atividade não impede a responsabilização de quem se dedica, com finalidade de lucro, ao fornecimento de produto perigoso à saúde.<sup>135</sup> Na teoria do risco, a regularidade de determinada atividade perante a legislação é absolutamente irrelevante; o que importa para surgir o dever de indenizar é a comprovação de que, a despeito dessa licitude, a mesma atividade implica em *probabilidade elevada de causar prejuízo a terceiros*. É que, como demonstrado, o fundamento da responsabilidade não está no ato ilícito.

Ou seja, se por um lado é verdade que a regulamentação estatal admite a fabricação e comercialização de cigarros – embora haja legislação proibindo o fumo em determinados ambientes<sup>136</sup>, exigindo advertências e proibindo a publicidade<sup>137</sup> –, também é verdade, por outro lado, que a lei

---

<sup>134</sup> “Fumo. O cigarro é produto potencialmente nocivo. Sua fabricação e comercialização não é ilícita. A morte causada por doenças dele decorrentes não cria a obrigação de indenizar do fabricante, porque não pratica esta ato ilícito ao produzir o cigarro.” (TJRJ - 2003.001.22442 - Apelação Cível - Des. Horácio S. Ribeiro Neto - Julgamento: 14/10/2003 - Sexta Câmara Cível)

<sup>135</sup> Daí, *data venia*, o equívoco de precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo que considerou a licitude da atividade desenvolvida pelo fabricante de cigarro como fundamento de sua irresponsabilidade (Apelação Cível n. 280.617-4/4 - Santos - 10º Câmara de Direito Privado - Relator: Maurício Vidigal - 21/11/05 -VU- voto n.8.879).

<sup>136</sup> Por exemplo, a Lei Federal nº 9.294/96, cujo art. 2º proíbe “o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente”. Em São Paulo, a Lei Estadual n.º 11.540, de 12/11/2003, dispõe sobre a proibição de fumar em órgãos da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional.

<sup>137</sup> Lei Federal nº 9.294/96.

*admite que o consumidor seja indenizado por danos decorrentes do consumo desse produto.*

CLÁUDIA LIMA MARQUES, uma das maiores especialistas em Direito do Consumidor, ao comentar a responsabilidade civil do fabricante de cigarro a despeito da licitude da atividade, é categórica

**A lógica desta linha de argumentação não está correta, pois não é a ilicitude da atividade em abstrato e geral, mas sim a antijuridicidade do dano e a ilicitude da atuação das empresas *in concreto*, que está sendo discutida.**<sup>138</sup>

A idéia de que o exercício regular de um direito possa gerar a obrigação de indenizar quando prejudicial a terceiros é não apenas razoável, mas *necessária* dada a complexidade das relações econômicas e sociais no mundo moderno.

O direito de vizinhança e o direito ambiental fornecem exemplos de que a licitude de atividade geradora de perturbação e dano não exonera o agente de sua responsabilidade perante terceiros. Sempre que determinado uso da propriedade causar incômodos insuportáveis à vizinhança, ficará caracterizado *uso anormal da propriedade*, malgrado sua licitude.<sup>139</sup> HELY LOPES MEIRELLES é explícito ao afirmar que “a existência de alvará ou licença administrativa para a realização

---

<sup>138</sup> *Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo 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, sejam reparatórios ou satisfatórios* RT 835/118.

<sup>139</sup> “O próprio uso lícito da propriedade vizinha, desde que se torna mau pelo excesso, pela exorbitância, e causa dano, incide na possível órbita processual da ação cominatória” (STF-RF 116/432). Neste sentido pronuncia-se VILSON RODRIGUES ALVES (*Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: RT.1992, p. 331).

de obra ou exercício da atividade lesiva aos vizinhos não impede que o ofendido exija a paralisação da construção ou a cessação dos trabalhos ou atividades danosas para a vizinhança”.<sup>140</sup> Ao discorrer sobre os atos pelos quais um proprietário pode comprometer sua responsabilidade, JOSSERAND aponta os chamados *atos excessivos*, que “son los que, realizados en virtud de un derecho cierto y con un fin legítimo, son, sin embargo, de tal naturaleza que causan al prójimo un daño anormal, que constituyen peligros, como si un industrial compromete las cosechas de los predios vecinos con los humos y el gas que se desprenden de las chimeneas de sus fábricas”.<sup>141</sup>

SÉRGIO FERRAZ refere-se à “irrelevância da licitude da atividade”, explicando que “essa foi uma linha de defesa muito seguida, sobretudo nos Estados Unidos. Quando apareciam pretensões contra alguém que se tinha instalado provocando agressão do meio ambiente, a licitude, não só da atividade, mas do seu exercício, era freqüentemente colocada como tônica excludente de responsabilidade. Então, ou era uma indústria que se revelava como poluente e que se dizia legitimamente autorizada a funcionar; ou, então, que dizia ter adotado todos os mecanismos de segurança e de preservação e que, não obstante, continuava a poluir. Pouco interessou para as cortes americanas, a partir de certo momento, esta evocação de licitude do comportamento. O que interessa é o prejuízo”.<sup>142</sup>

No caso dos cigarros, do direito que tem o fabricante de produzi-los e vendê-los não decorre o direito de

---

<sup>140</sup> *O Uso da propriedade e as restrições de vizinhança*. RT 277/27.

<sup>141</sup> *Derecho Civil*, Buenos Aires: Bosch y Cía.. 1952, Tomo I, Vol. III, p. 130.

<sup>142</sup> *Responsabilidade civil por dano ecológico*, in RDP 49-50/39-40.

lesar a saúde de fumantes ativos e passivos, ou de onerar as despesas públicas com saúde.

Cabe, ainda, questionar a própria licitude do cigarro, pois, como vimos, partindo da premissa de que o cigarro é um produto defeituoso e possuidor de vício de qualidade, e considerando que o defeito e o vício caracterizam ilicitude por ofensa ao dever de segurança, chegamos à conclusão de que o cigarro é na verdade um produto ilícito, embora sua produção e comercialização não sejam proibidas, excepcionalmente, por razões culturais. Na explicação de LÚCIO DELFINO:

Daí porque pouco importar a licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização de fumo na imputação da responsabilidade civil às indústrias do tabaco nos casos atinentes a problemática objeto de exame. Sendo possível responsabilizar-se uma montadora de veículos por danos advindos de um defeito de peça constante de um automóvel por ela comercializado, ou, ainda, condenar uma fornecedora de alimentos por danos sofridos em decorrência do consumo de maionese deteriorada por ela fornecida, da mesma forma apresenta-se legítimo responsabilizar as empresas de fumo pelos danos acarretados pelo consumo de produtos fumígenos viciados; basta, para isso, a constatação de uma imperfeição no produto. A ilicitude, portanto, reside na imperfeição do produto e não na atividade necessária à sua produção e comercialização.<sup>143</sup>

Ora, o dever de zelar pela incolumidade física do consumidor é imposto de forma incondicional ao fornecedor. Se não lhe for possível evitar resultado danoso ao consumidor – e especialmente se esse resultado for esperado – sua obrigação de indenizar será indiscutível. No STJ há precedente que reconheceu a responsabilidade civil de hospital até mesmo no

---

<sup>143</sup> *Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor*. Revista Direito do Consumidor, 51/175.

caso de suicídio de paciente, que era nas circunstâncias fato previsível.<sup>144</sup>

### **Aplicação simultânea do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor**

Os direitos a indenização reclamados na presente ação estão amparados por preceitos tanto do Código Civil, como do CDC, e as regras de ambos os estatutos devem incidir *completando-se mutuamente*, a reforçar a legalidade da causa de pedir.

A concorrência de comandos de leis diferentes – geral e especial – no caso da proteção e defesa do consumidor é possibilidade expressamente admitida no CDC, cujo art. 7º prevê em seu *caput*:

**Art. 7º - Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.**

Vê-se que o esforço do ordenamento jurídico em resguardar os interesses do consumidor é tão intenso que gerou uma exceção ao princípio consagrado na máxima “*lex specialis derogat generalis*”. Ou seja, a especialidade do CDC na disciplina das relações de consumo não implica na exclusão de direitos eventualmente assegurados em outros diplomas legais.

No caso em exame, portanto, além das regras de responsabilidade civil dos arts. 12 e 18 do CDC, devem ser

---

<sup>144</sup> REsp 494.206/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16.11.2006, DJ 18.12.2006, p. 361.

consideradas aquelas dos arts. 927, § único e 931 do CC, que reforçam significativamente a conclusão sobre o dever de indenizar, sem indagação de culpa, da empresa cujo produto posto em circulação é lesivo a direito alheio. O seguinte precedente admitiu a aplicação simultânea e não-excludente das duas leis:

DANO MORAL - Responsabilidade civil - Indenização - Morte de pai e marido das autoras, por equivocada ingestão de veneno contido indevidamente em embalagem de remédio para o fígado, vendido sem nenhuma anotação externa - Responsabilidade dos réus configurada em virtude de acondicionamento de produto em embalagem inadequada e imprópria - Imprudência - Culpa - Dano - Caracterização - Obrigatoriedade de reparação - Artigos 159 e 1521, I, do Código Civil antigo - Incidência, ademais do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º, X, da Constituição Federal (*Apelação Cível com Revisão n. 249.609-4/0-00 - Comarca de Catanduva - 9ª "A" Câmara de Direito Privado do TJSP - Relator: Durval Augusto Rezende Filho - J. 30.5.2006 - V.U.*)

### **Terceira parte – Os danos reparáveis sofridos por fumantes ativos e passivos**

#### **Danos materiais e morais decorrentes das doenças provocados pelo hábito de fumar e pela inalação de fumaça por fumantes ativos**

No Brasil cerca de 33,8 % dos adultos são fumantes, cada qual consumindo, em média, 858 cigarros por ano, aproximadamente.<sup>145</sup> Estima-se que 200 mil deles morram a cada ano por doenças provocadas pelo fumo (OPAS, 2002).

Devido ao nexos etiológico com tantos males à saúde, o consumo de cigarro provoca danos indenizáveis para suas vítimas e familiares. O surgimento de doenças graves, como

<sup>145</sup> [www.nationmaster.com/country/br-brazil/hea-health](http://www.nationmaster.com/country/br-brazil/hea-health) . Acesso aos 27.04.07.

o câncer, dá causa a prejuízos materiais em razão de despesas com exames e tratamentos médicos, e em razão da incapacidade para o trabalho que pode advir para o doente. No caso de morte, sendo a vítima responsável pelo sustento alheio, seus dependentes ficarão privados da renda necessária para subsistência.

Estudo realizado por economistas da Duke University, nos EUA, conclui que cada maço de cigarros provoca um custo total de US\$ 41 (quarenta e um dólares) às famílias dos fumantes e à sociedade. O cálculo baseia-se nos custos para um fumante de 24 anos durante 60 anos, envolvendo os cigarros, impostos, seguros, tratamento médico e perdas derivadas de deficiências relacionadas ao fumo. O fumante suportaria, segundo o estudo, cerca de US\$ 33 desse valor, cabendo cerca de US\$ 7 à suas famílias e o restante, pouco menos de US\$ 1,5, a outros.<sup>146</sup>

Indiscutivelmente, enfermidades e morte são fatos que geram para as vítimas prejuízos materiais reparáveis. O Código Civil, ao disciplinar a indenização, estabelece:

**Art. 948 - No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:**

**I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;**

**II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.**

**Art. 949 - No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da**

---

<sup>146</sup> *Study: Cigarettes cost families, society \$41 per pack.* USAToday, Posted 11/26/2004 9:29 AM ([www.usatoday.com/news/health/2004-11-26-smoking-costs\\_x.htm](http://www.usatoday.com/news/health/2004-11-26-smoking-costs_x.htm)) . Acesso aos 27.04.07.

**convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.**

**Art. 950 - Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.**

Doenças e mortes, no entanto, não provocam apenas danos materiais. Causam ainda *dano moral*, ou seja, sofrimento e angústia que igualmente devem ser reparados. O abalo psicológico decorrente desses eventos é consequência sabida, e que, portanto, não demanda produção de prova, como reconhece a jurisprudência do STJ:

A morte do marido e pai dos autores causa dor que deve ser indenizada, não se exigindo para isso a prova do sofrimento, o que decorre da experiência comum e somente pode ser afastada se houver prova em sentido contrário, o que não ocorre.

A perda das duas pernas, por uma das vítimas do acidente, justifica o deferimento de indenização a título de dano moral. (REsp 220084 - Quarta Turma - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - 16/11/1999)

Já assentou a Corte que "não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil". (REsp 318099 - Terceira Turma - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - 06/12/2001 - LEXSTJ 155/226)

O dano moral decorre do próprio acidente, sendo desnecessária a prova efetiva do sofrimento do autor. (REsp 239309 - Terceira Turma - Rel. Min. Castro Filho - 02/06/2005)

Mesmo a *perspectiva de contrair doenças*, por si só, já bastaria para provocar em fumantes aflição suficiente para caracterizar dano moral indenizável. Conforme interessante precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, referente a moradora de área contaminada por indústria de Cubatão-SP e relatado pelo hoje Ministro CÉZAR PELUSO, do STF, quem se acha diante de possibilidade razoável de adquirir males que agravam significativamente sua saúde, convive com um receio constante que compromete sua qualidade de vida:

Configura dano moral reparável, a título de violação do direito à segurança pessoal, a condição orgânica de quem, intoxicado por resíduos industriais de haxaclorobenzeno (HCB), fica exposto aos riscos de ser acometido por doença maligna.<sup>147</sup>

O fumante, portanto, sofre dano moral só por estar consciente de sua sujeição ao acometimento de doenças graves que podem abreviar sua vida.

A regra geral sobre indenização obriga o responsável de forma abrangente. Ao definir o ato ilícito, o art. 186 do Código Civil refere-se à provocação de “dano a outrem,

<sup>147</sup> “... por força da contaminação, a autora padece de condição orgânica de vulnerabilidade, a qual, suposto não guarde caráter mórbido, a expõe, de modo crítico, aos riscos do surto de doença maligna, comprometendo-lhe a incolumidade pessoal.

Ora, dentre as múltiplas manifestações do chamado dano moral, cujo exato conceito diz menos com experiência psíquica desagradável, avaliada apenas na formação da *ratio* normativa, do que com a violação objetiva dalgum direito da personalidade, situa-se toda lesão à segurança pessoal ( ... )

Não precisa, portanto, insistir em que, a despeito de não ter sofrido, até a data do laudo, nenhuma ofensa concreta à sua integridade física, a autora está exposta, pela contaminação tóxica oriunda do comportamento gravemente culposo da antecessora da ré, aos riscos permanentes de ser acometida de patologia maligna, cujo medo e angústia conseqüente, abstraídos pelo ordenamento jurídico e, como tais, de prova dispensável, compõem, como reação ordinária do ser humano, o substrato empírico do dano moral caracterizado pela ofensa ao direito subjetivo à segurança pessoal. A tutela jurídica da pessoa humana, na sua complexa realidade, que é a razão última da ilicitude do dano moral, tem por insuportável a mera situação objetiva de tal risco, induzido por culpa alheia, porque importa sacrifício de garantia à esfera da personalidade e, pois, degradação da dignidade pessoal. Já não se pode dizer intacta, nos valores elementares de sua grandeza, a pessoa condenada a viver com o perigo diuturno de um câncer, ainda que não venha nunca a sofrê-lo.

Dano houve e, reparável.” (Apelação Cível nº 170.660-4/2-00, Segunda Câmara. Dir. Privado, 20.03.01).

ainda que exclusivamente moral”. JOSÉ DE AGUIAR DIAS ensina que “o dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar. Assim, não se pode deixar de atentar na divisão: danos patrimoniais e danos morais, imateriais ou não patrimoniais”.<sup>148</sup>

Sobre a extensão da obrigação do fornecedor na reparação de perdas e danos, incluindo aqueles morais, os seguintes precedentes:

- O vício do produto ou serviço, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, poderá ensejar a reparação por danos morais, desde que presentes os elementos caracterizadores do constrangimento à esfera moral do consumidor.

- Se o veículo zero-quilômetro apresenta, em seus primeiros meses de uso, defeitos em quantidade excessiva e capazes de reduzir substancialmente a utilidade e a segurança do bem, terá o consumidor direito à reparação por danos morais, ainda que o fornecedor tenha solucionado os vícios do produto no prazo legal.

(REsp 324629 - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - 10/12/2002 - RSTJ 186/313. No mesmo sentido: REsp 575469 - Quarta Turma - Rel. Min. Jorge Scartezzini - 18/11/2004 - RT 835/189)

CONSUMIDOR - Indenização - Vício de qualidade do produto - Responsabilidade do fabricante pela correção do defeito e pelos transtornos causados ao cliente - Verba devida (TJSP - RT 742/237)

Já o art. 402 do Código Civil vem para incluir na indenização por perdas e danos devida ao prejudicado “além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, as perdas e danos compreendem “a recomposição do prejuízo correspondente ao

<sup>148</sup> *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 6a. ed., 1979, vol. 2, p. 397.

que o credor efetivamente perdeu, e que as fontes denominam *damnum emergens*. Mas para serem completas deverão abranger também o que ele tinha fundadas esperanças de auferir, e que razoavelmente deixou de lucrar, parcela designada como *lucrum cessans*, e que nós chamamos *lucro cessante*".<sup>149</sup>

### **Dos direitos dos não-fumantes como vítimas do evento**

Conforme explica LÚCIO DELFINO, “os fumantes passivos são aqueles que, embora não possuam o vício de fumar, convivem diretamente com fumantes, inalando, dia-a-dia, a fumaça tóxica do cigarro. É certo que tais pessoas não se encaixam no conceito de consumidor padrão. Não adquirem ou usam (por vontade própria) o cigarro como destinatário final. No entanto, muitas vezes, acabam por se tornar vítimas de uma relação de consumo na qual não tiveram participação. Embora nunca tenham comprado um cigarro na vida, foram vítimas do produto mortal, por inalarem sua fumaça tóxica, fato que, evidentemente, equiparam-nas (fumantes passivos) aos consumidores”.<sup>150</sup>

Com efeito, o CDC, na Seção que disciplina a Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço, criou o direito de terceiro, que não seja o consumidor, a reparação por danos decorrentes da relação de consumo ao estabelecer:

**Art. 17 - Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.**

<sup>149</sup> *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense. 8a. ed., 1984, vol. II, p. 230.

<sup>150</sup> *Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2002, p.74.

Os Tribunais têm reconhecido essa responsabilidade em diversos precedentes:

O fornecedor de produtos e serviços responde objetivamente pelos eventos decorrentes do fato do produto ou do serviço que provocam danos a terceiros. (*STJ – REsp 480697 – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – 07/12/2004*)

I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, "... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Abrandamento do rigor técnico do critério finalista.

II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor.

Recurso especial provido. (*STJ – REsp 540235 – Rel. Min. Castro Filho – Terceira Turma – 07/02/2006*)

Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança. (*STJ - REsp 181580 - Terceira Turma - Castro Filho - 09/12/2003 - RSTJ 180/341*)

DANO MORAL - Banco de dados - Negativação do nome do autor no SERASA - Falsidade de sua assinatura em contrato de renegociação de crédito, como interveniente garantidor solidário e avalista - Hipótese de relação de consumo, relativa a serviço e produto de crédito bancário (Código de Defesa do Consumidor, artigos 2º e 3º) - Autor que, no caso, é consumidor por equiparação legal e vítima do evento falsificação de sua assinatura no contrato entre terceiros

(Código de Defesa do Consumidor, artigo 17) - Responsabilidade objetiva do banco réu (Código de Defesa do Consumidor, artigo 14) - Dano moral que, na hipótese, é "in re ipsa" - Recurso provido. (TJSP - *Apelação cível n. 929.487-7 - 23ª Câmara de Direito Privado - Relator: Oséas Davi Viana - 14.09.05 - V.U.*)

Nesse contexto, todos os fundamentos jurídicos que valem para os fumantes ativos, apresentados acima como causas de pedir, valem igualmente para os fumantes passivos (*bystanders*), possuindo estes, portanto, *o mesmo direito à indenização pelos danos materiais e morais que aqueles possuem.*

**Quarta parte – Direito dos entes federativos a indenização por danos materiais sofridos pelo custeio de despesas com o tratamento e prevenção de doenças provocadas pelo consumo de cigarros**

**A obrigação de indenizar os danos materiais ao patrimônio público decorrentes das despesas do Estado com tratamento e prevenção de doenças provocadas ou agravadas pelo fumo**

Se cerca de 200 mil pessoas morrem a cada ano devido ao tabagismo (OPAS, 2002), pode-se concluir que não é pequeno o prejuízo causado pelo cigarro ao sistema público de saúde. Nos Estados Unidos, segundo o próprio governo, os custos econômicos totais associados ao fumo (tratamentos médicos e perda de produtividade) são estimados em US\$ 7,18 (sete dólares e dezoito centavos) para cada maço vendido.<sup>151</sup> Investigação feita pelo *Centers for Disease Control and Prevention* apurou que, entre os anos de 1997 e 2001, o consumo de cigarros teria sido responsável por US\$ 167 bilhões em perdas

<sup>151</sup> *Centers for Disease Control and Prevention. Annual Smoking-Attributable Mortality, Years of Potential Life Lost, and Economic Costs—United States, 1995–1999. Morbidity and Mortality Weekly Report [serial online]. 2002;51:300B303 [cited 2007 Mar 13]. Disponível em: [www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm5114a2.htm](http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm5114a2.htm).*

econômicas naquele país (US\$ 75 bilhões em custos médicos diretos, e US\$ 92 bilhões em perda de produtividade) ou cerca de US\$ 3.702 por adulto fumante.<sup>152</sup>

A busca por ressarcimento para os custos sanitários exigidos por doenças causadas ou agravadas pelo consumo de cigarro é tendência que se verifica em inúmeros países. Com efeito, governos de diversas nações e províncias estão ajuizando ações com pedidos de reembolso dessas despesas. No Canadá, o governo do estado da Colúmbia Britânica move ação judicial contra empresas de tabaco a fim de recuperar os custos com saúde pública provocados pelo tratamento de doenças decorrentes do tabagismo.<sup>153</sup> A Junta da Andaluzia, na Espanha, também ajuizou semelhante ação, reclamando das maiores empresas do setor o reembolso de 1 milhão e 770 mil euros gastos no atendimento de pacientes tabagistas.<sup>154</sup>

Em janeiro de 1999, o então presidente CLINTON, dos EUA, anunciou no *State of the Union* (discurso anual proferido ao Congresso Norte-Americano) a decisão de promover ação judicial reivindicando das empresas de tabaco diversas medidas, entre as quais o pagamento de indenização em razão

<sup>152</sup> *Centers for Disease Control and Prevention*. Annual Smoking-Attributable Mortality, Years of Potential Life Lost, and Productivity Losses—United States, 1997–2001. *Morbidity and Mortality Weekly Report* [serial online]. 2005;54:625-628 [cited 2007 Mar 13]. Disponível em: [www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm5425a1.htm](http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm5425a1.htm).

<sup>153</sup> [www.healthservices.gov.bc.ca/tobacco/litigation/writ.html](http://www.healthservices.gov.bc.ca/tobacco/litigation/writ.html) Acesso aos 23.04.07.

<sup>154</sup> “La letrada del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Carmen Carretero, ha presentado poco después de las 13,00 horas de hoy, en el registro del Decanato de los Juzgados de la Plaza de Castilla, la primera de una serie de demandas contra las empresas tabaqueras Altadis, Philip Morris Spain, Tabacos Canari Island, British American Tobacco España, Cita y JT Internacional en la que reclaman una cantidad de 294,5 millones de pesetas (más de 1,7 millones de euros) en concepto de indemnización al sistema sanitario andaluz por los costes derivados del tabaquismo.” (*La Junta andaluza presenta su primera demanda contra seis tabaqueras – elmundo.es*. 21.02.02 [www.elmundo.es/elmundosalud/2002/02/21/salud\\_personal/1014295485.html](http://www.elmundo.es/elmundosalud/2002/02/21/salud_personal/1014295485.html) Acesso a 1º.06.07.

dos gastos federais com tratamento de doenças causados pelo fumo.<sup>155</sup>

Essa tendência deverá se intensificar em razão do que prevê o já citado art. 19, item 1, da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde, segundo o qual

**para fins de controle do tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação.**

A presente ação civil pública, como já afirmado, deve ser encarada como parte da *resposta do Brasil a uma política ampla a ser implementada pela OMS no âmbito internacional*.

No Brasil, os sistemas públicos de saúde municipais, estaduais e distrital, e também o Governo Federal,<sup>156</sup> vêm custeando o tratamento médico de milhões de pessoas portadoras de doenças decorrentes do tabagismo, assim como campanhas públicas de prevenção, com esclarecimento da população sobre os efeitos nocivos do fumo e sobre a importância de abandonar esse hábito.<sup>157</sup> Tendo o fabricante de cigarro

---

<sup>155</sup> [www.altria.com/media/03\\_06\\_03\\_04\\_05\\_DOJ.asp](http://www.altria.com/media/03_06_03_04_05_DOJ.asp) Acesso aos 03.05.07.

<sup>156</sup> Segundo a Constituição Federal, art. 30, “compete aos Municípios: ( ... ) VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. Nos termos do art. 4º da Lei Federal nº 8.080/90, “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

<sup>157</sup> Exemplo de ação governamental contra o tabagismo é Programa Nacional de Controle do Tabagismo (PNCT), que o Ministério da Saúde patrocina através do Instituto Nacional de Câncer desde 1989. Esse Programa tem como objetivo reduzir a prevalência de fumantes em nosso país, e a conseqüente morbimortalidade por doenças tabaco relacionadas. Para isso utiliza as seguintes estratégias: prevenção da iniciação ao tabagismo, proteção da população contra a exposição ambiental à fumaça de tabaco, promoção e apoio à cessação de fumar e regulação dos produtos de tabaco através de ações educativas e de mobilização de políticas e iniciativas legislativas e econômicas.

concorrido diretamente para a causa desses males pelo fornecimento de produto defeituoso e viciado, deve ele ser responsabilizado pelo ressarcimento das despesas decorrentes, incluindo os custos com atendimento e remédios ministrados.

Firmada a premissa de que o cigarro prejudica a saúde de fumantes ativos e passivos, e considerando, ainda, a certeza de que as doenças provocadas geram despesas públicas significativas com seu tratamento pela rede pública de saúde e com o custeamento de campanhas contra o fumo, cumpre agora apontar *a obrigação das fornecedoras de indenizar esses prejuízos suportados pelos cofres públicos.*

A responsabilidade pela reparação desses custos decorre da prática de *ato ilícito*, pois, ao fornecer produto *defeituoso e impróprio ao consumo por nocividade à saúde* (vício de qualidade), o fabricante pratica *ato ilícito* (Código Civil, art. 186); verifica-se aí violação da obrigação legal de entregar bem inofensivo à saúde do consumidor (dever de segurança), implícita nos arts. 12 e 18, § 6º, inc. II, do CDC.

Além disso, há obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CC, art. 927, § único). Como se não bastasse, as empresas respondem, independentemente de

---

Para que essas ações atinjam a todo o território brasileiro, foi organizada uma rede nacional para gerenciamento regional do Programa, através do processo de descentralização e parceria com as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, seguindo a lógica do SUS.

Hoje, nos 26 estados da Federação e no Distrito Federal, as Secretarias Estaduais de Saúde possuem uma Coordenação do Programa de Controle do Tabagismo que, por sua vez, vêm descentralizando as ações para seus respectivos municípios.

([www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/plano\\_abordagem\\_sus.pdf](http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/plano_abordagem_sus.pdf)) Acesso a 1º.06.07.

culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (CC, art. 931).

Por fim, o fabricante de cigarros, como fornecedor, responde, também independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeito do produto (CDC, art. 12) e a situação de cada um dos entes federativos assemelha-se, para fins de direito à reparação, à de “vítima do evento”, conforme dicção do art. 17 do CDC, cuja regra, inserida na Seção dedicada à “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”, equipara, como visto, aos consumidores diretos todos aqueles que, embora não tenham adquirido o produto, sejam afetados pela relação de consumo.

O CDC não fez nenhuma distinção qualitativa acerca das possíveis vítimas. Pelo contrário, empregou a fórmula mais abrangente possível, estendendo a equiparação a qualquer vítima, sem exceção. *Ubi lex non distinguit nec nos distiguere debemus* (“Onde o legislador não distingue, não pode o intérprete distinguir”). Segundo CARLOS MAXIMILIANO, “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente”.<sup>158</sup> Se a lei refere-se a “vítimas”, de forma genérica, por que supor que estaria excluindo pessoas jurídicas de direito público?

Ao usar a palavra “vítima” em Seção que trata de responsabilidade civil, a lei quer se referir *a quem tenha sofrido prejuízo*. Aqui também o alcance é o mais amplo possível,

---

<sup>158</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense. 11ª ed., 1991, p. 247. É desse autor a tradução do brocardo.

devendo ser considerada vítima aquele que, em razão do fato do produto, tenha experimentado qualquer sorte de dano.

Assim, não há razão para supor que Municípios, Estados e Distrito Federal não se beneficiem da regra do art. 17 do CDC.

Diversos, portanto, os fundamentos legais que concorrem para a responsabilização do fabricante de cigarro que, por sua atividade, onera indevidamente os cofres públicos.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que o Estado está obrigado a indenizar empresas particulares quando estas se vêm prejudicadas por sua atividade administrativa.<sup>159</sup> As companhias aéreas, em razão das falhas no controle do tráfego aéreo, manifestaram recentemente seu interesse em obter indenização pelos prejuízos sofridos junto ao Governo Federal.<sup>160</sup>

Ora, a responsabilidade deve ser *recíproca*: nem o Estado pode prejudicar o empreendedor particular, nem este pode causar danos aos cofres públicos em sua atividade empresarial. Se, para o Estado, existe responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, para a empresa existe a mesma responsabilidade objetiva, determinada pelo risco do empreendimento, previsto no art. 931 do Código Civil.

---

<sup>159</sup> “A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.” (RE 113.587, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 18-2-92, DJ de 3-3-92) No mesmo sentido: (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 6-12-05, DJ de 24-3-06)

<sup>160</sup> *Empresas aéreas querem indenização da União por prejuízos com apagão aéreo* - 12 de Julho de 2007 - 14h46 Juliana Andrade Repórter da Agência Brasil ([www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/07/12/materia.2007-07-12.7457794979/view](http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/07/12/materia.2007-07-12.7457794979/view))

Em suma, as causas de pedir de fato e de direito apresentadas para fundamentar a obrigação do fabricante de cigarro de ressarcir fumantes ativos e passivos pelos danos materiais decorrentes das doenças provocadas pelo fumo valem igualmente para fundamentar o direito do Poder Público, em suas três esferas (inclusive o Distrito Federal), de ser indenizado pelas despesas com saúde pública derivadas do tratamento dos mesmos males.

### ***Tobacco Settlement: vitória dos contribuintes norte-americanos***

Nos Estados Unidos, em razão de acordo firmado em 1998 por Procuradores-Gerais estaduais com fabricantes de cigarros (Philip Morris, Reynolds, Brown & Willianson e Lorillard) – denominado “*Master Settlement Agreement*” (MSA), ou “*Tobacco Settlement*” –, 46 Estados<sup>161</sup> receberão aproximadamente 206 bilhões de dólares durante 25 anos, além de outros pagamentos. O acordo, que hoje conta com a adesão de mais de quarenta companhias<sup>162</sup>, veio depois de anos de batalhas judiciais entre Estados e empresas, e prevê ainda a adoção de políticas para desestimular o consumo de tabaco entre os jovens e financiar despesas de saúde pública. As assumir o financiamento dessas despesas através do bilionário acordo, os fornecedores de cigarros admitem implicitamente sua responsabilidade por gastos com saúde pública decorrentes de seu lucrativo negócio, além de se obrigarem a restringir a publicidade e o *merchandizing*.

---

<sup>161</sup> Quatro outros Estados – Florida, Minnesota, Mississippi e Texas – firmaram seus acordos separadamente.

<sup>162</sup> A relação das empresas que aderiram está na página [www.naag.org/backpages/naag/tobacco/msa/participating\\_manu/2007.4.09%20PM%20List.pdf](http://www.naag.org/backpages/naag/tobacco/msa/participating_manu/2007.4.09%20PM%20List.pdf)

O MSA prevê que, em troca da concordância das empresas participantes em realizar pagamentos especificados até 2025, e da concordância em restringir atividades publicitárias, os Estados comprometem-se a desistir de ações judiciais relacionadas ao uso, venda, distribuição, fabricação, desenvolvimento, publicidade, *marketing* ou efeitos sanitários da exposição ou advertências relacionados a produtos tabagísticos.<sup>163</sup>

Uma pergunta inevitável emerge desse contexto: por que as empresas pagam compensações para os governos nos EUA e não as pagam aqui, se os fatos – lucros vultosos com negócio que provocam doenças que oneram despesas públicas com tratamento e prevenção – são rigorosamente os mesmos?

### **Quinta parte – Ônus da prova**

#### **Fato notório e ônus da prova**

As premissas de fato que importam à nossa discussão, como se verá, *não precisam ser provadas*: existe hoje consenso sobre onexo etiológico entre a aspiração da fumaça do tabaco e o advento de males à saúde das pessoas, inclusive das que não fumam. Do mesmo modo, desnecessário provar que as doenças e mortes decorrentes do consumo de cigarros causam prejuízos materiais e morais às suas vítimas e familiares. O agravamento das despesas estatais com saúde pública é outro fato de fácil dedução e constatação, por isso de conhecimento geral.

A nocividade dos produtos fumíferos para a saúde de fumantes ativos e passivos é *fato notório*. Tantos e tão

---

<sup>163</sup> Mais informações no sítio [www.naag.org/tobacco.php](http://www.naag.org/tobacco.php)

abalizados são os estudos e estatísticas sobre as conseqüências deletérias do fumo que tal nexu etiológico não carece de prova.

Ao discutir a prova, MOACYR AMARAL SANTOS destaca que “*regras da experiência*, isto é, juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média”. Segundo o processualista, “cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos que, tendo passado por uma experiência contínua e prolongada, ou, quando não, pelo crivo da crítica coletiva, fruto da ciência, da arte, da técnica ou dos fatos cotidianos, faz parte de sua *communis opinio*.” Impossível ignorar fatos, aliás de palpitante atualidade, objeto de inúmeras matérias publicadas na imprensa nacional e estrangeira. A lei processual, atendendo postulado antigo – *notoria non egent probatione* – dispensa de prova os fatos notórios (CPC, art. 334, inc. I). Quando o juiz utiliza o conhecimento de fatos notórios, “que faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social”, explica MOACYR AMARAL SANTOS, “se vale de conhecimento que não é seu apenas, ou de umas poucas pessoas, mas de uma *coletividade*”.<sup>164</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem precedente que reconhece como razoável, para o juiz, tomar como “verossímil a relação entre cigarro e dependência, em razão de regras ordinárias de experiência”. A mesma decisão considerou, ainda, que “o fornecedor está em melhores condições de realizar a prova de fato ligado à sua atividade”.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva. 4<sup>a</sup> ed., 1979, 2<sup>o</sup> v., pp. 296 e 298.

<sup>165</sup> Agravo de Instrumento nº 24.820-5, Quarta Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jacobina Rabello, 14.11.96, JTJ 194/237.

Não é nosso objetivo, contudo, evitar a discussão sobre o nexo etiológico existente entre o consumo de cigarro e a inalação da fumaça por terceiros não-fumantes e danos à saúde que causam prejuízos materiais e morais aos consumidores. Queremos apenas apontar a existência de um contexto que transfere ao fornecedor o ônus de provar suposta inofensividade do cigarro.

### **Teoria do risco, responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova**

Em sede de responsabilidade civil, o princípio *actori incumbit probatio* vem recebendo da doutrina e da jurisprudência um tratamento especial, mais brando. Com efeito, já há mais de meio século JOSÉ DE AGUIAR DIAS reconhecia “a enormidade do encargo probatório sobre a vítima, escravizada, como acontece, aliás, muito freqüentemente, no direito, a um provérbio latino: *actori incumbit probatio*”. Segundo o jurista,

ora, essa norma, tomada a rigor, em sentido estreito, atribui, ao prejudicado, um esmagador *handicap*: impõe-lhe demonstrações de fatos que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que o cercam, impossibilitam à vítima qualquer prova; e isso é o mesmo que negar-lhe qualquer reparação: ‘um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada; não ter direito ou, tendo-o, ficar na responsabilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só.’<sup>166</sup>

Ainda sobre o ônus da prova, é preciso lembrar as palavras de CÂNDIDO DINAMARCO:

a tradicional exacerbação do ônus da prova constitui postura insensível à moderna visão teleológica e instrumentalista do sistema processual ( ... ) o legislador sabe que a oposição de

<sup>166</sup> *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 6ª ed., 1979, v. 1, pp. 92/93.

grandes dificuldades (*probatio diabolica*) seria um modo de desviar o processo de suas destinações. Pois é precisamente esse agravamento intolerável que se quer evitar, quando se preconiza a *relativização do ônus da prova* e a redução de seu peso: que o juiz aja como a pessoa comum ao formar sua convicção, concluindo pela existência do fato quando sua consciência tiver por bem mais provável a existência do que a inexistência e sem chegar aos extremos de exigência que só se compreenderiam e legitimariam se fosse possível o encontro da verdade pura e indiscutível mediante a instrução e se a certeza absoluta fosse algo tangível na cognição processual.<sup>167</sup>

Além disso, a aplicação da teoria do risco traz implicações no ônus da prova, pois, “definida em concreto como perigosa a atividade, responderá o agente pelo simples risco, ficando a vítima obrigada apenas à prova do nexa causal, não se admitindo, outrossim, escusas subjetivas do imputado”.<sup>168</sup>

COMPORTI define a atividade perigosa *lato sensu* como aquela que “contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa”, em relação “ao critério da normalidade média” e revelada “por meio de estatísticas e elementos técnicos e de experiência comum”.<sup>169</sup>

Ora, se o fumo envolve notório perigo, e sendo a responsabilidade pelo fato do produto e por vício de qualidade objetiva, conforme arts. 12 e 18 do CDC, respondendo o fornecedor *independentemente da existência de culpa*, basta, para o fumante, demonstrar o nexa etiológico entre 1) o consumo de cigarro e o surgimento ou agravamento de lesão à sua saúde,

---

<sup>167</sup> *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: RT, 1987, pp. 358 e 361.

<sup>168</sup> CARLOS ALBERTO BITTAR, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, São Paulo: RT. 1985, p. 89.

<sup>169</sup> *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, apud CARLOS ALBERTO BITTAR, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, São Paulo: RT. 1985, p. 89.

e 2) os prejuízos materiais decorrentes da doença (já que os danos morais são presumidos).

Nesse sentido o seguinte precedente do STJ, relativos a responsabilidade civil de empresa fornecedora de cigarro:

A regra contida no art. 6º/VII 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 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. (*REsp 140097 – Quarta Turma – Rel. Min. César Asfor Rocha – 04/05/2000 – RSTJ 136/333*)

Por fim, cabe lembrar da regra do CDC que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova para facilitação da defesa dos direitos do consumidor quando houver verossimilhança de alegação e hipossuficiência:

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;**

**Sexta parte – Os direitos coletivos**

### **Direitos individuais homogêneos dos fumantes ativos, passivos e de seus familiares**

O Ministério Público pretende que a Ré seja condenada à obrigação de indenizar todos os consumidores, seus familiares e dependentes pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência dos prejuízos à saúde provocados pelo consumo dos cigarros que produz. A presente ação civil pública é ajuizada, portanto, para obter a tutela a título coletivo de direitos individuais homogêneos de fumantes ativos, passivos e de seus familiares, nos termos do art. 81, § único, inc. III, do CDC (“A defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”).<sup>170</sup>

É importante considerar a advertência de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, quando afirma que nos interesses individuais homogêneos “a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto social, um impacto de massa”.<sup>171</sup> A relevância da tutela coletiva é reconhecida pela jurisprudência dos tribunais superiores.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> “Os direitos individuais homogêneos, por definição legal, referem-se a um número de pessoas ainda não identificadas, mas passível de ser determinado em um momento posterior, e derivam de uma origem comum, do que decorre a sua homogeneidade.” (STJ - REsp 761114 - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrihgi - 03/08/2006).

<sup>171</sup> *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, Revista de Processo nº 61, p. 188.

<sup>172</sup> “No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao ‘Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor’.

Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.” (STJ, REsp 555.111/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 05.09.2006, DJ 18.12.2006, p. 363)

Nesse contexto, a condenação pretendida é genérica, para fixar a responsabilidade da Ré pelos danos causados, nos termos do art. 95 do CDC. A liquidação e a execução da sentença deverão ser promovidas *a posteriori* pelas vítimas ou seus sucessores, nos termos do art. 97 do CDC,<sup>173</sup> aos quais incumbirá demonstrar concretamente apenas a existência dos danos e seunexo etiológico com o tabagismo.<sup>174</sup>

Dado o grande número de fumantes, o dano provocado pelos fornecedores de cigarros, globalmente considerado, é certamente vultoso. Com efeito, a tutela que se pretende na presente ação civil pública decorre de impacto significativo sobre os interesses individuais de milhões de fumantes ativos e passivos: estamos tratando aqui de uma das mais graves – senão a mais grave – conseqüências sanitárias das

---

“A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.” (STJ, REsp 637.332/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24.11.2004, DJ 13.12.2004, p. 242)

“A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa.” (RE 195.056, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-99, DJ de 30-5-03)

“A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa.” (STF, RE 195.056, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-99, DJ de 30-5-03)

<sup>173</sup> “Sendo o pedido genérico, a condenação não se particulariza em valores líquidos, razão pela qual é preciso proceder à sua liquidação e, posteriormente, à sua execução.” (STJ - REsp 761114 - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andriighi - 03/08/2006)

<sup>174</sup> “A execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por sindicato difere da execução de sentença proferida em ação individual; nela há cognição a respeito da identificação do exequente como beneficiário do direito já reconhecido e acerca da liquidação do débito. Embargos de divergência conhecidos e providos.” (EResp 691.563/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 17.05.2006, DJ 26.06.2006, p. 82)

relações de consumo em nosso país, seja pela *extrema nocividade* do produto, seja pelo *expressivo número de indivíduos prejudicados*.

Existe, no entanto, a perspectiva de que, por razões diversas, parcela significativa das vítimas permaneça inerte, deixando de cobrar em Juízo a execução da indenização a que tem direito. Essa eventual inércia de muitos dos interessados poderá resultar em expressivo *resíduo*, devido, mas que deixa ser exigido da empresa condenada. Vale dizer, portanto, que o *fluid recovery* certamente será um dos principais efeitos da pretendida condenação: na hipótese de decurso do prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, o Ministério Público deverá promover a liquidação e execução da indenização devida, como previsto no art. 100 do CDC, revertendo seu produto para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

Com relação aos *fumantes passivos*, a condenação pretendida é também à obrigação de indenizá-los, assim como seus familiares e dependentes, pelos danos materiais e morais decorrentes dos prejuízos à saúde provocados pela inalação da fumaça exalada através do consumo dos cigarros que produz. Aqui condenação será também genérica, na forma prevista no art. 95, devendo a liquidação e a execução da sentença ser promovidas como preceitua o art. 97. Do mesmo modo, aplica-se o disposto no art. 100, todos os dispositivos do CDC.

É importante deixar consignado que a competência para a execução individual deverá ser a *do domicílio*

*do exeqüente*. Trata-se de exceção à regra geral do art. 575, inc. II, do CPC, para aplicação da regra especial prevista no art. 98, § 2º, inc. II, do CDC. Segundo esse dispositivo, a competência para a execução só será necessariamente do juízo da ação condenatória “quando coletiva a execução”. No caso de execução individual, afirma o inc. I, competente poderá ser “o juízo da liquidação da sentença”.<sup>175</sup>

### **Direito difuso à proteção do patrimônio público**

A presente ação é também ajuizada em defesa do interesse difuso da população à proteção do patrimônio público, cuja tutela não se restringe aos representantes das fazendas públicas.<sup>176</sup>

Para HUGO NIGRO MAZZILLI, “a defesa do patrimônio público cabe não só ao cidadão, pelo sistema da ação popular, como também é afeta ao Ministério Público (art. 129, III, da CF) e aos demais legitimados do art. 5º da LACP, que podem promover a defesa judicial de *qualquer interesse coletivo ou difuso* – não excluída naturalmente a defesa do patrimônio público”.<sup>177</sup>

Os gastos com saúde pública dos entes federativos, como visto, são agravados significativamente em razão das doenças provocadas pelo consumo do cigarro,

<sup>175</sup> “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Sentença - Execução - Decisão condenatória - Competência - Executividade afeta ao juízo do foro do domicílio do credor, mormente se a demanda foi interposta contra a União Federal - Inteligência dos arts. 575, II, do CPC e 98, § 2º, II, da Lei 8.078/90” (TRF - 4ª Reg. - RT 796/432)

<sup>176</sup> “Ação civil pública para proteção do patrimônio público. art. 129, III, da CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92).” (RE 208.790, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 27-9-00, DJ de 15-12-00) No mesmo sentido: RE-248067/MA, RE-254078/MA, RE-248202/MG; RE-241132/MA; RE-242327/MA.

<sup>177</sup> *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, São Paulo: RT. 1993, p. 105.

atingindo fumantes ativos e passivos. A população em geral, e os contribuintes em particular, têm interesse em ver esses gastos ressarcidos por quem a eles deu causa. E aqui é importante lembrar que a presente iniciativa não é inédita: precedentes da Espanha, do Canadá e dos EUA foram mencionados.

### **Os PEDIDOS**

Pelo exposto, requer o Ministério Público a prolação de sentença que julgue integralmente procedente a presente ação civil pública, para acolher todos os seguintes pedidos cumulativos:

- 1- Condenação da Ré à obrigação de indenizar todos os consumidores fumantes, ex-fumantes, seus familiares e/ou dependentes pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência dos prejuízos à saúde provocados pelo consumo dos cigarros que produz. A condenação pretendida é genérica, fixando a responsabilidade da Ré pelos danos causados, nos termos do art. 95 do CDC. Tratando-se de danos de âmbito nacional, a condenação deverá valer para todo o território brasileiro.<sup>178</sup> A liquidação e a execução da sentença deverão ser promovidas pelas vítimas e seus sucessores, nos termos do art. 97 do CDC. Na hipótese de decurso do prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, o Ministério Público poderá promover a liquidação e execução da indenização devida, como previsto no art. 100 do CDC, que levará em conta a participação média da empresa no mercado de cigarros;**

---

<sup>178</sup> Sobre a regra do art. 16 da Lei Federal nº 7.347/85, ADA PELLEGRINI GRINOVER explica que “o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido e não a competência. Esta, nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo objeto do processo” (*A aparente restrição da coisa julgada na ação civil pública: Ineficácia da modificação no art. 16 pela Lei 9.494/97*, in ESMP – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Boletim Informativo - Ano 2 nº 11 – Fevereiro/1998 - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional).

- 2- Condenação da Ré à obrigação de indenizar todos os fumantes passivos, seus familiares e dependentes, pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência dos prejuízos à saúde provocados pela inalação da fumaça exalada pelos cigarros que produz. A condenação pretendida é genérica, fixando a responsabilidade da Ré pelos danos causados, nos termos do art. 95 do CDC. Tratando-se de danos de âmbito nacional, a condenação deverá valer para todo o território brasileiro. A liquidação e a execução da sentença deverão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, nos termos do art. 97 do CDC. Na hipótese de decurso do prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, o Ministério Público poderá promover a liquidação e execução da indenização devida, como previsto no art. 100 do CDC, que levará em conta a participação média da empresa no mercado;**
- 3- Condenação da Ré à obrigação de indenizar todos os Estados e Municípios brasileiros e o Distrito Federal pelos danos materiais causados aos respectivos cofres públicos decorrentes de gastos com prevenção (inclusive programas de controle do tabagismo) e tratamento de doenças provocadas ou agravadas pelo consumo dos cigarros que produz. A condenação pretendida é genérica, fixando a responsabilidade da Ré pelos danos causados, nos termos do art. 95 do CDC. A liquidação e a execução da sentença deverão ser promovidas individualmente pelas pessoas jurídicas de direito público, nos termos do art. 97 do CDC, e levará em conta a participação média da empresa do mercado;<sup>179</sup>**
- 4- Condenação da Ré a obrigação de fazer, consistente em dar ampla divulgação da decisão condenatória pelos meios de comunicação social, a fim de garantir a efetividade da tutela.**

---

<sup>179</sup> Nesta data encaminho representação ao Ministério Público Federal para que semelhante ação reparatória seja ajuizada em prol dos cofres da União.

O Autor requer ainda:

- a) seja determinada a citação e intimação postal da Ré no endereço acima fornecido, a fim de que, advertida da sujeição aos efeitos da revelia, nos termos do art. 285 do Código de Processo Civil, apresente, querendo, resposta aos pedidos ora deduzidos, no prazo de 15 (quinze) dias;
- b) a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor, nos termos do art. 94 do CDC;
- c) a condenação da Requerida ao pagamento das custas processuais, com as devidas atualizações monetárias;
- d) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90;
- e) sejam as intimações do Autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista na Promotoria de Justiça do Consumidor, situada na Rua Riachuelo, 115, 1º andar, Sala 130, Centro, nesta Capital, em razão do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e no art. 224, inc. XI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26.11.93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo).

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela produção de prova testemunhal e pericial, e, caso necessário, pela juntada de documentos, e por tudo o mais que se fizer indispensável à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial, bem ainda pelo benefício previsto no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à inversão do ônus da prova, em favor da coletividade de consumidores substituída pelo Autor.

Acompanham esta petição inicial os documentos anexos.

Atribui à causa, para fins de alçada, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 1º. de agosto de 2007

João Lopes Guimarães Júnior  
**1º Promotor de Justiça do Consumidor**

- No Brasil, cerca de 33,8 % dos adultos são fumantes, que consomem, cada um, em média, 858 cigarros por ano, aproximadamente.
- Os ganhos internacionais da indústria do tabaco totalizaram cerca de 45,3 bilhões de dólares em 2005 – US\$ 5,75 bilhões a mais do que no ano anterior.
- A fumaça produzida pela queima do cigarro é uma mistura de aproximadamente 4.720 substâncias tóxicas diferentes.
- A inalação da fumaça do cigarro causa cerca de cinquenta doenças diferentes, principalmente cardiovasculares e câncer.

- A exposição à fumaça do cigarro causa doença e morte prematura mesmo em crianças e adultos que não fumam.
- O tabagismo é a segunda maior causa de morte no mundo, responsável pela morte de um em cada dez adultos no mundo inteiro, cerca de 5 milhões de mortes a cada ano.
- No Brasil, o cigarro mata mais que AIDS, drogas, acidentes de trânsito, homicídio e suicídio juntos: estima-se que sejam 200 mil mortes a cada ano.
- O tabagismo gera uma perda mundial de 200 bilhões de dólares por ano, sendo que a metade dela ocorre nos países em desenvolvimento, em decorrência do custo de tratamento das doenças, de mortes de cidadãos em idade produtiva, do maior índice de aposentadorias precoces, do aumento no índice de faltas ao trabalho e do menor rendimento produtivo.
- O tabagismo é amplamente reconhecido como uma doença epidêmica resultante da dependência de nicotina e classificado pela OMS no grupo dos transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo na Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10).
- O intérprete do ordenamento jurídico não pode ignorar a evolução do Direito no sentido de corrigir imperfeições geradas pelo Capitalismo e atingir objetivos do próprio Estado.
- A responsabilização civil dos fornecedores de tabaco constitui parte importante da estratégia traçada pela Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, para um amplo controle do tabaco.
- Nos Estados Unidos os fabricantes de cigarros concordaram, através do acordo denominado “*Master Settlement Agreement*”, em pagar aos Estados valores que totalizam mais de duzentos bilhões de dólares.
- No caso dos cigarros, do direito que tem o fabricante de produzi-los e vendê-los não decorre o direito de lesar a saúde de fumantes ativos e passivos, ou de onerar as despesas públicas com saúde.
- Os fornecedores de produtos respondem pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo, como aqueles nocivos à vida ou à saúde (art. 18, § 6º, inc. II).

- Ao fornecer produto com vício de qualidade por ser nocivo, o fabricante pratica *ato ilícito* (Código Civil, art. 186), uma vez que viola a obrigação legal de entregar bem inofensivo à saúde do consumidor, implícita no art. 18 do CDC.
- A licitude da produção e comercialização do cigarro – fruto das razões culturais que levaram à aceitação social do tabagismo a despeito de suas conseqüências sanitárias – não deve ser confundida com a ilicitude caracterizada pelo vício de qualidade que, inequivocamente, resulta de sua nocividade à saúde.

### **Relação dos documentos que acompanham a petição inicial**

- 1) Efeitos do cigarro no corpo (Fonte: Organização Pan Americana de Saúde - [www.opas.org.br](http://www.opas.org.br))
- 2) Os primeiros dias sem fumar – Deixando de fumar sem mistérios – Manual do Participante (Fonte: Instituto Nacional do Câncer – Ministério da Saúde - [www.inca.gov.br](http://www.inca.gov.br))
- 3) Tabagismo como problema de Saúde Pública (Fonte: Instituto Nacional do Câncer – Ministério da Saúde - [www.incagov.org.br](http://www.incagov.org.br))
- 4) Tabagismo (Fonte: [www.fozdoiguacu.pr.gov.br](http://www.fozdoiguacu.pr.gov.br))
- 5) Considerações acerca do impacto do tabagismo na economia ([www.tabacozero.net](http://www.tabacozero.net))
- 6) Controle do tabagismo no Hospital Psiquiátrico (Fonte: Universidade Federal de Minas Gerais – Escola de Enfermagem – Anais do 8º Encontro de Extensão da UFMG).
- 7) The economic rationale for intervention in the tobacco market (Fonte: Banco Mundial – [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org))
- 8) O mundo se livra do vício do fumo (Fonte: Worldwatch Institute Brazil – [www.wiiuma.org.br](http://www.wiiuma.org.br))
- 9) Tratamento da dependência da nicotina (Fonte: Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina – UNIFESP/EPM – Unidade de Pesquisa em Álcool e Drogas – Professores Ronaldo Laranjeira e Analice Gigliotti – [www.unifesp.br/dpsiq/polbr/ppm](http://www.unifesp.br/dpsiq/polbr/ppm))

- 10) Tabagismo & Saúde nos Países em Desenvolvimento (Fonte: Organização Mundial da Saúde/ Instituto Nacional do Câncer – [www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes](http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes))
- 11) Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso do fumo (Fonte: [www.datasus.gov.br/cid10](http://www.datasus.gov.br/cid10))
- 12) OMS pede proibição mundial de fumo em locais públicos (Fonte: BBC Brasil/Universo online – [www.noticias.uol.com.br/bbc/2007/05/31](http://www.noticias.uol.com.br/bbc/2007/05/31))
- 13) Tobacco Smoking and Tobacco Smoke
- 14) The health consequences of involuntary exposure to tobacco smoke: a report of the Surgeon General, U.S. Department of Health and Human Services (Fonte: Department of Health and Human Service, U.S. [www.surgeongeneral.gov/library/secondhandsmoke/factsheets](http://www.surgeongeneral.gov/library/secondhandsmoke/factsheets))
- 15) Fumo pode matar 1 bilhão neste século, diz OMS (Fonte: Reuters – [www.br.today.reuters.com/misc](http://www.br.today.reuters.com/misc))
- 16) Resultados (Fonte: Vigescola – Vigilância de tabagismo escolares)
- 17) A lesão pulmonar causada pela DPOC (Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica) é irreversível, mas os sintomas podem ser tratados (Fonte: Laboratório Boehringer-Ingelheim – [www.boehring-ingelheim.com.br/conteudo\\_imprensa\\_texto](http://www.boehring-ingelheim.com.br/conteudo_imprensa_texto))
- 18) *Tobacco Control in Developing Countries* – Media Information

## ÍNDICE

### DOS FATOS

- O tabaco e a difusão de seu consumo ..... 3
- O tabagismo e suas conseqüências ..... 6
- Danos ao fumante passivo ..... 13
- A necessidade de responsabilizar os fabricantes de cigarros ..... 16

### DO DIREITO

Primeira parte – A defesa e proteção do consumidor como fruto da evolução do Direito no sentido de atingir objetivos sociais do próprio Estado e corrigir imperfeições geradas pelo Capitalismo ..... 17

- A transformação do estado liberal no *Welfare State* e a evolução do Direito para proteger e defender o consumidor ..... 22
- A evolução do Direito para proteger e defender o consumidor ..... 26
- Liberdade de iniciativa econômica *versus* direito do consumidor ..... 29

Segunda parte – Direito dos fumantes ativos e passivos a indenização por danos materiais e morais sofridos em decorrência dos prejuízos à saúde provocados pelo consumo de cigarros

1ª Causa de Pedir: Responsabilidade do fornecedor decorrente do risco do empreendimento e do fato do produto no Código Civil

- Evolução do conceito de responsabilidade civil: teoria do risco e responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002 ..... 33

2ª. Causa de Pedir: o cigarro como produto defeituoso e a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no CDC

- Responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto no CDC ..... 38
- O defeito: lesividade e insegurança inaceitável .....39
- O cigarro como produto defeituoso ..... 40
- O cigarro como produto *sui generis* .....52

3ª. Causa de Pedir: vício de qualidade: o cigarro como produto impróprio ao consumo por nocividade à saúde. Violação do dever de segurança como ato ilícito

- Responsabilidade por vício de qualidade: impropriedade do produto nocivo à saúde ..... 56
- Violação da obrigação de fornecer produto inofensivo como ato ilícito ..... 56

O tabagismo e a interpretação dos dispositivos que disciplinam a responsabilidade civil

- Irresponsabilidade dos fabricantes de cigarros? ..... 61
- Irresponsabilidade como exceção ..... 72
- Notoriedade dos malefícios do cigarro ..... 74
- Dependência física e psíquica e vício do consentimento ..... 77
- Evolução do conceito de responsabilidade civil: irrelevância da licitude da atividade ..... 86
- Aplicação simultânea do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor ..... 90

Terceira parte – Os danos reparáveis sofridos por fumantes ativos e passivos

- Danos materiais e morais decorrentes das doenças provocados pelo hábito de fumar e pela inalação de fumaça por fumantes ativos .....91
- Dos direitos dos não-fumantes como vítimas do evento .....96

Quarta parte – Direito dos entes federativos a indenização por danos materiais sofridos pelo custeio de despesas com o tratamento e prevenção de doenças provocadas pelo consumo de cigarros

- A obrigação de indenizar os danos materiais ao patrimônio público decorrentes das despesas do Estado com tratamento e prevenção de doenças provocadas ou agravadas pelo fumo .....98
- *Tobacco Settlement*: vitória dos contribuintes norte-americanos ..... 104

Quinta parte – Ônus da prova

- Fato notório e ônus da prova ..... 105
- Teoria do risco, responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova ..... 107

Sexta parte – Os direitos coletivos

- Direitos individuais homogêneos dos fumantes ativos, passivos e de seus familiares .....110
  - Direito difuso à proteção do patrimônio público ..... 113
- OS PEDIDOS ..... 114

### **Promotoria de Justiça do Consumidor**

Rua Riachuelo, 115 – 1º andar - Sala 130 - Centro - São Paulo - SP - CEP 01007-000

Ofício nº                    /07

São Paulo, de julho de 2007

Senhora Procuradora:

Pelo presente levo ao conhecimento de Vossa Excelência que esta Promotoria de Justiça do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou, nesta data, ações civis públicas contra as principais fabricantes de cigarros do país (Souza Cruz S.A. e Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda.) pedindo o pagamento de indenização aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal por despesas decorrentes de gastos com prevenção e tratamento de doenças provocadas ou agravadas pelo tabagismo, conforme petição inicial cuja cópia segue anexa.

Nesse contexto, nos termos do art. 6º da Lei da Ação Civil Pública, formulo a presente **REPRESENTAÇÃO**, a fim de que o Ministério Público Federal possa estudar as medidas cabíveis visando o ressarcimento das mesmas despesas efetuadas pela União.

Do ensejo valho-me para apresentar protestos de respeito e consideração.

João Lopes Guimarães Júnior  
**1º Promotor de Justiça do Consumidor**

Excelentíssima Senhora  
Doutora ELISABETH MITIKO KOBAYASHI  
DD. Procuradora-Chefe da Procuradoria da República em São Paulo  
**Ministério Público Federal**  
Rua Peixoto Gomide, 768, 5º. andar  
São Paulo-SP – CEP 01409-904