

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL – DIR 2

GABRIELA EWALD RICHINITTI

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO

Porto Alegre

2016

GABRIELA EWALD RICHINITTI

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre

2016

GABRIELA EWALD RICHINITTI

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Aprovada em ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim
(Orientador)

Aos meus pais, Carlos e Lucia, à minha irmã, Fabiana, e à minha avó, Irene, pelo carinho, compreensão e amparo de sempre.

RESUMO

A monografia se propõe a tratar das questões relativas à responsabilidade civil da indústria do tabaco sob o enfoque das normas protetivas consubstanciadas no Código de Defesa do Consumidor. Na jurisprudência brasileira, o entendimento majoritário orienta-se no sentido de que, não sendo o cigarro um produto defeituoso, há fato exclusivo da vítima capaz de romper o nexo causal e afastar o dever indenizatório. Dados históricos, contudo, demonstram que, no passado, as empresas omitiram dolosamente os malefícios associados ao fumo, introduzindo no mercado um produto cujo potencial danoso era de conhecimento interno dos fabricantes, configurando o defeito de comercialização por descumprimento do dever de informar. Aos consumidores que começaram a fumar nesse período, o trabalho concluiu que são devidas indenizações pelos danos materiais e morais sofridos. Também se aventou a possibilidade de o Estado buscar a reparação civil por todo o prejuízo econômico e social causado pela atividade aos interesses coletivos. Aborda-se sob novas perspectivas um tema que, embora já se mostre relativamente assente nos Tribunais brasileiros, merece ser repensado à luz das funções hoje atribuídas ao instituto da responsabilidade civil, em atenção ao papel de regulação social exercido pelo direito na sociedade.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Consumidor. Cigarro. Indústria do Tabaco. Tabagismo. Boa-fé. Livre-arbítrio.

ABSTRACT

The monograph proposes to deal with the issues related to the civil liability of the tobacco industry, especially considering the protection rules contained in the Consumer Protection Code. In the Brazilian jurisprudence, the majority of the decisions seem to understand that, since cigarette is not a defective product, the exclusive fact of the victim ends up breaking the causal nexus and eliminating the indemnifying duty. However, historical evidences indicate that companies have willfully omitted the harmful effects associated with cigarettes in the past. They introduced into the consumer market a product whose harmful potential was known by the manufacturers, violating the obligation to provide information. Therefore, consumers who started smoking in this period have the right to obtain compensation for the material and moral damages they suffered. The possibility of the State plead civil reparation for all the economic and social damage caused by the activity was also proposed by the work. Although the question is relatively established in the Brazilian Courts, it deserves to be reconsidered. The functions currently assigned to the institute of civil liability, as well as the social regulation role that the law represents, provides a new perspective on the tobacco problem.

Keywords: Civil Liability. Consumer. Cigarette. Tobacco Industry. Smoking. Good Faith. Free Will.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO	14
2.1. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor	14
2.2. A boa-fé e o dever de informar	15
2.3. A responsabilidade objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor	20
2.4. O fato do produto	24
2.4.1. O fato gerador da responsabilidade do fornecedor: violação do dever de segurança	24
2.4.2. Defeito ou risco inerente?	25
2.4.3. O marco temporal para a responsabilização da indústria: a legislação antitabaco e o conhecimento da periculosidade do produto	34
2.4.4. Nexo causal entre o cigarro e o dano	41
2.4.3.1. A presunção de causalidade e a redução do <i>standard</i> de prova.....	41
2.4.3.2. O fato da vítima como excludente da responsabilidade	43
2.4.3.3. O defeito de comercialização e o fato concorrente da vítima	53
3. SOLUÇÕES PROCESSUAIS	56
3.1. Os litígios: as demandas individuais e coletivas.....	56
3.2. A privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos	57
4. CONCLUSÃO	65
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

Os avanços médico-científicos das últimas décadas comprovaram a nocividade do cigarro à saúde humana, bem como seu potencial viciante; estima-se que o produto comporte mais de 4 mil substâncias tóxicas¹, sendo considerado pela Organização Mundial da Saúde a principal causa de morte evitável no mundo todo². Por essas razões, pode-se dizer, de modo geral, que quem inicia o hábito nos dias atuais o faz de maneira razoavelmente consciente, uma vez que diversas políticas públicas foram implementadas para disseminar informações entre a população.

No passado, contudo, a indústria – entendida como o conjunto de fabricantes – omitiu dolosamente os riscos associados ao consumo de seu produto. Um episódio paradigmático, ocorrido no ano de 1994, demonstrou que as empresas de tabaco detinham informações alarmantes desde a década de 50. Na ocasião, aproximadamente quatro mil páginas de memorandos, relatórios, cartas e cópias de atas foram copiados ilegalmente entre 1988 e 1992, compreendendo um período de 30 anos de atividade da *British American Tobacco* e de sua subsidiária nos Estados Unidos, a *Brown and Williamson Tobacco Corporation*. Posteriormente, esses documentos internos foram vazados por um antigo empregado de uma das firmas de advogados, cuja identidade permaneceu resguardada sob o pseudônimo de “Mr. Butts”. Enviados ao professor Stanton Glantz, ativo militante contra o tabagismo, os papéis revelaram que as empresas sabiam do potencial viciante da nicotina, bem como dos malefícios das substâncias componentes do cigarro. Em maio de 1998, as companhias de tabaco de maior relevo dos Estados Unidos fizeram um acordo com o Estado do Minnesota; nas cláusulas desse acordo, obrigavam-se a tornar públicos os seus documentos internos, onde constavam pronunciamentos de técnicos, cientistas, assessores e advogados. Durante o tempo em que guardaram em sigilo essas informações, investiram em publicidade massiva, associando o produto a diversos ícones de beleza, vigor e bem-estar. Quando constataram a impossibilidade de

¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA). **Tabagismo passivo e ambientes livres da fumaça do tabaco**. Disponível em <[Http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/tabagismo-passivo](http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/tabagismo-passivo)>. Acesso em: 02/11/2016.

² BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **A ANVISA na redução à exposição involuntária à fumaça do tabaco**. 2009. P. 4.

formular um cigarro seguro, deixaram as decisões relativas às questões de saúde exclusivamente para os advogados.³

O esforço publicitário da indústria fez com que a epidemia do tabagismo se alastrasse pelo mundo, formando um mercado consumidor fidelizado pela dependência e renovado por fatores culturais que se enraizaram profundamente na sociedade. O cigarro tornou-se, portanto, um problema de saúde pública de difícil reversão.

No contexto brasileiro, a industrialização do tabaco ocorreu no início do século XX, marcadamente com a fundação da Souza Cruz em 1903, cujo controle acionário passou, já em 1914, à *British American Tobacco* (BAT). Conforme as técnicas publicitárias se desenvolviam – sobretudo na década de 50 –, o mercado consumidor ampliava-se; antes composto majoritariamente por homens, estendeu-se também ao público feminino. A partir de 1993, o Brasil passou a liderar a exportação de tabaco no mundo; entre os anos de 1980 e 2003, a produção interna aumentou em 70%, ao passo que, nos Estados Unidos, houve uma redução de 50%. Atualmente, a maior produtora de tabaco é a China. Percebe-se, portanto, que as estratégias da indústria voltaram-se aos países em desenvolvimento, onde, em razão da legislação branda e da fragilidade econômica, encontraram um ambiente perfeito para a disseminação de seu produto.⁴

A gradativa conscientização, possibilitada pelo aprofundamento dos estudos científicos e pela propaganda governamental, culminou nas primeiras leis antitabagismo. Nesse sentido, destacam-se a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, e a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que alterou substancialmente dispositivos da lei anterior, ampliando as medidas antitabágicas no que tange à restrição das propagandas em TV, rádio, jornais, revistas, *outdoor* e *merchandising*, limitando-as aos pontos internos de venda. Estabeleceu, ainda, um prazo de transição de dois anos para o encerramento dos contratos dos patrocínios esportivos.⁵

³ DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco. **Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 85-86.

⁴ Aliança de Controle do Tabagismo (ACTBr). **Histórico da indústria de tabaco**. Disponível em <<http://www.actbr.org.br/tabagismo/historico>>. Acesso em: 02/11/2016.

⁵ MIRRA, Antonio Pedro e ROSEMBERG, José. **A História da Luta Contra o Tabagismo no Brasil: Trinta Anos de Ação**. Disponível em <http://www.amb.org.br/teste/downloads/historia_comissaotabagismo.pdf>. Acesso em: 03/11/2016.

Percebe-se, portanto, que os esforços mais significativos quanto ao desestímulo do consumo de cigarro concretizaram-se apenas na década de 90, quando o costume já havia se alastrado sobre uma expressiva parcela da população brasileira. Cabe frisar que as multinacionais – em face do movimento antitabaco nos Estados Unidos, o qual ganhou força na segunda metade do século XX – intensificaram sua atuação nos países em desenvolvimento, onde encontraram uma grande potencialidade de mercado, dado o contingente populacional, e uma maior dificuldade para a elaboração de legislações restritivas mais rígidas.⁶ Pode-se dizer que o grave problema de saúde pública estava definitivamente instalado, e sua reversão dependeria – como ainda depende – de políticas governamentais, medidas legislativas e esforços da sociedade civil.

Nas ações judiciais hoje levadas a juízo, os fabricantes de cigarro recorrem inevitavelmente ao argumento do livre-arbítrio, de acordo com o qual o indivíduo, ao adotar o hábito de fumar – ou mesmo ao decidir mantê-lo –, o faz consciente de todos os malefícios. Desse modo, seria o único responsável pelos danos à sua saúde, assumindo voluntariamente os riscos.

O argumento do livre-arbítrio funda-se em uma premissa individualista ao pressupor a irrestrita liberdade de escolha do sujeito. Todavia, a liberdade não pode ser colocada como valor supremo, acima de todos os princípios que instruem o ordenamento jurídico; ademais, uma vez reconhecido o potencial viciante da nicotina, a qualidade desse livre-arbítrio resta prejudicada. Apesar da sólida comprovação científica de que as substâncias presentes no cigarro causam dependência física, psicológica e comportamental, alterando o funcionamento do cérebro do usuário, as decisões judiciais resistem à ciência. Em situações de grave dependência, o tabagismo – classificado pela Organização Mundial da Saúde como uma doença – acaba por tolher a autonomia do indivíduo, que não consegue avaliar com total lucidez os riscos que seu costume cotidiano projeta a um futuro muitas vezes longínquo. Os julgadores por certo não devem alhear-se às evidências médico-científicas; o que se

⁶ JAQUES, Tiago Alves; TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Legislação e Controle do Tabaco no Brasil entre o Final do Século XX e Início do XXI**. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/rbc/n_57/v03/pdf/02_artigo_legislacao_controle_tabaco_brasil_entre_final_seculo_xx_inicio_xxi.pdf>. Acesso em: 04/11/2016.

tem observado é a valoração excessiva de princípios abstratamente postos que nem sempre refletem os fatos da vida.⁷

Ademais, desconsideram-se dois outros fatores de elementar importância. Em primeiro lugar, em diversas demandas levadas ao apreço do Poder Judiciário, a vítima desenvolveu o vício em momento anterior à ampla disseminação de informações, na época em que a indústria se esforçava para encobrir o potencial nocivo do cigarro. De outra parte, o argumento do livre-arbítrio se afasta da realidade ao desconsiderar as volubilidades da natureza humana. Muitas são as circunstâncias biológicas, sociais e econômicas que enfraquecem a liberdade informada de escolha. A mais tangível delas diz respeito à idade em que comumente se experimenta o primeiro cigarro:

A prevalência de fumantes no mundo é de 1,3 bilhão, considerando-se pessoas com idade igual ou superior a 15 anos, constituindo um terço da população global. Desses, 900 milhões (70%) estão em países em desenvolvimento e 250 milhões (19,2%) são mulheres. O consumo anual é de 7,3 trilhões de cigarros, correspondendo a 20 bilhões ao dia. Cerca de 75.000 toneladas de nicotina são consumidas ao ano, das quais 200 toneladas são diárias. No Brasil, a estimativa é de 20,1 milhões de fumantes. Segundo a pesquisa Vigitel, considerando-se pessoas com idade igual ou superior a 18 anos, 14,8% da população brasileira são fumantes, desses 18,1% são homens e 12% mulheres. O consumo é de 97 bilhões de cigarros ao ano, devendo-se não ignorar os procedentes de contrabando.

O início do consumo do tabaco, em média, ocorre aos 13 e 14 anos de idade, com maior frequência entre as meninas, e raramente após os 19 anos (70% tornam-se dependentes). O Banco Mundial estimou, em 1999, que 100.000 adolescentes/dia iniciam o fumar, sendo 80% deles em países em desenvolvimento.”⁸

Além dos fatores individuais, o problema do cigarro precisa ser visto sob o viés coletivo; o fumo passivo e os custos sanitários e previdenciários decorrentes de enfermidades relacionadas ao tabagismo geralmente restam à margem dos fundamentos das decisões.

No tocante à responsabilidade civil das indústrias do tabaco, parece haver um descompasso entre as decisões judiciais – fundadas em premissas liberais que remontam a um modelo de Estado já superado – e o atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro. No decorrer dos séculos XX e XXI, a responsabilidade civil passou por um marcante processo de evolução, equiparável a

⁷ JOHNS, Paula. O controle do tabagismo, o tabagismo e o risco do negócio. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 429, p.24-25, dez. 2014.

⁸ ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, INCA e ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**. São Paulo, 2013. (Projeto Diretrizes). P. 4

uma verdadeira “revolução”. Buscando adequar-se às novas exigências sociais e econômicas, o instituto alargou seus domínios conforme se agravaram e multiplicaram as hipóteses de dano.

No Código Civil de 1916, a matéria encontrava-se disciplinada na cláusula geral insculpida no artigo 159, na qual se concretizava a doutrina subjetiva, fundada na culpa. No compasso das transformações socioeconômicas, o domínio da responsabilidade civil ampliou-se significativamente, de modo que o Código Civil de 2002 passou a prever também a responsabilidade objetiva para determinadas hipóteses. A gradativa complexificação do instituto decorreu da necessidade de oferecer respostas aos novos danos injustos surgidos na sociedade de consumo, atendendo à gama de direitos sociais e coletivos positivados principalmente a partir da Constituição de 1934. Hoje coexistem, portanto, as doutrinas da culpa e do risco, cada qual com seu âmbito próprio de incidência.

A resposta que se tem dado às demandas envolvendo a indústria do tabaco parece estagnada no tempo, alheia à evolução do sistema jurídico brasileiro. O Estado permanece inerte e conivente em face da atividade que é a maior causadora de mortes evitáveis do mundo inteiro. Parte-se do argumento individualista – cujos alicerces liberais remontam a uma concepção que já não espelha o perfil constitucional brasileiro – de que o fumante exerce seu livre-arbítrio, de modo que não caberia qualquer espécie de intervenção em sua esfera subjetiva. Assim, justifica-se uma postura omissa, que acaba por se opor aos interesses de toda a coletividade.

Ao longo da abordagem, os termos “hábito” e “vício” serão utilizados, por vezes, como sinônimos, uma vez que o vício pressupõe a habitualidade da conduta. Ademais, não se ignora que algumas pessoas – em razão das peculiaridades psíquicas, orgânicas e comportamentais de cada indivíduo – realmente fumam de maneira esporádica, não chegando ao estágio do vício. A dependência que caracteriza o tabagismo, contudo, atinge um percentual da população brasileira que não pode ser considerado irrisório.

O presente trabalho se propõe a repensar a questão da responsabilidade civil da indústria do tabaco à luz do novo paradigma jurídico que surge dentro da sociedade de consumo. Com base nas normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, buscam-se respostas possíveis e adequadas ao grave problema de saúde pública que

o cigarro representa, sendo responsável pela morte de aproximadamente 6 milhões de pessoas por ano no mundo inteiro⁹.

⁹ Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) **Informativo da CONICQ**. Disponível em <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/2784b28049176c34ae40bf0ece413a77/Informe+CONICQ+012.2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2784b28049176c34ae40bf0ece413a77>>. Acesso em: 21/09/2016.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO

2. 1. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao examinar a responsabilidade civil da indústria do tabaco, surge a questão relativa à legislação aplicável à matéria, sobretudo naqueles casos em que o fumante iniciou a prática antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, datada de 11 de março de 1991. Nesse tópico, três circunstâncias adquirem especial relevo: o ato jurídico perfeito, a defesa do consumidor e, finalmente, a aplicação imediata das normas de ordem pública.

O art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, em seu §1º, define o ato jurídico perfeito como aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Tal ato, que estaria salvaguardado pela irretroatividade das leis, não traduz a situação dos danos causados pelo cigarro, cujos efeitos indenizáveis se consumaram já sob a égide da legislação consumerista.

Há que se ter presente, ainda, a intenção do legislador ao promulgar o Código de Defesa do Consumidor. A sociedade de consumo desenvolvida no século XX expôs o indivíduo à massificação das relações e às influências cada vez mais intensas da publicidade, gerando uma situação em demasia assimétrica. Daí a necessidade de criar um instituto capaz de tutelar o consumidor, parte mais vulnerável da relação. Dessas circunstâncias emanam alguns princípios de importância hermenêutica, dentre os quais destacam-se o princípio da informação, da segurança, da interpretação mais favorável ao consumidor, da transparência e da boa-fé objetiva.¹⁰

A relação estabelecida entre o consumidor de cigarros e a indústria fornecedora é de trato sucessivo, perfectibilizada através de prestações continuadas ao longo do tempo. Por certo não seria razoável que o primeiro cigarro experimentado delimitasse a lei incidente sobre os casos de responsabilidade civil cujos danos consumaram-se anos depois, já na vigência da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. É justamente a reiteração da prática – o caráter continuado do vínculo entre as empresas e os usuários – que torna a atividade extremamente lucrativa, gerando os inúmeros danos à saúde. Ademais, como se trabalhará mais adiante, desde Roma a conduta das partes não podia ser de má-fé subjetiva; portanto, o dever de informar sobre os

¹⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 659-675.

malefícios conhecidos existia mesmo antes da imposição expressa do Código de Defesa do Consumidor.

2.2. A BOA-FÉ E O DEVER DE INFORMAR

Argumenta-se recorrentemente que, antes da Constituição de 1988, inexisteriam os deveres de informação nos parâmetros hoje estabelecidos pela boa-fé objetiva. Essa premissa visa a afastar da indústria a responsabilidade pelos danos causados às pessoas que desenvolveram a dependência do cigarro quando não havia qualquer informação acerca de seus malefícios – época em que as empresas, assumindo uma postura desleal, ocultavam a todo custo as evidências da nocividade de seus produtos à saúde humana.

A boa-fé objetiva enriquece as relações obrigacionais, impondo comportamentos éticos e a adoção de condutas leais e honestas entre os contratantes. Conforme Sergio Cavalieri Filho, *“boa-fé objetiva é o padrão de conduta necessária à convivência social para que se possa acreditar, ter fé e confiança na conduta de outrem”*. Sua observância é fundamental não apenas às relações contratuais privadas e de consumo, mas à organização e à convivência dos cidadãos dentro da sociedade. Inimaginável uma realidade comercial alheia às noções mínimas de lealdade, confiança, cooperação; todos esses deveres ligam-se à função de controle exercida pelo instituto. Nesse sentido, o referido autor explica que a *“expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação”* e que *“a boa-fé, em sua função de controle, estabelece um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo”*¹¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, a positivação da boa-fé sofreu variações; o Código Comercial de 1850 previu expressamente o princípio em seu art. 131, o qual dispunha que a interpretação das cláusulas do contrato seria regulada sobre as bases da *“inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”*.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 214-215.

Já o Código Civil de 1916 não fez qualquer menção expressa ao instituto; contudo, tal constatação não pode conduzir ao entendimento de que sua essência tenha desaparecido do nosso sistema. Em verdade, a boa-fé é pressuposto ao estabelecimento das relações contratuais, existindo desde a gênese do direito romano-germânico. Os institutos da *fides* e da *bona fides* do Direito Romano serviam ao exame da conduta das partes pactuantes, como demonstra Judith Martins-Costa, trazendo as lições de Paolo Frezza:

A difusão destes negócios no ordenamento romano e a própria inexistência da formalidade conduz a que, aqui, a *fides* já não se apresente – como nas relações de clientela e nos contratos formais – como *fit quod dicitur*, mas como uma *fides* não-formal. Seu moto, anota percutientemente Frezza, “poderia ser: *age quod agis*, isto é, informa o teu comportamento àquele desenho de ação ao qual tu e a tua contraparte consentiram”. A esta *fides* é que vem agregado o qualificativo “*bona*”.

E vem agregado o qualificativo *bona*, transmutando-se, definitivamente, em *bona fides*, porque, recorro ainda uma vez a Paolo Frezza, “é uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em vista o texto da fórmula promissória, mas ao próprio organismo contratual posto em si mesmo: não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer.”¹²

A mera supressão da boa-fé do texto do Código Civil de 1916 por certo não a extirpou da raiz de nosso ordenamento jurídico. Pode-se dizer que funcionou como como princípio latente até 1990, quando, no Código de Defesa do Consumidor, foi outra vez codificada, notadamente no art. 4º, III:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por 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, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.¹³

¹² FREZZA, Paolo. **Fides bona. Studi sulla buona fede**. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 115.

¹³ BRASIL, Presidência da República. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

Mais tarde, o instituto foi positivado também nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002. No art. 187, funciona como medida de restrição ao exercício de direitos subjetivos, coibindo práticas abusivas, como se observa do teor do dispositivo:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.¹⁴

Com efeito, o conteúdo da boa-fé pode variar ao longo do tempo, uma vez que seu reconhecimento implica certa carga de subjetividade, sendo volúvel às nuances dos tempos e a valores historicamente mutáveis; dessa forma, torna-se suscetível aos diferentes momentos por que passa a sociedade. Um direito alheio às exigências mínimas da boa-fé, contudo, é insustentável. Um ordenamento protetor de práticas desleais contraria a finalidade primordial do direito, pautado pela ideia de justiça e de harmonia social. A má-fé subjetiva viola o espírito do próprio ordenamento, representando uma afronta à sua razão de ser. Destarte, seja pela retroatividade do Código de Defesa do Consumidor ou pela presença latente e expressa da boa-fé na história do sistema jurídico brasileiro, o princípio opera também sobre os contratos consumeristas iniciados antes da vigência da Lei nº 8.078/90.

Uma vez que se entenda aplicável o princípio da boa-fé a todas as causas envolvendo a responsabilidade civil da indústria do tabaco, importa que se trace uma breve distinção entre a boa-fé objetiva – hoje adotada pelo Código de Defesa do Consumidor – e a boa-fé subjetiva.

Em sua faceta subjetiva, a boa-fé equivale a uma dimensão psicológica. O indivíduo acredita intimamente que procede de maneira adequada, sem transgredir a ordem jurídica ou lesar direito alheio. Já a boa-fé objetiva se manifesta como uma exigência de lealdade, como preleciona com maestria Miguel Reale:

Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, “a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de comportamento leal. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de “honestidade pública”.

¹⁴ BRASIL, Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

Concebida desse modo, a boa-fé exige que a conduta individual ou coletiva – quer em Juízo, quer fora dele – seja examinada no conjunto concreto das circunstâncias de cada caso.

No que tange à necessidade de examinar a boa-fé em consonância com o caso concreto, acrescenta o doutrinador:

Exige, outrossim, que a exegese das leis e dos contratos não seja feita in abstracto, mas sim in concreto. Isto é, em função de sua função social.

Com isto quero dizer que a adoção da boa-fé como condição matriz do comportamento humano, põe a exigência de uma “hermenêutica jurídica estrutural”, a qual se distingue pelo exame da totalidade das normas pertinentes a determinada matéria.

Nada mais incompatível com a idéia de boa-fé do que a interpretação atômica das regras jurídicas, ou seja, destacadas de seu contexto. Com o advento, em suma, do pressuposto geral da boa-fé na estrutura do ordenamento jurídico, adquire maior força e alcance do antigo ensinamento de Portalis de que as disposições legais devem ser interpretadas umas pelas outras.¹⁵

Contextualizando as lições acima com o problema da responsabilidade civil da indústria do tabaco, infere-se que a inobservância do dever de informar decorreu da má-fé com que as empresas omitiram, ao longo dos anos, o potencial danoso do seu produto. É verdade que a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor estabeleceram novos rigores à publicização dos efeitos adversos do cigarro, promovendo meios mais ostensivos de informar o consumidor. O dever de lealdade decorrente da boa-fé, porém, existiu muito antes desses textos normativos, remontando ao direito romano; seu conteúdo não se esvaziou completamente com a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Mesmo em sua índole liberal, fundada na autonomia da vontade, o Código anterior a 2002 não amparava condutas notoriamente voltadas ao ludíbrio da outra parte em proveito próprio. Essa postura viola frontalmente a boa-fé subjetiva, entendida como crença interna de que se age de maneira escorreita e minimamente ética.

A conduta de má-fé da indústria foi fundamental à disseminação da cultura do cigarro. Através da publicidade massiva, o hábito do fumo entranhou-se de tal forma no estilo de vida do povo que a tardia divulgação dos inúmeros malefícios a ele associados não foi suficiente para reverter o quadro: muitos tornaram-se dependentes, sobretudo em virtude das substâncias viciantes contidas no produto. As

¹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **A Boa-Fé no Código Civil**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 13/11/2016.

evidências que surgiram dentro da comunidade médica e científica a partir dos anos 1950 foram deliberadamente contraditadas e sufocadas pela indústria, como comprovam diversos documentos históricos. A paradigmática decisão da Juíza Gladys Kessler, da Vara Federal do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, proferida no processo Estados Unidos contra Philip Morris (multinacional produtora de tabaco e derivados), oferece, ao longo de mais de 1.700 páginas, um amplo panorama da deslealdade perpetrada pela indústria. A partir de um minucioso estudo desses registros, a juíza demonstrou que a relação entre o tabagismo e diversas doenças graves era do conhecimento das empresas já na década de 50:

509. Fumar cigarros causa doenças, sofrimento e morte. Apesar de reconhecer internamente esse fato, em público os réus têm, há décadas, negado, distorcido e minimizado os riscos do tabagismo. O conhecimento, por parte da comunidade médica e científica, da relação entre tabagismo e doenças evoluiu durante a década de 1950 e atingiu um consenso em 1964. No entanto, mesmo depois dessa data, os réus continuaram a negar tanto a existência desse consenso, como as esmagadoras evidências em que se baseava.

[...]

2. Pesquisas científicas sobre o câncer de pulmão até dezembro de 1953

a. Cientistas investigando a crescente incidência do câncer de pulmão estabeleceram uma ligação entre o fumo e a doença antes de 1953.

538. Virtualmente desconhecido como causa mortis em 1900, por volta de 1935 o câncer de pulmão já era considerado a causa de cerca de 4.000 mortes por ano.

539. O aumento dos casos de câncer de pulmão seguiu-se ao enorme crescimento no consumo de cigarros, ocorrido no começo do século XX.

541. Já em 1928, pesquisadores realizando um grande estudo de campo associaram a intensidade do tabagismo ao câncer.

547. Analisando os dados de pacientes com câncer de pulmão e do grupo de controle, no final do ano de 1948 e início de 1949, ficou claro para [Sir Richard] Doll e [Bradford] Hill [do Medical Research Council, uma unidade do National Health Service do Reino Unido] que o cigarro era o fator crucial no aumento de casos de câncer de pulmão... As descobertas eram impressionantes: dentre os 647 pacientes com câncer de pulmão, no estudo de Doll e Hil, todos os 647 eram fumantes.

b. Já em 1953, os réus reconheciam a necessidade de uma ação conjunta para confrontar a acumulação de provas das sérias consequências do tabagismo.

558. Os estudos relacionando o fumo ao câncer de pulmão começaram a receber atenção fora da comunidade científica por volta de 1953. Reportagens, como o artigo do Reader's Digest intitulado "Câncer em Maços", por exemplo, divulgavam as descobertas científicas na mídia nacional, gerando preocupações no público.

[...]

581. Em 1961, os editores do New England Journal of Medicine afirmavam que...:

...a maior parte das provas é estatística e demonstra uma forte associação entre o consumo intensivo de cigarros e o câncer de pulmão... Muitos observadores conscienciosos acreditam haver fortes indicações em favor de uma relação causal na grande maioria dos casos... Outros

permanecem não convencidos... Cada indivíduo deve escolher seu curso de ação seja cortejar a sedutora nicotina ou renega essa erva maldita, enquanto a busca pela verdade continua.

[...]

c. Durante a década de 1950, os Réus iniciaram uma campanha conjunta para, de má fé, negar e deturpar a existência de uma relação entre o tabagismo e doenças, ainda que seus documentos internos reconhecessem essa existência

625. Conforme escreveu William Kloefer, Vice-Presidente de Relações Públicas do Tobacco Institute, para Earle Clements, Presidente do mesmo instituto, internamente os Réus reconheciam que:

Nossa postura básica na controvérsia sobre o cigarro pode ficar sujeita à acusação, e mesmo à descoberta, de que estamos fazendo declarações falsas ou enganosas para promover a venda de cigarros.

[...]

664. Pelo menos a partir de janeiro de 1964, quando da divulgação do relatório do Surgeon General, os Réus sabiam que havia consenso dentro da comunidade científica de que fumar causava câncer de pulmão e outras doenças. Apesar disso, publicamente insistiam na tese de existir ainda controvérsia e disputa sobre descobertas científicas com respeito à conexão entre o tabagismo e doenças, sabendo que suas afirmações eram falsas.

824. De 1953 até pelo menos 2000, todos os Réus, sem exceção, repetidamente negaram com consistência e vigor – e má-fé – a existência de qualquer efeito nocivo do fumo para a saúde. Ademais, coordenaram-se para montar e financiar uma sofisticada campanha de relações públicas para atacar e deturpar as provas científicas que demonstravam a relação entre tabagismo e doenças, alegando que esta relação permanecia “uma questão em aberto”. Finalmente, ao fazê-lo, ignoraram a massiva documentação guardada em seus arquivos internos, gerada por seus próprios cientistas, executivos e profissionais de relações públicas, que admitia – assim como o Vice-Presidente de Pesquisa e Desenvolvimento da Philip Morris, Helmut Wakeham – haver “pouca base, naquele momento, para refutar as descobertas relatadas no Relatório do Surgeon General de 1964”.¹⁶

A exaustiva sentença da Juíza Kessler traz diversos outros pontos extremamente esclarecedores, como o uso da psicologia por parte das empresas para desestimular os fumantes a abandonarem o hábito, desacreditando as sólidas pesquisas que vinham sendo realizadas. Todas essas circunstâncias configuram a má-fé empregada ao longo de décadas, postura que terminou por espalhar o hábito do consumo de um produto extremamente nocivo ao redor do planeta, em especial nos países subdesenvolvidos, onde o acesso à informação é frágil e a legislação antitabagismo desenvolveu-se tardiamente.

2.3. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

¹⁶ ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris**. São Paulo: All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008. P. 9-11.

A responsabilidade dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos colocados em circulação está consubstanciada no parágrafo único do art. 931 do Código Civil:

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.¹⁷

Nesse ponto, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor disciplinam áreas comuns; devem ser lidos, portanto, coordenadamente, levando-se em conta a especificidade da legislação consumerista. De acordo com Sergio Cavalieri Filho:

[...] temos também aqui áreas comuns entre o Código Civil e o Código do Consumidor. Áreas, todavia, que se integram e se harmonizam – o que torna perfeitamente possível utilizar a disciplina do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor na interpretação e aplicação do art. 931 do Código Civil.¹⁸

Quanto à teoria do risco da atividade empresarial, ensina o doutrinador:

Pode-se dizer que o Código esposou aqui a teoria do risco empresarial ou do empreendimento, pela qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade empresarial ou comercial tem o dever de responder, independentemente de culpa, pelos riscos de eventuais vícios ou defeitos dos bens e produtos colocados no mercado. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

(...)

O que faz o empresário responder objetivamente pelos danos causados pelos produtos postos em circulação? Essa é a questão fundamental. São os eventuais defeitos que esses produtos tiverem. É assim é porque ninguém responde por aquilo a que não tiver dado causa, mesmo em sede de responsabilidade objetiva. E o dano só pode ser considerado causado por um produto quanto este tiver um defeito que o enseje. Destarte, dano que não tenha por causa um defeito do produto (e isso pode decorrer de diversos outros fatores, inclusive da própria conduta do usuário) não pode ser imputado ao empresário.

Neste ponto a disciplina do Código do Consumidor é mais detalhada e aprimorada, como já ressaltado, porque seu art. 12 refere-se expressamente ao defeito do produto como fato gerador da responsabilidade do fornecedor. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos

¹⁷ BRASIL, Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 226.

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”. Esses defeitos podem ser de concepção (criação, projeto, fórmula), de produção (fabricação, construção, montagem) e, ainda, de comercialização (informações, publicidade, apresentação etc.). São os chamados acidentes de consumo, que se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio.¹⁹

A responsabilidade objetiva do empresário – numa leitura coordenada com o disposto no Código de Defesa do Consumidor – decorre, portanto, não da mera inserção do produto no mercado, mas da efetiva existência de defeito. Entendimento diverso implicaria reconhecer que o art. 931 adotou a teoria do risco integral, o que seria inconcebível, pois imporá riscos desmedidos ao exercício da atividade econômica. Responsabilizar as empresas integralmente pelos danos decorrentes dos produtos postos em circulação, sem vincular o risco ao fato do produto defeituoso, poderia inclusive acarretar a paralisia do setor industrial, desestimulando-o, ainda, a implementar medidas de segurança e diligência. Com efeito, a redação do dispositivo, se lida isoladamente, pode conduzir a um entendimento errôneo de seu verdadeiro intuito.

Interessante perceber que, em virtude do conteúdo do art. 931, o qual não menciona o defeito do produto como requisito ensejador da responsabilidade civil, cria-se uma situação peculiar: os pareceres em favor da indústria do tabaco tendem a insistir na aplicação do CDC, apesar de o microssistema proteger, via de regra, o consumidor. É o que observam os professores Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald²⁰:

Não deixa de ser curioso notar que os pareceres que secundam a indústria do tabaco insistem em aplicar o CDC à relação entre as empresas fabricantes de cigarro e os fumantes (ou seus familiares). É um caso raro, na trilha histórico-cultural trilhada pelo direito do consumidor em nosso país. Em regra, até por intuitivas razões, o fornecedor luta por não aplicar o CDC às relações em que participa, dado o caráter nitidamente protetivo da norma, que busca declaradamente proteger o polo mais frágil da relação jurídica, o polo vulnerável, que é o consumidor. Mas o fenômeno, embora insólito, é fácil de ser explicado. É que, segundo imagina a indústria do tabaco, o Código de Defesa do Consumidor seria-lhes mais favorável. Nele, a responsabilidade do fornecedor, ainda que objetiva, estaria condicionada ao defeito do produto.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 227 e 228.

²⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 842-843.

E, sustentam, o cigarro não é defeituoso, apenas um produto de periculosidade inerente.

No Código Civil encontramos, ainda, a cláusula geral de responsabilidade objetiva do parágrafo único do art. 927: a responsabilidade pelo desempenho de uma atividade de risco:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.²¹²²

A redação do dispositivo sugere uma abrangência que, se interpretada em sua literalidade, conduziria ao entendimento de que todos os que exercem atividades de risco devem responder de maneira objetiva. Na sociedade de consumo, tal exegese não se sustenta; o mero risco não deflagra o dever de indenizar, que deve ser balizado pelas normas especiais. Assim, também este artigo precisa ser lido em consonância com o disposto no Código de Defesa do Consumidor, que, no §1º do art. 14, estabelece como fato gerador da responsabilidade pelo risco criado o defeito na prestação da atividade.²³

Tendo em conta a hermenêutica do art. 931 e do parágrafo único do art. 927 – que devem ser lidos à luz do CDC, pelas razões já expostas –, cabe avaliar se o cigarro pode ser considerado defeituoso quanto à sua concepção, produção ou comercialização, ou se apresenta um risco inerente à sua própria natureza e qualidade. Na última hipótese – sendo sua periculosidade tomada como normal e previsível –, restaria afastada a responsabilidade objetiva do fornecedor.

Certamente essa questão é tormentosa e merece uma análise detida, pois aí reside o cerne do problema da responsabilidade civil da indústria do tabaco.

²¹ BRASIL, Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

²² Ibidem.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 226.

2.4. O FATO DO PRODUTO

2.4.1. O fato gerador da responsabilidade do fornecedor: violação do dever de segurança

Conforme expõe Sergio Cavaliere Filho, o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é a violação do dever jurídico de segurança. O risco do empreendimento, por si só, não deflagra a obrigação de indenizar, pois se trata de mera probabilidade de dano. Fabricar um produto e colocá-lo em circulação ou mesmo exercer uma atividade perigosa não implica necessariamente a violação do dever jurídico.

Ao risco do consumo, contudo, a lei contrapõe o dever de segurança, tanto maior quanto mais acentuado se mostrar o risco. Nesse sentido, o art. 12, §1º, do Código de Defesa do Consumidor institui o dever de não lançar no mercado produto defeituoso; se o fizer e este causar acidente de consumo, o fornecedor responderá independentemente de culpa. Acrescenta o referido doutrinador:

“[...] Trata-se, em última instância, de um dever de idoneidade, um dever especial de segurança do produto legitimamente esperado. Portanto, para quem se propõe a 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 entender, o verdadeiro fundamento da responsabilidade do fornecedor.”²⁴

Produto defeituoso não oferece a segurança que dele legitimamente se espera; é claro que, em alguma medida, os bens de consumo oferecem alguma margem de risco. Com base na experiência comum, no entanto, estabelecem-se parâmetros de normalidade e expectativa com base nos quais é possível aferir se o produto corresponde às expectativas legítimas; o fato gerador da responsabilidade civil reside, portanto, no defeito, que vem qualificado no §1º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor:

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

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 550-551.

como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.²⁵

Deve-se averiguar se o produto atende às legítimas expectativas de seus usuários e se estes conheciam e conhecem a amplitude dos riscos associados ao consumo; o direito atua quando a insegurança ultrapassa o patamar de normalidade e previsibilidade. A repercussão externa do defeito do produto atinge a incolumidade físico-psíquica do consumidor e seu patrimônio, causando o acidente de consumo e gerando o direito a uma indenização.

No caso do cigarro, cabe questionar ainda se a informação prestada é capaz de penetrar a consciência do consumidor, considerando tratar-se de um produto cujos danos projetam-se a um futuro que se afigura distante e incerto; as advertências hoje disseminadas bastam para que haja uma assunção lúcida dos enormes riscos que, embora comprovados pela ciência, se esbatem num tempo ainda distante? Em suma, põe-se em contraste a real configuração biopsicossocial do ser humano – protegido pela gama dos direitos fundamentais – e o livre-arbítrio absoluto reiterado à exaustão pela indústria do tabaco em sua defesa; a formação psicológica do sujeito certamente não se isenta dos estímulos do ambiente onde nasce imersa, e tal circunstância não pode ser desconsiderada pelo ordenamento jurídico, sob pena de torná-lo um sistema abstrato e impotente em face da realidade.

2.4.2. Defeito ou risco inerente?

A distinção entre produto defeituoso e produto de risco inerente é visceral ao estudo da responsabilidade civil nas demandas envolvendo a indústria do tabaco. Isso porque o risco inerente – atrelado à natureza e à fruição do produto –, se cumpridos os deveres de informação, não gera a responsabilidade civil do fornecedor. Esse é um

²⁵ BRASIL, Presidência da República. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

dos argumentos mais comuns à defesa da indústria: sustenta-se que os malefícios do cigarro consistiriam em riscos normais e previsíveis, afastando o dever de indenizar eventuais danos.

A definição de risco inerente encontra-se no art. 8º do Código de Defesa do Consumidor:

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.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.²⁶

Sergio Cavalieri Filho conceitua o risco inerente como aquele atrelado à natureza, à qualidade ou ao modo de funcionamento da coisa; decorre, portanto, de sua própria fruição, atendendo às expectativas de normalidade e previsibilidade.²⁷

Essa espécie de risco não representa defeito do produto, desde que o fornecedor se desincumba do dever de informá-lo suficientemente ao usuário. Se não o fizer, haverá defeito de comercialização por deficiência informacional quanto à periculosidade intrínseca.

Já o defeito é vício grave, capaz de comprometer a segurança e de causar dano ao consumidor, caracterizando o fato do produto. Nesse sentido, escreve o doutrinador:

Fato do produto, portanto, “é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto. Seu fato gerador será sempre um defeito do produto; daí termos enfatizado que a palavra-chave é defeito.”²⁸

Conforme o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, o defeito pode ser de concepção, produção ou mesmo de comercialização, incluindo-se aí o descumprimento do dever de informar de maneira adequada e suficiente acerca dos riscos. A transparência nas relações consumeristas é o escopo da legislação protetiva.

²⁶ BRASIL, Presidência da República. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229.

²⁸ Ibidem, p. 549.

Como já foi dito, nas demandas envolvendo a indústria do tabaco, associada à tese do livre-arbítrio vem o argumento de que o cigarro possui risco intrínseco e que seus malefícios são previsíveis, conhecidos pelo consumidor. Ao contrário do risco adquirido – decorrente de um defeito sem o qual o produto não seria considerado perigoso –, o risco inerente não gera o dever de indenizar.

O professor Lúcio Delfino, referência no tema, traz importantes considerações quanto à dita periculosidade inerente ao cigarro, que merecem transcrição:

Não é o cigarro, entretanto, um produto de risco inerente. Não se pode, enfim, considerar os riscos de seu consumo normais em decorrência da sua natureza e fruição.

[...]

Mas o art. 8º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o produto de risco inerente é aquele considerado normal e previsível em decorrência também de sua fruição (diz o dispositivo “em decorrência de sua natureza e fruição”). Aqui ainda mais evidente a ausência de periculosidade inerente ao cigarro. Ou seja, mesmo que se aceite que a sociedade conheça, de maneira sedimentada, a natureza do cigarro, estando ciente dos riscos que ele é capaz de lhe causar, ainda assim impossível enquadrá-lo no contexto do art. 8º, justamente em razão do termo fruição, inserido também nesse dispositivo legal.

Fruir quer significar gozar, desfrutar. Quem fuma não tem como pretensão desfrutar, no futuro, de um câncer no pulmão ou de uma diminuição do desejo sexual. Não pretende, logicamente, perder grande parte da sensibilidade de seu paladar ou, ainda, gozar um envelhecimento precoce. Não existe no fumante o desejo de, ao adquirir um maço de cigarros, depreciar sua saúde ou de buscar sua morte prematura. Considerar esses fatos como verdadeiros seria o mesmo que admitir a premissa insustentável de existir no mundo mais de um bilhão de suicidas. Embora a maior característica do cigarro seja a de matar ou debilitar seus consumidores, essa não é a expectativa e quem o está adquirindo ou utilizando. Logo, também por esse ângulo, é despropositado defender que o cigarro seja um produto de periculosidade inerente.²⁹

A crítica é pertinente; com efeito, os danos experimentados revelam-se desmedidos se comparados à fruição do produto. É difícil crer que a sensação imediata de relaxamento e prazer proporcionada pelo cigarro compense todas as moléstias e limitações que seu uso reiterado – motivado pelas substâncias viciantes que ele comporta – projeta sobre o futuro. Por isso, questiona-se em que medida a assunção desses riscos é feita de forma lúcida, instruída pela razão. É natural que o sujeito acredite ter controle sobre os próprios desejos; ao experimentar os primeiros cigarros, dificilmente se imaginará acorrentado a substâncias que, à custa de sua

²⁹ DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco. **Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 96-97.

saúde, lhe tirarão a plena autonomia de determinar-se conforme o que é melhor para seu próprio bem. A sensação de autodomínio, contudo, se revela ilusória quando entra nessa equação uma série de variantes orgânicas, fisiológicas, culturais e psíquicas. Essa questão voltará a ser trabalhada no capítulo destinado aonexo de causalidade e ao fato da vítima. Por ora, cabe pontuar que a tese da assunção consciente dos riscos não é tão absoluta quanto a indústria quer fazer crer; aliás, atenta a isso, é justamente nas volubilidades do ser humano que ela investe os apelos de sua publicidade, buscando em jovens consumidores o mercado para seus nocivos produtos.

A satisfação momentânea que o cigarro propicia inaugura no indivíduo um processo que, pela reiteração de seus atos, possivelmente o induzirá a um estado de dependência causado pela nicotina. Livrar-se de um vício não é impossível, mas requer uma soma de esforço e determinação que varia de pessoa a pessoa; muitos não conseguem sem ajuda profissional, e a maioria não tem condições financeiras de buscá-la.

Embora haja farta evidência científica a corroborar o potencial viciante da nicotina, por que desprezar a experiência empírica, se é justamente sobre ela que o direito projeta seus efeitos? Não é difícil lembrar algum parente, amigo ou conhecido que, em momentos de angústia, recorre a um cigarro, como se ali residisse a solução para qualquer problema ou aflição; aí se percebe o aspecto psíquico da dependência. Quando um tabagista leva à boca seu cigarro, o sistema cerebral de recompensa é ativado; trata-se apenas de uma sensação física e transitória de tranquilidade, que, advindo o efeito depressor, precisa ser realimentada pela tragada seguinte. Numa visão macro, considerando toda a expectativa de vida do usuário, o tabaco não é apenas impotente à construção do bem-estar: ele é devastador, origem de inúmeras moléstias e sofrimentos. Portanto, pode chamar-se a isso “fruição”? Em última análise, qual a medida de liberdade que contém o verbo “fruir”?

A ciência médica explica de que forma a nicotina desencadeia os três aspectos característicos da dependência: compulsão, tolerância e síndrome de abstinência. O mecanismo se assemelha ao da cocaína e da heroína:

Ao atingir o cérebro, a nicotina se propaga por todas as áreas (tálamo, hipotálamo, hipocampo, núcleo acumbens, tronco cerebral) até o córtex, agindo no sistema mesolímbico-dopamínico. Devido a sua estrutura molecular ser semelhante a da acetilcolina, ela interage com os receptores colinérgicos presentes nas membranas de muitos neurônios, que passam a

se chamar então de receptores nicotínicos-acetilcolínicos (nAChRs), e ficam distribuídos nas regiões periféricas e centrais do cérebro.^{14,34,35} A administração continuada de nicotina altera a estrutura do Sistema Nervoso Central (SNC), aumentando a densidade dos nAChRs entre 100% a 300%, havendo uma alteração da fisiologia do SNC.³⁰

Como ensina o médico pneumologista Dr. Ricardo Henrique Sampaio Meirelles, esses receptores nicotínicos liberam neurotransmissores e neuroreguladores como a dopamina, a beta-endorfina e a serotonina, associados ao prazer, à euforia e à redução da ansiedade.

Em face de sua natureza viciante, a fruição acaba por se tornar compulsória, num conveniente esquema que aporta volumosos lucros às empresas, enquanto a sociedade e os fumantes compartilham todo o ônus do negócio³¹. À guisa de reflexão, cabe inquirir: qual a utilidade do cigarro, senão aquela incutida pela própria indústria, que, por meio de uma agressiva publicidade, criou a atmosfera de glamourização em torno de um produto extremamente nocivo? Ou ainda: em que medida a dita fruição não se resume à alimentação de um vício desencadeado propositalmente no organismo do consumidor? Os deveres da boa-fé e os mais basilares princípios éticos restam cumpridos quando as empresas, após induzirem o indivíduo à dependência química, esquivam-se à responsabilidade pelos danos físicos e psíquicos causados? Um produto que contém aproximadamente 4.700 substâncias tóxicas e que não oferece nenhum benefício nutricional possui riscos que podem ser considerados normais e previsíveis dentro de um sistema que protege direitos fundamentais? Existe verdadeira fruição na necessidade compulsória associada a um vício? A respeito do potencial viciante da nicotina não faltam evidências médico-científicas:

A dependência da nicotina é um processo que envolve a inter-relação entre farmacologia, fatores adquiridos (ou condicionadores), socioambientais e comportamentais.

A nicotina é uma substância química que tem como fonte principal a folha do tabaco. Assim, qualquer derivado do tabaco (cigarro, charuto, cachimbo, cigarrilhas, narguilé, rapé, rabaco mascado e outros) possui nicotina.

A absorção da nicotina presente na fumaça de charuto e cachimbo ocorre pela mucosa oral, já no cigarro, a absorção da nicotina ocorre nos alvéolos pulmonares. Esse fato explica a razão de fumantes de charuto e

³⁰ MEIRELLES, Ricardo Henrique Sampaio. **Tabagismo e DPOC – dependência e doença – fato consumado**. Disponível em:

<<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/49f57c0047df1e7586f4cf9ba9e4feaf/artigo-tabagismo-dpoc.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=49f57c0047df1e7586f4cf9ba9e4feaf>>. Acesso em: 24/11/2016.

³¹ JOHNS, Paula. O controle do tabagismo, o tabagismo e o risco do negócio. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 429, p.24-25, dez. 2014.

cachimbo não tragarem a fumaça, enquanto os de cigarro precisam trazer para a nicotina ser absorvida nos pulmões.

Após ser absorvida, a nicotina chega ao cérebro entre 7 e 19 segundos e interage com receptores presentes na periferia dos neurônios. Esses receptores liberam uma série de substâncias químicas, especialmente dopamina, que leva a uma forte sensação de prazer e euforia, fazendo com que o indivíduo continue fumando. Portanto, podemos afirmar que o fumante não fuma porque quer, e sim porque precisa repor nicotina³².

Apesar de lhe ser atribuída a morte de metade de seus usuários regulares, o cigarro é considerado lícito pelo ordenamento jurídico. Na verdade, ainda que sua comercialização fosse tornada ilícita em razão de sua excessiva nocividade, a lei provavelmente não teria os efeitos desejados; o contrabando se intensificaria, e o direito entraria em franco descompasso com a realidade. Em suma, tornar o tabaco proibido seria contraproducente. Na raiz dessa impotência do Estado está justamente a dependência de que padece boa parcela da população, bem como o ambiente de aprovação social que a indústria conseguiu construir em torno de um produto extremamente maléfico, empregando, ao longo de décadas, práticas desleais e violadoras dos mais basilares preceitos da boa-fé. Portanto, também a licitude da atividade não é fundamento para atestar a normalidade de seus riscos.

Hoje em dia, contudo, pode-se defender que não há mais defeito na comercialização do cigarro; a disseminação de informações e os diversos avisos que vêm impressos às carteiras – com imagens chocantes e frases de forte impacto – visam a alertar o usuário acerca dos riscos a que está exposto. Quem inicia o hábito atualmente tem acesso – ao menos objetivamente, considerando o público em geral – às sombrias perspectivas que sua decisão acarreta. É claro que essa postura não partiu espontaneamente da indústria, que inclusive questiona judicialmente diversas políticas regulatórias. Elas têm, contudo, se mostrado relativamente eficazes no combate ao tabagismo, que experimentou uma redução de aproximadamente 50% nos últimos 20 anos.³³

A lei brasileira não obriga que o produto colocado no mercado ofereça absoluta segurança; também não estabelece níveis máximos para os riscos considerados admissíveis, de modo que um produto causador da morte de metade de seus usuários

³² ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, INCA e ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**. São Paulo, 2013. (Projeto Diretrizes). P. 7-8.

³³ JOHNS, Paula. O controle do tabagismo, o tabagismo e o risco do negócio. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 429, p.24-25, dez. 2014.

regulares ainda pode ser isento de defeito, desde que atenda à segurança dele esperada. No caso do cigarro, a peculiaridade reside no fato de que não se espera segurança alguma, pois, conforme alertas impressos nos maços pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)³⁴, não há níveis seguros de consumo³⁵; tampouco a exposição passiva à fumaça pode ser considerada segura. Apenas nesse sentido admite-se a ausência de defeito: a expectativa legítima de segurança sobre o cigarro implica reconhecer que seu consumo não pode ser considerado seguro em nenhuma medida. Precisamente essa característica, inerente à sua essência, vem sendo objeto de exaustivas políticas regulatórias, veiculando-se a informação – ou, antes, o alerta – já nos rótulos, no primeiro contato do consumidor com a embalagem. A medida mostra resultados: um produto evitável que comporta riscos tão significativos deve vir sempre acompanhado de avisos contundentes, como se também estes lhe fossem intrínsecos. Tornar a sombra dos malefícios onipresente à experimentação do cigarro tem se revelado um modo parcialmente eficaz de desestimular o consumo.

Pelas razões já expostas, o consumidor atual pode prever os riscos associados à nocividade do cigarro; ainda que desproporcionais à fruição, são normalmente esperados. Embora se possa questionar se as informações cumprem o objetivo de instruir o sujeito em uma escolha lúcida, o público em geral reconhece que, intrínsecos ao tabaco, há inúmeros danos potenciais à saúde. Quanto aos fumantes que iniciaram o hábito após a ampla disseminação desse conhecimento por meio de políticas públicas e legislativas de conscientização e restrição, não se vislumbra hipótese de responsabilidade civil das indústrias nas demandas individuais, porquanto desaparece o defeito de comercialização.

No entanto, no passado, inegável que esse defeito existiu. As empresas, em patente má-fé, associavam o tabaco a diversos ícones de beleza, esporte e valentia, atuando ativamente para ocultar e desacreditar os indícios que surgiam na comunidade científica. Muitos fumantes ingressaram na dependência de maneira ingênua, acreditando que incorriam em uma prática totalmente inócua, cedendo às intensas pressões da publicidade:

³⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução - RDC nº 335, de 21 de novembro de 2003**. <http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/resol/2003/rdc/335_03rdc.htm>. Acesso em: 24/11/2016.

O cinema, em especial, foi uma benção para a indústria do tabaco – em particular na segunda metade do século passado. O merchandising – que ainda não tinha essa denominação – era largamente usado. O merchandising é uma espécie de publicidade em que o consumidor não identifica claramente que está diante de uma peça publicitária. Nós vemos, por exemplo, o personagem se deliciar com determinada marca de refrigerante no meio da trama da novela ou do cinema. Trata-se de modo sutil e sedutor de conquistar consumidores. Muitas gerações de adolescentes começaram a fumar tentando, de certo modo, imitar o que viam nas grandes telas de cinema. Nada mais impactante para corações e mentes adolescentes do que ver – sobretudo no final do filme, quando o mal foi vencido e o amor eterno se insinua – o herói acendendo um cigarro, uma espécie de descanso dos justos. Impossível não querer fazer igual.

LÚCIO DELFINO, estudioso do tema, pondera que “mediante uma estratégia sofisticadíssima, pautada na omissão de informações acerca dos males do fumo, na negativa e ataque de esclarecimentos científicos apontando esses males, e em técnicas requintadas de marketing massivo, a indústria do fumo, astuciosamente, estabeleceu uma aura positiva em torno do tabagismo.”³⁶

A liberdade individual e o direito de dispor sobre o próprio corpo inegavelmente constituem aspectos a serem protegidos nas sociedades que prezam pela igualdade – ao menos formal – entre seus cidadãos. Ocorre que a qualidade dessa liberdade também deve passar por um constante exame crítico, considerando os vetores econômicos e culturais que a moldam. No passado, a publicidade ostensiva operada pela indústria efetivamente vendeu uma ideia falsa a respeito do cigarro, ao associá-lo a promessas de bem-estar, identificando-o com homens e mulheres que simbolizavam beleza e saúde. Os consumidores, ao projetarem-se nesses ícones, pensavam estar adquirindo para si as qualidades que vislumbravam em seus ídolos; em verdade, semeavam um porvir de perspectivas inversas àquelas imagens exaustivamente propagadas.

O emblemático cigarro entre os dedos dos *cowboys* nos filmes de faroeste – popularizados sobretudo entre as décadas de 40 e 60 – exemplifica de que forma o cinema serviu à disseminação do fumo; a publicidade investia pesado nessa associação. A figura do *Marlboro Man*, criada por Leo Burnett em 1955, é considerada uma das mais brilhantes campanhas publicitárias de todos os tempos. Os anúncios cobriam páginas inteiras de revistas e geralmente mostravam um *cowboy* solitário que

³⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 834.

representava os anseios de independência, virilidade, coragem e rebeldia de uma sociedade que desenhava seus contornos no pós-guerra.³⁷

Infelizmente, vários desses atores que encarnavam as personagens glamourizadas pelo cigarro acabaram padecendo de doenças tabaco-relacionadas. Wayne McLareu e David McLean morreram em 1992 e 1995, ambos vítimas de câncer de pulmão; no fim da vida, tornaram-se ativistas antitabagismo, convictos de que os longos anos de fumo haviam sido responsáveis por suas dolorosas doenças. David Millar Jr. faleceu em 1987 em decorrência de enfisema pulmonar; já Eric Lawson foi vítima de doença pulmonar obstrutiva crônica em 2014. Muitas pessoas que começaram a fumar sob a influência desses ícones seguiram o destino de seus ídolos.

As duas grandes guerras também contribuíram para o fortalecimento da indústria; o cigarro era distribuído como ração e lenitivo a soldados exaustos e famintos. O relato do escritor alemão Erich Maria Remarque, que lutou na Primeira Guerra Mundial, mostra essa estreita relação entre tabaco e guerra. Merece transcrição uma breve passagem de sua célebre obra “Nada de Novo no Front”:

O mais espantoso, porém, é que as rações de fumo também foram dobradas. Para cada um, havia dez charutos, vinte cigarros e dois rolos de fumo de mascar – é muita atenção! Troquei meu fumo de mascar pelos cigarros de Kaczinsky, o que significa para mim quarenta cigarros; já dá para um dia.³⁸

Foi nesse caldo cultural que um enorme contingente de pessoas ao redor do mundo desenvolveu o vício de fumar. A partir da década de 60, quando vieram à tona os relatórios mais contundentes revelando os danos decorrentes das substâncias que compõem o cigarro, a cultura popular já o havia assimilado e formado um imaginário coletivo bastante sólido. Nos últimos anos, a junção de esforços governamentais, bem como de organizações da sociedade civil e da comunidade médico-científica, vem alcançando objetivos consideráveis no que tange à redução do consumo; contudo, trata-se de uma batalha cujo fim permanece incerto, pois muitas pessoas ainda ingressam ou permanecem no tabagismo.

Destarte, antes que os riscos do cigarro fossem conhecidos por seu público consumidor, houve defeito de comercialização por insuficiência de informação. Como

³⁷ WEST, Katherine M. **The Marlboro Man: The Making of an American Image**. Disponível em: <<http://ruby.fgcu.edu/courses/tdugas/ids3301/acrobat/marlboroman.pdf>>. Acesso em 25/11/2016.

³⁸ REMARQUE, Erich Maria. **Nada de Novo no Front**. Traduzido por: Helen Rumjanek. São Paulo: Abril Cultural, 1981. P. 7.

já se sustentou, embora não existisse, no período que antecedeu a Constituição Federal de 1988, norma expressa obrigando o fabricante a divulgar o potencial nocivo de seus produtos, esse dever decorria da boa-fé, que jamais foi estranha ao direito pátrio. Não se afigura razoável admitir que o ordenamento jurídico tenha passado a proteger comportamentos negociais desleais, como a omissão dolosa de informações de tamanha importância. Para os consumidores que começaram a fumar sob o efeito de publicidade insidiosa, não houve o desenvolvimento de um livre-arbítrio qualificado pela consciência do que estavam a assumir para seus futuros; desconheciam a nocividade inerente ao produto e, portanto, descumprido o dever de informar, verificou-se o defeito de comercialização capaz de gerar a responsabilidade civil. Como preleciona Sérgio Cavalieri Filho:

O dever de informar, portanto, também serve de fundamento para a responsabilidade do fornecedor, cuja violação pode leva-lo a ter que responder pelos riscos inerentes, não por defeito de segurança do produto ou do serviço, mas pelo defeito de informação ou de comercialização, que envolve a apresentação, a publicidade e a informação inadequada a respeito da sua nocividade ou periculosidade. É por isso, por exemplo, que determinados medicamentos devem indicar na embalagem ou na bula todos os efeitos colaterais que podem causar, e só podem ser vendidos com prescrição médica.³⁹

Diga-se, para encerrar esse ponto, que o defeito de comercialização não ficou circunscrito a tempos pretéritos: ele reverbera seus efeitos na saúde pública da atualidade, uma vez que espalhou um produto nefasto, cujos danos seguem aparecendo. A publicidade, afinal, atua não apenas no sentido de divulgação de um objeto de consumo, mas na criação de necessidades, valores e ideais; por essa razão, deve incidir sobre a mentalidade das massas de maneira responsável. Deixar ao consumidor todo o ônus, isentando uma grande indústria que, no passado, se comportou de maneira conscientemente desleal, é inconcebível. Ademais, o argumento de que inexistia exigência de comportamento diverso não prospera.

2.4.3. O marco temporal para a responsabilização da indústria: a legislação antitabaco e o conhecimento da periculosidade do produto

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 553.

Admitida a responsabilidade da indústria do cigarro pelos danos causados aos consumidores que começaram a fumar antes da divulgação pública e suficiente dos riscos intrínsecos ao produto, bem como da extensão de seus malefícios, impõe-se a pergunta: em que momento se pode considerar cumprido o dever de informar? Esse marco temporal não é de fácil obtenção, pois o histórico da legislação antitabaco encaminhou-se paulatinamente à construção de uma sociedade consciente, capaz de exercer um livre-arbítrio qualificado pela informação. À jurisprudência caberá a tarefa de fixar um marco razoável para aferir a responsabilidade; o histórico da legislação antitabaco e a gradativa reprovação social que começou a estreitar-se em torno do cigarro oferecem elementos elucidativos ao deslinde desse ponto.

Na década de 60, com a divulgação de alarmantes relatórios e estudos epidemiológicos, as primeiras leis antitabagismo começaram a ser discutidas, embora ainda sem resultar em aprovação no Congresso Nacional:

No contexto de crescimento das preocupações médicas em relação ao fumo, os primeiros projetos de lei (PL) para o seu controle entraram na pauta do Congresso Nacional. Em 1964, o deputado Eurico de Oliveira, eleito pelo antigo Estado da Guanabara, encaminhou um projeto que propunha a proibição da propaganda de derivados do fumo em qualquer meio de comunicação. No ano seguinte, outro projeto seu sugeria a instituição de um imposto adicional para o combate ao câncer. Ainda em 1965, Pedro Marão, Deputado Federal pelo Estado de São Paulo, e Ivan Luz, eleito pelo Paraná, encaminharam diferentes PL determinando a impressão de advertências sobre o risco de câncer nos maços de cigarros. Marão ainda elaborou um segundo PL prevendo a proibição da venda de cigarros para menores de dezoito anos. Até o final da década, outros cinco projetos relacionados ao controle de fumígenos foram encaminhados ao congresso. Todos foram arquivados.

Durante a década de 1970, presenciou-se uma escalada de PL para o controle do tabaco no Congresso Nacional. Gonçalves encontrou 79 projetos nessa década, contra nove na década anterior. Trinta e cinco deles previam algum tipo de regulação da propaganda de cigarros e da distribuição de brindes pelas empresas de fumo. Também havia muita preocupação com a venda de cigarros para menores de 18 anos (11 projetos) e com a regulação do uso de fumo nos transportes coletivos, aéreos ou terrestres, bem como em locais públicos. Entre as proposições, seis exigiam controle sanitário sobre os cigarros fabricados no Brasil, três sugeriam a inserção de advertências sobre os malefícios do uso do tabaco nas embalagens de cigarros, quatro sugeriam taxas sobre os produtos derivados do fumo para serem destinadas à Saúde Pública, dois propunham o tema do tabagismo e seus males no currículo escolar e, por fim, um projeto propunha uma Semana Nacional de Combate ao Tabagismo.⁴⁰

⁴⁰ JAQUES, Tiago Alves e TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Legislação e Controle do Tabaco no Brasil entre o Final do Século XX e Início do XXI**. Rio de Janeiro : Instituto Nacional de Câncer, 2011. Disponível em:

<http://www1.inca.gov.br/rbc/n_57/v03/pdf/02_artigo_legislacao_controle_tabaco_brasil_entre_final_s_culo_xx_inicio_xxi.pdf>. Acesso em: 26/11/2016.

A partir de 1964, portanto, já se percebiam esforços legislativos que, respaldados por estudos científicos sólidos, consideravam a necessidade de impor restrições ao tabaco. Na década de 70, os projetos de lei proliferariam no Congresso Nacional; ao menos 79 deles foram encaminhados, preocupados sobretudo com o controle da publicidade, com a venda de cigarros a menores de 18 anos e com o fumo em transportes coletivos aéreos e terrestres, bem como em locais públicos. Tratava-se, contudo, de uma série de investidas respaldadas por conhecimentos médicos que ainda careciam de consenso social; provavelmente por tais razões tenham resultado infrutíferas.

No final da década de 70, importantes nomes da pneumologia começaram a fazer coro em favor da regulação do tabaco. Em abril de 1980, o tema foi capa da Revista Veja, semanário de grande circulação: informavam-se aos leitores os malefícios do tabaco, traçando um panorama a respeito da forma pela qual o assunto vinha sendo enfrentado em outros países, em especial nos Estados Unidos. A matéria destacou, ainda, a importância da produção de fumo para a economia brasileira, na época responsável por 35,5% da arrecadação total do IPI – o dobro da indústria automobilística –, salientando o fraco desempenho do governo na aprovação de medidas de controle do tabagismo.⁴¹

Interessante observar que, na mesma edição da revista Veja, a matéria que expunha a problemática do fumo entre as páginas 76 e 82 – intitulada “A epidemia do século” – convivia com uma peça publicitária da Souza Cruz que cobria uma página inteira, anunciando o cigarro Advance através do seguinte texto:

“Advance. A segunda geração de cigarros de baixo teor. Menos alcatrão, menos nicotina, mas com sabor. Isto é evolução. A Souza Cruz garante os baixos teores de alcatrão e nicotina.”⁴²

Percebe-se que as empresas operavam ativamente no contrafluxo das incipientes campanhas antitabagismo que surgiam em território brasileiro, vendendo a falsa sensação de que os cigarros “light”, com menores teores de alcatrão e nicotina, representavam uma evolução; implícita à mensagem publicitária estava a ideia de que era possível fumar – ou continuar fumando – sem acarretar graves danos à saúde. Ao

⁴¹ Ibidem.

⁴² **VEJA**. São Paulo: Editora Abril, n. 606, abril/1980. Semanal.

“garantir os baixos teores de alcatrão e nicotina”, o fabricante parece dizer que garantia, em última instância, a segurança do produto que colocara no mercado – e que há décadas já sabia ser extremamente nocivo, especialmente em virtude da nicotina e do alcatrão, que, em maiores ou menores doses, têm efeito danoso ao organismo humano.

Aos poucos, através da insistência de algumas lideranças nacionais da área médica, construiu-se um terreno fértil para a aprovação de medidas efetivas de cerco ao cigarro. A primeira legislação de regulamentação do tabagismo no Brasil só viria a ser aprovada em 1986, apenas dois anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda assim, tratou-se de uma medida simbólica, que não restringiu em nada os abusos das empresas. A Lei Federal nº 7.488/86 instituiu o dia 29 de agosto como o “Dia Nacional de Combate ao Fumo”; sua importância reside, portanto, em seu pioneirismo, rompendo simbolicamente um longo período de resistência, impassibilidade e descrença.⁴³

Embora represente um marco legislativo na matéria, não se pode dizer que a sociedade brasileira estivesse enfim consciente e informada dos malefícios do cigarro. Em uma equação imediatista que não considerava os custos que a atividade acarretava à saúde pública e ao bem-estar da população, o próprio Estado resistia diante da importância econômica do fumo.

A luta da classe médica – que ainda enfrentava resistências de ordem social, econômica e institucional – transformou-se em ação política quando o Ministério da Saúde assumiu a condução do movimento; essa mudança coincidiu com a redemocratização do país, momento em que o órgão passou a preocupar-se mais com o aspecto preventivo da saúde pública, em uma nítida mudança ideológica de perspectiva. Os problemas relacionados ao fumo passivo colocaram em relevo o tema da poluição ambiental causada pelo tabaco; percebeu-se que não apenas o indivíduo era afetado em sua liberdade de escolha, mas todos aqueles que com ele conviviam.

A Constituição de 1988 implementou uma política de saúde baseada em um sistema unificado e descentralizado, atribuindo ao Estado um papel de atuação mais amplo. O art. 196 coloca a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido

⁴³ JAQUES, Tiago Alves e TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Legislação e Controle do Tabaco no Brasil entre o Final do Século XX e Início do XXI**. Rio de Janeiro : Instituto Nacional de Câncer, 2011. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/rbc/n_57/v03/pdf/02_artigo_legislacao_controle_tabaco_brasil_entre_final_s_culo_xx_inicio_xxi.pdf>. Acesso em: 26/11/2016.

mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”⁴⁴; vê-se a que patamar foi elevado o direito à saúde no novo perfil constitucional brasileiro.

No que concerne especificamente à regulamentação, o art. 220 lançou os alicerces necessários para a elaboração de leis antitabaco com fundamento constitucional. Seu conteúdo é expresso no sentido de conferir competência à União Federal para estabelecer restrições às propagandas comerciais de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, determinando a inclusão, sempre que necessário, de advertências sobre os malefícios decorrentes de seu uso.⁴⁵

No mesmo ano de 1988, o Ministério da Saúde elaborou a Portaria nº 490, que obrigou as companhias de cigarro a estamparem nas embalagens de seus produtos a seguinte frase: “O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde”. Como se vê, a cláusula é branda e não dimensiona para o consumidor a extensão dos riscos a que ele se sujeita; trata-se de informação ainda insuficiente à formação de um livre-arbítrio verdadeiramente pleno e autônomo. Basta pensar que, no vasto campo dos bens de consumo “prejudiciais à saúde”, incluem-se desde refrigerantes até raticidas; ao cigarro faltava, ainda, a precisão informacional capaz de caracterizar a transparência na relação entre fabricante e consumidor.

Já em 1989, um projeto de lei elaborado pelo deputado Elias Murad buscou regulamentar o art. 220 da nova Constituição:

Além da regulamentação da propaganda de cigarros, bebidas e remédios, o projeto previa a proibição do uso de cigarros e outros produtos fumígenos em recintos coletivos privados ou públicos, salvo em áreas destinadas a esse fim, devidamente isoladas e com arejamento suficiente. O projeto ressaltava ainda a proibição em repartições públicas, hospitais e postos de saúde, salas de aula, bibliotecas, recintos de trabalho coletivo e salas de teatro e cinema.⁴⁶

O projeto de Murad se consubstanciaria na Lei nº 9.294 apenas em 1996; uma Portaria Interministerial de 1995, no entanto, já determinava a utilização de advertências nas embalagens de cigarros, impondo também restrições à publicidade.

⁴⁴ BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 03/12/2016.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

Com a nova legislação, a veiculação de anúncios televisivos ficou restrita ao horário compreendido entre as 21 e 6 horas; mensagens de advertência passaram a acompanhar a publicidade, impressas a pôsteres, cartazes, revistas e jornais, bem como às próprias embalagens de cigarro. A advertência que vinha estampada nos maços desde 1988 – “o Ministério da Saúde adverte: fumar faz mal à saúde” –, de teor vago, foi remodelada, passando a apresentar frases mais concretas: "fumar pode causar doenças do coração e derrame cerebral"; "fumar pode causar câncer de pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar"; "fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê"; "quem fuma adoece mais de úlcera do estômago"; "evite fumar na presença de crianças" e "fumar provoca diversos males a sua saúde". Avanços significativos ocorreram com a Medida Provisória nº 1.814 de 1999, no sentido de tornar os alertas mais contundentes:

[...] Em 1999, a Medida Provisória nº1.814 permitiu ao Ministério da Saúde definir novas advertências. O termo “pode causar” foi substituído pelo termo “causa”, tornando as frases mais diretas e enfáticas. Novos temas também foram introduzidos.

É importante ressaltar que, apesar de a Lei Elias Murad ter se mostrado um importante instrumento para a ampliação das restrições ao fumo, ela mostrou-se falha por não prever punição ao fumante infrator, e não definir claramente as regras com relação aos fumódromos e aos locais que não o possuem, permitindo inclusive que as companhias de cigarros elaborassem estratégias para o abrandamento da aplicação da Lei. [...].⁴⁷

A Lei nº 10.167, de dezembro de 2000, restringiu a publicidade do fumo à parte interna dos locais de venda, impedindo a associação do produto a atividades esportivas; baniu de vez a propaganda comercial na televisão, no rádio, no cinema e em meios impressos. Proibiu a propaganda por meio eletrônico, inclusive na internet, bem como a propaganda indireta contratada – denominada merchandising – e aquela veiculada em estádios, pistas, palcos ou locais similares. Vedou, ainda, o fumo em aeronaves (que, por questões de segurança, já era repellido) e demais meios de transporte públicos, entre outras disposições. A constitucionalidade da lei foi questionada através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade; a esse tempo, no entanto, o fechamento do cerco ao tabaco revelava-se inevitável. Já não havia como colocar a livre expressão comercial à frente do direito à saúde e à salubridade dos ambientes.

⁴⁷ Ibidem.

Com base nessa breve contextualização histórica, observa-se que foi apenas na década de 90 que se efetivou o cumprimento do dever de informar por parte dos fornecedores. A indústria em momento algum agiu de maneira espontânea ou conforme os imperativos da boa-fé; houve, isso sim, uma imposição legislativa a perfectibilizar esse dever. De qualquer forma, o risco inerente ao cigarro passou ao conhecimento da população em geral e as informações tornaram-se acessíveis. Pode-se afirmar que o consumidor obteve informação clara e correta sobre o produto, de modo que o defeito de comercialização do cigarro deixou de existir. Saliente-se que as advertências não tiveram força para desconstruir em um instante o que décadas de publicidade insidiosa trataram de incutir na cultura popular; a diminuição gradativa do consumo de cigarros é um projeto que se estende até os dias de hoje, cujo fim ainda se afigura distante e utópico.

A Portaria Interministerial nº 477, de 24 de março de 1995, ao determinar o teor das advertências sobre os males provocados pelo consumo de tabaco e produtos derivados, e a posterior Lei Federal nº 9.294/96, impuseram os contornos precisos das informações a serem prestadas; são, portanto, marcos importantes na legislação antitabagismo.⁴⁸

Com base no histórico da regulamentação do cigarro no Brasil, cabe à jurisprudência fixar uma divisa temporal razoável para delimitar a responsabilidade civil da indústria do tabaco. Em suma: as pessoas que começaram a fumar depois desse marco temporal objetivamente fixado não têm direito a indenizações pelos danos causados pelo cigarro, porquanto iniciaram o consumo de um produto de periculosidade inerente quando já conheciam – ao menos hipoteticamente – a extensão de seus malefícios. Àqueles que iniciaram o hábito – ou vício, a depender do grau de dependência física e psicológica – antes desse marco temporal são devidas indenizações pelos danos experimentados, uma vez que esses consumidores não podiam prever os riscos a que estavam sendo expostos, por defeito de informação.

O direito opera sobre uma realidade complexa, e as respostas às questões que visa a solucionar encerram inevitavelmente essa complexidade. A escolha de um

⁴⁸ BRASIL, Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Anexo à portaria interministerial nº. 477, de 24 de março de 1995**. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito_Telecomunicacoes/TextoIntegral/ANE/prt/conjunta_19950324_477.pdf>. Acesso em: 27/11/2016.

marco temporal deve considerar o histórico evolutivo da legislação para determinar em que ponto as advertências adquiriram transparência, tornando-se claras e suficientes ao consumidor; essa data serve, ainda, como um coeficiente isonômico para o tratamento dos inúmeros litígios individuais.

2.4.4. Nexo causal entre o cigarro e o dano

Embora a doutrina não se mostre unívoca ao elencar os pressupostos da responsabilidade civil, a relação de causa e efeito é imprescindível mesmo na responsabilidade objetiva. Ao fornecedor cabe o ônus de provar alguma das excludentes de responsabilidade, afastando esse nexos causal. As defesas da indústria do tabaco concentram-se no liame de causalidade para fundamentar a tese de sua irresponsabilidade quanto aos danos sofridos pelos fumantes.

2.4.3.1. A presunção de causalidade e a redução do *standard* de prova

A questão do nexos de causalidade se revela particularmente delicada quando se constata que a prova inequívoca da relação causal entre o tabaco e as doenças a ele associadas é impossível de ser trazida aos autos pelo consumidor. Em função disso, recorre-se à prova indiciária, baseada em estatísticas e em máximas de experiência nem sempre admitidas pelos julgadores.

O Brasil é um dos países signatários da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (*Framework Convention on Tobacco Control*), que, em seu art. 8º, assim dispõe: “as partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade”⁴⁹. A relação de causalidade está, portanto, reconhecida no texto do tratado internacional internalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O caráter multifatorial das doenças tabaco-relacionadas, comumente alegado pelas empresas em suas teses defensivas, não basta para afastar o nexos causal entre o uso prolongado do cigarro e o dano a ele vinculado. Comprovar de forma inequívoca que a moléstia decorreu do hábito de fumar consiste em prova praticamente

⁴⁹ CONVENÇÃO QUADRO PARA O CONTROLE DO TABACO = *Framework Convention on Tobacco Control*. **Texto oficial**. 2012. Rio de Janeiro: Flama. 1ª Reimpressão. Elaborado por: Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) – Ministério da Saúde.

impossível de ser produzida. Nos termos do art. 6º, VIII, do CDC⁵⁰, a defesa dos direitos do consumidor deve ser facilitada, “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 experiência”.

O Novo Código de Processo Civil introduziu, em seu art. 375, o exame do conjunto probatório sob “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvando, quanto a estas, o exame pericial”. Embora questionável o teor desse dispositivo, que pode induzir o julgador a um excessivo subjetivismo, verifica-se que o ordenamento jurídico adota também as máximas de experiência e o senso comum como parâmetros para aferir a correspondência da prova com os fatos, colocando o exame pericial em primeiro lugar. Portanto, a depender das peculiaridades de cada caso concreto, a inversão do ônus da prova acabaria por impelir a indústria à difícil missão de provar que o cigarro não tem relação com os danos a ele atribuídos pela comunidade médico-científica e pela consciência coletiva hoje já sedimentada. Como escreve Lúcio Delfino:

No que se refere, especificamente, à demonstração de causa e efeito entre a enfermidade (ou morte) e o consumo de cigarros (ou exposição à sua fumaça tóxica), a indústria do tabaco tem argumentado tratar-se de prova impossível. Vale-se de tal discurso notadamente naquelas situações em que a inversão do ônus probatório é objeto de requerimento; advoga a tese de que inverter o encargo probatório em tais casos seria fadá-la ao insucesso, uma vez que essa prova seria diabólica.

Ocorre, data vênia, que tais hipóteses não denotam prova diabólica; muito pelo contrário, dizem respeito a questões de ordem eminentemente técnica, e que, por conseguinte, apresentam-se passíveis de demonstração pelos meios de prova legitimamente admissíveis. Ainda que se aceite, em alguns casos, a impossibilidade de se aferir, com absoluta certeza, que o cigarro foi o causador ou teve participação preponderante no desenvolvimento da enfermidade ou na morte de um consumidor, é perfeitamente possível chegar-se, mediante a análise de todo o conjunto probatório, a um juízo de presunção (oriundo de provas indiciárias) sobre a relação que o tabagismo (ou exposição ao cigarro) teve num determinado acidente de consumo.

[...]

Advertir-se: nada há de errado em permitir ao juiz decidir por meio de um critério pautado em presunções (prova indiciária), sobretudo diante de

⁵⁰ BRASIL, Presidência da República. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

casos complexos envolvendo pluralidade de causas e condições, em que a relação desenvolvida é eminentemente de consumo.⁵¹

O *standard* de prova corresponde ao grau de evidência necessário para que o julgador se convença da veracidade dos fatos; em matéria de direito do consumidor, ante a impossibilidade do atingimento de uma prova inequívoca, a preponderância de prova basta à condenação. A parte vulnerável na relação consumerista deve ter condições razoáveis de atingir o *standard* de prova que dela se exige.

Ao consumidor cabe fazer prova, portanto, de que efetivamente começou a fumar quando não havia informação necessária acerca dos malefícios do cigarro, período em que se verificou o fato antijurídico ensejador da responsabilidade civil. É comum que haja fidelização a alguma marca específica, que pode ser demonstrada mediante prova documental ou testemunhal, identificado o agente ao qual o dano é imputável. Ademais, deve haver prova mínima de que o hábito de fumar prolongou-se por tempo suficiente para ter causado o resultado, e que não se deu de forma meramente esporádica. Tais elementos formam um conjunto probatório capaz de convencer o julgador.

2.4.3.2. O fato da vítima como excludente da responsabilidade

Entre as excludentes de responsabilidade do fabricante, além da inexistência de defeito do produto, também o fato exclusivo do consumidor é motivo de ruptura do nexo causal. Embora o Código de Defesa do Consumidor fale em “culpa exclusiva”, trata-se de terminologia equivocada, que destoa da precisão técnica verificada no microsistema. Em verdade, o elemento “culpa” é mera característica atrelada à conduta, de modo que não é examinada na responsabilidade objetiva, onde tudo se resolve no âmbito do nexo de causalidade. Basta, portanto, que haja conduta da vítima produzindo exclusivamente o resultado:

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,

⁵¹ DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco. **Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 91-92.

apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

§ 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.⁵²

Para Teresa Ancona Lopez, o fato exclusivo da vítima reside no uso abusivo e prolongado do produto, mesmo depois que o consumidor já conhecia seus riscos. Argumenta a doutrinadora que o fumo, ao contrário das drogas ilícitas e do álcool, não provoca um estado de consciência alterado; assim, o fumante permanecerá com a vontade e o intelecto íntegros. Parar de fumar seria, portanto, mera decisão pessoal, sobretudo porque, conforme a professora, o conhecimento sobre o vício e os males do tabaco pertence à consciência coletiva há pelo menos um século. Em sua obra “Nexo Causal e Produtos Potencialmente Nocivos”, menciona alguns artigos jornalísticos e livros publicados já no século XIX. Defende que “o conceito de fumo como produto viciante dentro do imaginário popular é simultâneo à descoberta desta planta nas Américas”.⁵³

No que tange à consciência coletiva dos malefícios relacionados ao cigarro industrializado, o presente trabalho concluiu de forma diversa, por tudo o que já se expôs a respeito da publicidade insidiosa e da má-fé da indústria. Ainda que artigos escritos por jornalistas e médicos tenham eventualmente abordado a questão, não se tratava de consciência uníssona do consumidor médio, muito menos de cumprimento do dever de portar-se conforme a boa-fé por parte do fabricante; e, se alguns documentos históricos demonstram que há muitas décadas já se utilizava o termo “vício” para designar o tabagismo, também essa circunstância não demonstra que os riscos eram de notório conhecimento do público. Admitir essas suposições implicaria contrariar o histórico de disseminação do fumo industrial no Brasil e no mundo, especialmente no que tange à forma como as empresas o introduziram no mercado. A publicidade trabalhou a tal ponto no sentido de desconstruir qualquer associação

⁵² BRASIL, Presidência da República. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

⁵³ LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 93-101 e 147.

entre tabaco e doença que a prática chegou a ser associada à saúde, inclusive como um hábito prazeroso dos médicos:

“Mais médicos fumam Camel do que qualquer outro cigarro”. A frase, que hoje faria tremer qualquer associação de medicina, está estampada num anúncio de cigarro da marca Camel criado em 1946. Houve um tempo em que o hábito de fumar, além de elegante, fazia bem à saúde. Essa era a pretensão de uma poderosa indústria tabagista que, em busca de consumidores, recrutou médicos, dentistas e até bebês a seu favor. “Puxa, mamãe, você realmente gosta dos seus Marlboros”, diz outro anúncio polêmico que estampa a foto de uma criança. [...] ⁵⁴

Quanto ao fato exclusivo da vítima, escreve Teresa Ancona Lopez:

Considerando-se que o cigarro só causa males se fumado por muito tempo, ou em grande quantidade, esse menor (mesmo absolutamente incapaz) vai ter tempo hábil de desistir antes de ser vítima dos possíveis danos causados por esse vício. Portanto, a excludente de culpa exclusiva do consumidor poderá, nesses casos, ser aplicada. Os males do fumo só se dão a longo prazo e são previsíveis e evitáveis. Além disso, a decisão de continuar fumando na idade adulta ratifica seu ato anterior. ⁵⁵

A linha de argumentação que vislumbra no fato exclusivo da vítima a excludente de responsabilidade da indústria do tabaco tem conduzido o entendimento em muitos julgados. O livre-arbítrio do fumante e seu conhecimento a respeito do potencial nocivo do cigarro são frequentemente mencionados nas decisões.

O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça orienta-se por esses vetores. No Resp 886.347-RS, julgado em maio de 2010, de relatoria do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, entendeu-se que a vítima “optou por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar, valendo-se de seu livre-arbítrio”. Saliente-se que, no caso concreto, havia começado a fumar em 1988, ano em que passou a vir estampada nos maços de cigarro a frase: “O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde”. Ademais, ao ser advertido de que deveria parar de fumar, “ignorou as orientações médicas nesse sentido”.

Já no REsp 1.113.804/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em junho de 2010, fundamentou-se que, antes do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.294/96, não havia dever jurídico de informação que impusesse às

⁵⁴ VERA, Andres. **Quando fumar fazia bem à saúde**. Revista Época, out. 2008. Exclusivo online. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI14584-15254-2,00-QUANDO+FUMAR+FAZIA+BEM+A+SAUDE.html>>. Acesso em: 29/11/2016.

⁵⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: A experiência brasileira do tabaco**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P.145.

indústrias do fumo conduta diferente daquela praticada no passado. Quanto ao livre-arbítrio, eis o que constou na decisão:

Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta "contaminação propagandista" arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre.

Diante do exposto nos capítulos anteriores e das objeções acima colacionadas, extraídas junto à doutrina e à jurisprudência do STJ – as quais espelham grande parte das decisões dos Tribunais Estaduais –, há que se examinar se existe efetivamente fato exclusivo da vítima a justificar o rompimento absoluto do nexos causal entre a conduta da indústria – entendida como o conjunto de empresas que industrializam o tabaco – e o dano. Nesse ponto, cabe salientar que se analisa a responsabilidade naqueles casos em que o hábito ou vício desenvolveu-se antes da divulgação suficiente de informações, prolongando-se sucessivamente no tempo até que emergissem os prejuízos à saúde do consumidor – é em relação a esses resultados que se aventa a hipótese de indenização por danos materiais e morais.

A solução passa por reconhecer no tabaco seu potencial viciante, o qual vem sendo desprezado pelas decisões judiciais. Nesse aspecto, o direito deve buscar na ciência médica e na psicologia seus fundamentos; contudo, muitas vezes se observa uma postura ideológica dos julgadores, que acabam por introjetar na fundamentação suas convicções pessoais do que venha a ser o livre-arbítrio. Há dificuldade em projetar no outro uma carga cultural e uma construção psíquica distintas; num país de dimensões continentais e desigualdades socioeconômicas abissais, o tão evocado “homem médio” certamente não se parece com aquele bem instruído a que o Estado atribui a função de interpretar e aplicar a norma jurídica. Como já se disse nesse trabalho, o direito não deve acorrentar-se a critérios axiológicos abstratamente postos – como aqueles que grassam a liberdade irrestrita do ser humano dentro da sociedade de consumo –, mas à realidade factível. Ao equiparar a aquisição da primeira carteira de cigarros à compra de um veículo, o Eminentíssimo Ministro Luis Felipe Salomão retira da equação fatores inafastáveis; ao contrário do cigarro, um carro é um bem útil, e seus riscos realmente podem ser considerados “normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”, pois não causam a morte de metade de seus compradores.

Ademais, não se trata de demonizar a publicidade como se ela tolhesse totalmente a liberdade do indivíduo; trata-se, isso sim, de analisá-la à luz dos parâmetros éticos positivados pelo ordenamento jurídico, reconhecendo seu poder de manipulação de desejos e exigindo, ao menos, que os produtos anunciados correspondam à mínima segurança que deles se espera.

Importa salientar que o próprio tabagismo se caracteriza como doença, uma vez que a Organização Mundial da Saúde (OMS) o classificou como transtorno mental e comportamental devido ao uso de fumo na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (CID 10). A íntima relação entre tabaco e pobreza é um sintoma de que a informação não atinge de maneira uniforme todos os segmentos da população brasileira; pode-se dizer, em suma, que alguns indivíduos são mais livres do que outros. O incentivo e apoio médico, psicológico e mesmo social para o tratamento do tabagismo também varia conforme o grau de escolaridade e as condições socioeconômicas:

Essa situação é agravada pelo fato de que em muitos países, incluindo o Brasil, o cigarro é muito mais acessível economicamente do que alimentos. Um estudo que comparou o custo de um maço de cigarros com o custo de 1 quilo de pão, usando o índice “minutos de trabalho necessários para comprar ambos os itens”, mostrou que no Brasil o custo de um quilo de pão chega a ser quase três vezes maior do que o custo de 1 maço de cigarros (Guidon et al., 2002).

[...].

Em 2001, um inquérito realizado pelo INCA no município do Rio de Janeiro, mostrou que embora a prevalência de fumantes tenha diminuído, a proporção de fumantes entre pessoas de baixas renda e escolaridade manteve-se maior do que entre os grupos de maior renda e escolaridade. Entre os analfabetos e entre as pessoas com grau de escolaridade de 1 a 4 anos, a prevalência foi de 26% para ambos os grupos de escolaridade, quase 50% maior do que a prevalência observada nos grupos que apresentavam de 9 a 11 anos de estudo e com mais de 12 anos de estudo, que registrou 17% para cada um dos grupos. A mesma tendência foi observada nos grupos classificados pela faixa de renda: a prevalência de tabagismo entre as pessoas com renda igual ou menor a 2 salários mínimos foi 23,5%, ao passo que entre os que recebiam acima de 20 salários a prevalência de fumantes foi 16,5%.⁵⁶

Portanto, o indivíduo que começou a fumar sem conhecimento dos malefícios pode perfeitamente ter se tornado a tal ponto dependente do cigarro que o sucesso em abandoná-lo posteriormente passou a não depender apenas de sua vontade; não

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer (INCA). **Dados sobre Tabaco e Pobreza: um círculo vicioso**. 2004. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/c5db030047eb01b18a1acf9ba9e4feaf/Tabaco_e+_pobrez a.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c5db030047eb01b18a1acf9ba9e4feaf>. Acesso em: 30/11/2016.

se trata de resolver sobrestar o consumo, mas de curar-se. De acordo com o IBGE, dados do ano de 2008 indicam que, dos cerca de 25 milhões de brasileiros fumantes, 52,1% pensavam em parar. Até 2014, contudo, a queda no número de fumantes foi de 20,5%; embora a redução seja expressiva, os percentuais mostram que não se trata de puro e simples ato de vontade.⁵⁷⁵⁸

Há diversos fatores que contribuem para enfraquecer ainda mais a hipótese do fato exclusivo da vítima. Em alusão ao célebre título do romance de Gabriel García Márquez, podemos dizer que hoje cada carteira de cigarro traz no verso a verdadeira “crônica de uma morte anunciada”, com imagens chocantes de membros amputados ou tomados pela gangrena, fetos abortados, pessoas em estado de agonia e corpos achacados pelas mais terríveis doenças. Ainda assim, é possível que tais advertências não bastem para que o consumidor se projete naquelas imagens. Por certo, não cabe ao jurista determinar a efetividade da penetração desses alertas na consciência e na racionalidade do ser humano; a ciência jurídica não deve cegar-se em seu hermetismo, mas buscar sempre o diálogo transdisciplinar com as outras ciências. No que tange ao livre-arbítrio e à escolha racional, a psicanálise parece capaz de oferecer respostas mais fundamentadas. Apenas à guisa de ilustração, cabe trazer um excerto da obra de Sigmund Freud, discorrendo a respeito da forma como o indivíduo se posiciona diante da perspectiva do próprio fim:

De fato, é impossível imaginar nossa própria morte e, sempre que tentamos fazê-lo, podemos perceber que ainda estamos presentes como espectadores. Por isso, a escola psicanalítica pôde aventurar-se a afirmar que no fundo ninguém crê em sua própria morte, ou, dizendo a mesma coisa de outra maneira, que no inconsciente cada um de nós está convencido de sua própria imortalidade.⁵⁹

Se, por um lado, o indivíduo é livre para dispor de sua própria saúde e bem-estar, ele também é suscetível às influências publicitárias, às pressões do ambiente onde forma sua personalidade e às fraquezas e paixões que o tornam humano. Nas

⁵⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Tabagismo**. 2008. Disponível em:

<<http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/publicacoes/tabagismo.pdf>>. Acesso em: 30/11/2016.

⁵⁸ BRASIL, Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer (INCA). **Número de fumantes no Brasil cai 20,5% em cinco anos**. 2014. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#safe=off&q=numero+de+fumantes+cai+em+5+anos+inca>>. Acesso em: 30/11/2016.

⁵⁹ FREUD, Sigmund. Reflexões para os tempos de guerra e morte. **A História do Movimento Psicanalítico, Artigos sobre a Metapsicologia e outros trabalhos (1914-1916)**. Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. XIV. P. 327.

representações da cultura, o fumo ainda aparece com frequência relacionado ao intelecto, à virilidade, à sensualidade, ao espírito de aventura e à coragem; o cinema contribui para reverberar até hoje essas associações, que certamente influem no imaginário social, embora com menos vigor do que décadas atrás. A localização geográfica e o momento da vida em que os fumantes aderem ao hábito também merece atenção: situam-se sobretudo nos países periféricos e começam a fumar na juventude. Essas circunstâncias – por revelarem um perfil de usuário vulnerável – enfraquecem o argumento da decisão consciente:

A prevalência de fumantes no mundo é de 1,3 bilhão, considerando-se pessoas com idade igual ou superior a 15 anos, constituindo um terço da população global. Desses, 900 milhões (70%) estão em países em desenvolvimento e 250 milhões (19,2%) são mulheres. O consumo anual é de 7,3 trilhões de cigarros, correspondendo a 20 bilhões ao dia. Cerca de 75.000 toneladas de nicotina são consumidas ao ano, das quais 200 toneladas são diárias. No Brasil, a estimativa é de 20,1 milhões de fumantes. Segundo a pesquisa Vigitel, considerando-se pessoas com idade igual ou superior a 18 anos, 14,8% da população brasileira são fumantes, desses 18,1% são homens e 12% mulheres. O consumo é de 97 bilhões de cigarros ao ano, devendo-se não ignorar os procedentes de contrabando.

O início do consumo do tabaco, em média, ocorre aos 13 e 14 anos de idade, com maior frequência entre as meninas, e raramente após os 19 anos (70% tornam-se dependentes). O Banco Mundial estimou, em 1999, que 100.000 adolescentes/dia iniciam o fumar, sendo 80% deles em países em desenvolvimento.⁶⁰

No tocante à idade em que comumente se consolida o hábito, eis as constatações da psicóloga Mônica Andreis e da médica cardiologista Jaqueline Scholz Issa:

Assim, o termo livre-arbítrio tem sido utilizado para representar a possibilidade de livre escolha do ser humano. Supõe que o indivíduo seja dotado de plena capacidade de apreciação das opções de escolha e tenha preservada a liberdade de agir de acordo com a sua vontade.

Nada mais distante da realidade quando refletimos sobre a iniciação e manutenção do tabagismo.

Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) revelam que 90% das pessoas começam a fumar ainda na adolescência. No Brasil, pesquisa do CEBRID apontou que a idade média de iniciação é de 13,3 anos. Assim, é preciso explicitar que quem decide experimentar produtos de tabaco, na esmagadora maioria das vezes, são crianças e jovens, e não adultos, no Brasil e no mundo todo.⁶¹

⁶⁰ ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, INCA e ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO . **Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**. São Paulo, 2013. (Projeto Diretrizes). P. 4

⁶¹ ANDREIS, Mônica; ISSA, Jaqueline Scholz. Livre arbítrio e o consumo de cigarros e outros produtos de tabaco. **Revista científica virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP – direito e tabaco**. São Paulo: OAB/SP. Nº 17, 2014, p. 44-51.

Como se vê, o contato dos jovens com o tabaco costuma ser extremamente precoce: no Brasil, a idade média estimada é de 13,3 anos. Vale lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º, define como criança a pessoa de até 12 anos e adolescente a pessoa com idade entre 12 e 18 anos⁶². Já o Código Civil de 2002⁶³ – mantendo os parâmetros do Código Civil de 1916 – estabelece que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos. Justamente por divisar nesses indivíduos uma formação psíquica ainda inapta a ponderar com adequado discernimento todas as implicações de seus atos e escolhas é que o ordenamento jurídico busca protegê-los, inclusive tolhendo parte de sua autonomia. Esses dispositivos bastam para desterrar as teses fundadas na irrestrita liberdade de agir do consumidor. As investidas da indústria sobre a juventude muitas vezes se dão de maneira subliminar, com apelos publicitários que operam sobre os anseios desse público:

Como se vê, aquele indivíduo que normalmente começa a fumar ainda criança ou adolescente não possui discernimento pleno capaz de proporcionar-lhe condições de entender e de determinar-se de acordo com esse entendimento (vontade consciente). O Código Civil brasileiro reza que somente os maiores de 18 anos é que são plenamente capazes de exercer os atos da vida civil. É nessa faixa etária que as indústrias fumígenas depositam seus maiores investimentos, como, por exemplo, a adição de sabores nos cigarros e a publicidade que estimula aventura, desafios e a seguir seus próprios instintos.⁶⁴

Quanto aos ensinamentos da experiência e sua penetração nos mecanismos do Estado e no espírito humano, Reinhart Koselleck traz, na obra “Futuro Passado – Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos”, a reflexão do abade Rubert Kornmann:

É destino dos Estados, assim como do homem, tornar-se sábio apenas quando já passou a oportunidade de sê-lo.

⁶² BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 04/12/2016.

⁶³ BRASIL, Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

⁶⁴ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Vulnerabilidade e Estratégia – Os Dois Lados de Uma Mesma Moeda. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 429, p.24-25, dez. 2014.

Mais adiante, reproduzindo as reflexões do Conde Reichhard, dirigidas a Goethe, pondera a respeito da forma como essas experiências se diluem no tempo e se perdem na leitura parcial que tanto os povos quanto os Estados fazem do presente:

O senhor tem toda razão, prezado amigo, naquilo que diz sobre a experiência. Para os indivíduos ela chega muito tarde, para os governos e povos ela não chega a existir. Isso se dá porque a experiência já vivida manifesta-se concentrada em um único foco, ao passo que aquela ainda por se concretizar estende-se ao longo de minutos, horas, dias, anos e séculos. Em consequência disso, aquilo que é semelhante nunca parece sê-lo, pois, no primeiro caso, vê-se apenas o todo, e no segundo, apenas partes isoladas.
65

Aqueles que defendem a irresponsabilidade das empresas fumígenas não ignoram a problemática do livre-arbítrio, mas buscam solucioná-la desprezando o potencial viciante da nicotina. Pressupõem que, para o enfrentamento do tabagismo, basta um ato de vontade do consumidor. Pretendendo ver rompido onexo causal e afastada a responsabilidade da indústria, lançam sobre a vítima o ônus de livrar-se de uma dependência que lhe foi dolosamente infligida em décadas passadas, mediante a omissão deliberada de informações.

Expandindo um pouco o debate, ainda que a vítima tenha resolvido parar de fumar depois que as informações passaram a ser veiculadas nas caixas de cigarro e antes que o fumo lhe causasse danos graves, sendo o tabagismo categorizado como doença, é de se cogitar a hipótese de ter sofrido ao menos danos morais. Inegável que, a depender da intensidade do vício, seu abandono gera uma situação de angústia e sofrimento que é consequência da anterior “agressão a um bem ou atributo da personalidade”⁶⁶. Como preleciona Cavalieri Filho:

[...] A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos de personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. [...] ⁶⁷

⁶⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Tradução do original alemão por Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006, p. 55.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

A responsabilidade civil cumpre na sociedade determinadas funções que orientam o sistema jurídico na escolha normativa das causas geradoras do dever de indenizar. Tratando dos efeitos empíricos do instituto, cabe transcrever as lições do professor Cesar Santolim:

[...] Em outras palavras, sendo o Direito um modo de regulação social, é de se esperar que o corpo normativo que compõe o que chamamos de “responsabilidade civil” detenha efetividade social, ou seja, possa produzir, nos fatos sociais, determinadas consequências.⁶⁸

Uma das funções da responsabilidade civil é a de prevenção de danos futuros. Mais adiante, preleciona o autor:

Como já foi referido, ao lado da função reparadora, a doutrina vem reconhecendo à responsabilidade civil uma função preventiva, com conteúdo prospectivo, focada em evitar a recorrência de situações geradoras de dano. Trata-se de enfoque particularmente relevante para a abordagem de “Direito e Economia”, a partir dos trabalhos seminais de Calabresi (1970) e Steven Shavell (1987). Para a Economia, a existência do dano indica desperdício de recursos, que deve ser evitado. A reparação do dano, assim, é secundária (mas não irrelevante, porque a lesão que ocorra sem algum mecanismo compensatório significa fragilização dos “direitos de propriedade”, com o consequente incremento de “custos de transação”, que reduz a eficiência econômica).⁶⁹

Chamando as lições à problemática ora abordada, atribuir o ônus da reversão dos danos provocados pela conduta pretérita da indústria do tabaco – que, na origem, agiu contra os mais basilares preceitos da boa-fé – exclusivamente à vítima afronta o caráter dissuasório da responsabilidade civil; representa, ainda, um desperdício de recursos, porquanto desonera a causação primeira do resultado, tornando impune a conduta antijurídica e admitindo que o dano torne a ocorrer. Conforme aponta o professor Cesar Santolim, os agentes econômicos “agem racionalmente” e “reagem a incentivos (e desincentivos) que lhes são fornecidos, entre outras fontes, pelo sistema jurídico”⁷⁰; destarte, imputar à vítima toda a responsabilidade estimularia a indústria do cigarro a continuar adotando condutas antijurídicas, auferindo proveito econômico privado sem sofrer as consequências. Essa lógica desnatura, portanto, o caráter redutor de custos sociais da responsabilidade civil. Sendo o tabagismo um problema

⁶⁸ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil. **Revista da Ajuris**, Rio Grande do Sul, v. 41, n. 146, p.90-97, dez. 2014.

⁶⁹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil. **Revista da Ajuris**, Rio Grande do Sul, v. 41, n. 146, p.90-97, dez. 2014.

⁷⁰ Idem.

de saúde pública que causa prejuízos a toda a coletividade, a precaução de acidentes revela-se proveitosa sob o viés socioeconômico.

2.4.3.3. O defeito de comercialização e o fato concorrente da vítima

O art. 12, III, do Código de Defesa do Consumidor elenca a “culpa exclusiva” do consumidor como uma das excludentes de responsabilidade do fabricante. O microsistema, contudo, não prevê a concorrência da conduta da vítima para a produção do dano, o que, na prática, reduziria – proporcionalmente às circunstâncias do caso concreto – o *quantum* indenizatório.

O art. 945 do Código Civil, por sua vez, prevê expressamente que “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”⁷¹.

Já decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 1.349.894, julgado em 11/04/2013, de relatoria do Ministro Sidnei Benetti, que “a responsabilidade concorrente é admissível, ainda que no caso de responsabilidade objetiva do fornecedor ou prestador, quando há responsabilidade subjetiva patente e irrecusável também do consumidor, não se exigindo, no caso, a exclusividade da culpa”.⁷²

Uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico conduz, portanto, à possibilidade de mitigar-se a indenização em virtude da conduta concorrente da vítima na produção do dano.

A relação entre o consumidor e a indústria do tabaco guarda a peculiaridade de caracterizar-se como relação de trato sucessivo; os resultados danosos, portanto, não se consomem em um único ato, mas se perfectibilizam com a reiteração destes ao longo do tempo. No momento em que o fumante adquiriu o discernimento suficiente a respeito dos malefícios, admite-se que podia ter agido no sentido de minorar ou neutralizar a extensão dos prejuízos à sua saúde; essa constatação não se põe a *priori*, devendo o julgador examiná-la consoante as propriedades do caso concreto.

⁷¹ BRASIL, Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.349.894/SP** – São Paulo. Relator: Ministro Sidnei Benetti. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101244/recurso-especial-resp-1349894-sp-2012-0169439-3-stj/inteiro-teor-23101245?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

É claro que um vício – como já se afirmou em diversas oportunidades ao longo do trabalho – não se abandona com facilidade; contudo, um indivíduo instruído e com boas condições socioeconômicas pode recorrer a orientações médicas e psicológicas para encontrar meios de livrar-se de sua dependência. Se não empreendeu tais esforços, a indenização que lhe cabe deve ser minorada, porquanto houve, em concorrência com a responsabilidade da indústria, fato da vítima a contribuir para a consumação ou agravamento da doença. Nesse sentido, as lições do professor Flávio Tartuce:

A conclusão deste estudo é a de que o problema do cigarro deve ser resolvido pela teoria do risco concorrente. Na linha das lições de Judith Martins-Costa antes esposadas, dois momentos distintos devem ser imaginados, para duas soluções do mesmo modo discrepantes. Atente-se para o fato de que as soluções são de divisões diferentes das responsabilidades, sem a atribuição do ônus de forma exclusiva a apenas um dos envolvidos.

De início, para aqueles que começaram a fumar antes da publicidade e da propaganda de alerta, o fator de assunção do risco deve ser diminuído ou até excluído, eis que não tinham conhecimento – ou não deveriam ter – de todos os males causados pelo fumo. Muitas dessas pessoas foram enganadas anos a fio. Aqui se enquadram os que se iniciaram no fumo antes do início do século XXI e que são justamente os personagens principais das demandas em curso perante o Poder Judiciário brasileiro. O maior índice de risco assumido, por óbvio, está na conduta dos fabricantes e comerciantes de cigarros, até porque sabiam ou deveriam saber dos males do produto. É possível deduzir ainda que, diante do grau de instrução do brasileiro comum, não se pode atribuir qualquer índice de riscos aos consumidores, aplicando-se a reparação integral dos danos.

Entretanto, aumentando o grau de esclarecimento do fumante, a ponderação deve ser diversa.⁷³

Uma vez identificada na conduta da vítima causa concorrente para a produção do dano, nada impede o julgador de mitigar a indenização. Deve aferir, todavia, se o consumidor detinha condições reais e exigíveis – no contexto histórico, social e econômico em que estava inserido – de agir de maneira a evitar o risco a que foi exposto.

Por fim, no que tange às alegações acerca do caráter multifatorial de certas doenças tabaco-relacionadas, a causalidade múltipla não exime o fabricante do dever de indenizar. Isso porque, no intrincado de condições, nem todas são qualificadas como causa pelo ordenamento; tal qualificação decorre, em verdade, de uma escolha

⁷³ TARTUCE, Flávio. **A teoria do risco concorrente e o cigarro**. 2010. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/751_FTartuce_TeoriaRiscoConcorrenteCigarro.pdf>. Acesso em: 30/11/2016.

normativa que atenta às funções preponderantes da responsabilidade civil. Conforme o entendimento de Cesar Santolim:

Como foi demonstrado, longe de uma perspectiva “naturalística”, a noção de “causa” comporta critérios de escolha, entre os diversos eventos que podem comportar esta qualificação, que devem ser estabelecidos normativamente. Mais importante: não sendo o nexo de causalidade um dado da natureza, mas sim um critério adotado pela norma, não há qualquer empecilho lógico a que convivam, em um mesmo sistema jurídico, distintos critérios de definição de causalidade, tendo em conta exatamente qual a função da responsabilidade civil que deve ser tida como preponderante, nas diversas áreas albergadas sob o manto da responsabilidade civil.⁷⁴

Uma vez reconhecido o nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado pelo consumidor, resta a complexa tarefa de traduzi-lo em indenização pecuniária. Nessa equação entram – por vezes de maneira implícita nos fundamentos das decisões – as circunstâncias do caso concreto. No breve capítulo que se destina a esse tema, certamente não se esgota a amplitude de suas nuances e abordagens; o que se pretende é apenas apontar algumas balizas aptas a orientar o julgador no momento de quantificar os danos.

⁷⁴ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Nexos de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil. **Revista da Ajuris**, Rio Grande do Sul, v. 41, n. 146, p.95, dez. 2014.

3. SOLUÇÕES PROCESSUAIS

3.1. OS LITÍGIOS: AS DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Até agora, a responsabilidade civil da indústria do tabaco foi examinada sob o enfoque das demandas individuais. Nos Tribunais brasileiros, há um volume considerável delas sendo propostas todos os anos, bem como uma farta jurisprudência envolvendo o tema. Nos casos concretos levados a juízo, os consumidores podem ser divididos em dois perfis principais: aqueles que desenvolveram o vício de fumar antes que os malefícios do cigarro se tornassem notórios – quando as consequências nocivas ainda eram desconhecidas da população em geral – e aqueles que adquiriram o hábito após a exigência da veiculação de avisos e informações.

Os resultados dessas demandas favorecem majoritariamente as empresas, o que reflete não apenas uma cultura jurídica de tolerância histórica à atividade, mas a ampla experiência litigiosa da indústria, que enfrenta demandas semelhantes no mundo inteiro e se mostra mais hábil e preparada para promover sua defesa.

Quanto aos danos experimentados por toda a coletividade, as demandas revelam-se muito mais escassas. Há uma clara opção política pela inércia e conivência do Estado diante do produto que é responsável pela morte de aproximadamente metade de seus consumidores regulares⁷⁵; isso porque à indústria do tabaco se associa um raciocínio econômico imediatista, de acordo com o qual os custos dispensados no tratamento de saúde de suas vítimas seriam cobertos pela arrecadação tributária, pela geração de empregos no setor e até mesmo pela promoção de determinadas ações de responsabilidade social. Conforme dados do ano de 2008 fornecidos pela Aliança de Controle do Tabagismo (ACTBr), o custo das doenças crônicas não transmissíveis decorrentes do cigarro chegou a quase 21 bilhões de reais por ano ao Estado brasileiro – cerca de três vezes e meia mais do que o arrecadado em impostos⁷⁶. Essa equação promove uma socialização dos custos de uma atividade que reverte lucros exorbitantes a um segmento econômico

⁷⁵ BRUNDTLAND, Gro Harlem. **A anormalidade da indústria do tabaco**. Tradução por ACTBr – Aliança de Controle do Tabagismo. Disponível em <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/11_Irregularidade-da-industria-tabaco.pdf>. Acesso em: 21/09/2016.

⁷⁶ ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Custo do tabagismo para o Brasil**. Disponível em <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/741_custos_final.pdf>. Acesso em: 09/09/2016.

extremamente restrito, o qual assume o risco de colocar em circulação um produto de elevado potencial danoso. Ademais, a lógica revela-se perversa ao considerarmos que o tabaco é fonte de moléstias e sofrimentos incalculáveis e irreduzíveis a cifras financeiras. O desenvolvimento de uma sociedade não pode ser visto exclusivamente sob o prisma econômico, devendo considerar também a qualidade de vida que é capaz de oferecer à população; esse entendimento se consolida diante do perfil constitucional brasileiro, orientado à promoção de uma vasta gama de direitos fundamentais.

3.2. A PRIVATIZAÇÃO DOS LUCROS E A SOCIALIZAÇÃO DOS PREJUÍZOS

O cigarro tem a peculiaridade de perpetuar os ganhos de sua indústria em virtude de seu potencial viciante – pode-se dizer que a fidelização de seu consumidor integra a própria natureza do produto, ao qual são introduzidas mais de 4.700 substâncias tóxicas. Conforme se extrai de exaustivo trabalho realizado pela Associação Médica Brasileira (AMB), pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA) e pela Aliança de Controle do Tabagismo (ACTbr), qualquer exposição à fumaça do cigarro – ainda que passiva ou eventual – causa prejuízos à saúde:

A fumaça do tabaco é uma mistura de gases e partículas, totalizando mais de 4700 substâncias tóxicas, responsáveis por 55 doenças associadas ao consumo ativo do tabaco e outras doenças relacionadas à exposição passiva à fumaça ambiental do tabaco.⁷⁷

Com a falibilidade inerente aos números que buscam traduzir uma realidade em demasia complexa e, em boa medida, inapreensível, é importante trazer algumas estimativas acerca dos prejuízos que o fumo acarreta à sociedade. Embora reverta volumosas vantagens econômicas à indústria, o cigarro é responsável pela morte de milhões de pessoas no mundo todo, causando prejuízos estimados em 200 bilhões de dólares ao ano⁷⁸. No Brasil, estima-se que seja responsável por 200 mil mortes e

⁷⁷ ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, INCA e ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**. São Paulo, 2013. (Projeto Diretrizes). P. 4

⁷⁸ ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Tabagismo em números**. Disponível em: <<http://actbr.org.br/tabagismo/numeros.asp>>. Acesso em 29/09/2016.

custe cerca de 21 bilhões de reais anuais para o tratamento de doenças tabaco-relacionadas.⁷⁹⁸⁰

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), o hábito de fumar provoca, em média, a morte de 4.900.000 pessoas por ano no mundo, o que corresponde a mais de 10 mil mortes por dia. Estima-se que um terço da população adulta mundial seja fumante, o que aponta a 1 bilhão e 200 milhões de pessoas. Estima-se, ainda, que se o consumo de tabaco não diminuir, em 2030 o número de mortes provocadas pelo seu uso alcançará 10 milhões ao ano. No século XX, calcula-se que o tabaco tenha causado a morte de 10 milhões de indivíduos.⁸¹

Ainda conforme a Organização Mundial da Saúde, trata-se da principal causa de morte evitável em escala global, sendo o único produto lícito que leva a óbito metade de seus usuários regulares. Além da nicotina, o monóxido de carbono – o mesmo que sai do escapamento dos automóveis – é um de seus componentes mais nocivos; o alcatrão, por sua vez, provoca a obstrução dos pulmões e perturbações respiratórias, e ainda contribui para a dependência química.

O custo do cigarro para o Sistema Único de Saúde é um fator de extrema importância nessa equação, como se observa:

CUSTOS DOS FUMANTES PARA O SUS

Fonte: O Estado de S.Paulo – 17/03/08 colhidos no estudo da economista da Fundação Oswaldo Cruz, Márcia Pinto, em 2005.

- O cigarro provoca um prejuízo anual para o sistema público de saúde de, pelo menos, R\$ 338 milhões, o equivalente a 7,7% do custo de todas as internações e quimioterapias no País

- Quase 8% dos gastos do sistema vão para doenças ligadas ao cigarro e são disponibilizados para hospitalizações e terapias quimioterápicas em pacientes de 35 anos ou mais, vítimas de 32 doenças comprovadamente associadas ao tabagismo (alguns tipos de câncer, problemas respiratórios e circulatórios)

- O estudo revelou que a terapia de um paciente com câncer custa, em média, R\$ 29, mil. O tratamento de câncer do esôfago, R\$ 33,2 mil, e o de laringe, R\$ 37,5 mil. Se todos os casos novos desses três tipos de câncer causados pelo cigarro procurarem o sistema público, o gasto calculado é de R\$ 1,12 bilhão. Esse levantamento foi feito através da trajetória de fumantes internados em dois centros de referência para tratamento de câncer e problemas cardíacos: o Instituto Nacional de Câncer (Inca) e o Instituto Nacional de Cardiologia (INC)

- Estima-se que 22,4% da população brasileira fume

⁷⁹ ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Carga das doenças tabaco - relacionadas para o Brasil.** 2011. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf>. Acesso em 29/09/2016.

⁸⁰ ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **ACT Lança Estudo Inédito Sobre Custos das Doenças Relacionadas ao Tabagismo.** 2011. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/720_release_custo_de_tabagismo_3105.pdf>. Acesso em: 29/09/2016.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco. **Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 105.

· O preço do cigarro brasileiro é o sexto mais barato do mundo.⁸²

Ao onerar severamente o Sistema Único de Saúde, o tabaco transcende o problema individual – relacionado ao livre-arbítrio e à livre disposição do corpo – e se transforma em uma grave questão de saúde pública, na medida em que demanda volumosos recursos para o tratamento de moléstias cujas ocorrências poderiam ser evitadas mediante políticas de prevenção e reeducação.

Pode-se debater em que medida se legitima a postura paternalista do Estado – que, no caso, significaria uma interferência na esfera do indivíduo para zelar por sua integridade física –, e mesmo de que forma seria adequado que se operasse essa intervenção. No entanto, o problema que se põe aqui diz respeito a toda a coletividade, sobretudo em um país que dispõe de poucos e deficientes recursos para efetivar o constitucionalizado direito à saúde, expresso de maneira contundente nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal⁸³⁸⁴. O Ministério da Saúde calcula que o poder público gaste com o tratamento de fumantes ao menos duas vezes mais do que o montante recolhido em impostos; some-se, ainda, as verbas gastas em propaganda governamental antitabagismo:

A mortalidade anual relacionada ao tabaco no mundo compreende 6 milhões de pessoas, sendo 23 óbitos por hora e 1 morte a cada 10 adultos, dos quais 70% ocorrem em países em desenvolvimento. No Brasil, 200 mil óbitos ao ano são relacionados ao tabagismo, sendo 3.000 de fumantes passivos. A previsão para o ano 2030 é de ocorrerem, no mundo, 8 milhões de óbitos, sendo 80% em países em desenvolvimento. Persistindo a tendência, no século XX, 100 milhões de mortes teriam ocorrido e, no século XXI, eventualmente, poderá chegar a 1 bilhão de óbitos.

A mortalidade entre os adultos é superior ao número de óbitos por AIDS, malária, tuberculose, alcoolismo, causas maternas e suicídios combinados⁸⁵.

⁸² ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Tabagismo em números**. Disponível em: <<http://actbr.org.br/tabagismo/numeros.asp>>. Acesso em 29/09/2016.

⁸³ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

⁸⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁸⁵ ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, INCA e ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**. São Paulo, 2013. (Projeto Diretrizes). P. 3-4

A pesada tributação incidente sobre o cigarro e a geração de empregos no setor é diversas vezes utilizada para afastar o argumento quantitativo, de acordo com o qual a atividade representaria um prejuízo econômico severo aos governos. Essa visão reflete uma cultura política imediatista, preocupada com gestões provisórias que se utilizam do caráter seletivo e extrafiscal do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre o cigarro para arrecadar receitas. Não se observa uma efetiva preocupação em erradicar, a longo prazo, o consumo, ainda que, conforme demonstrado, os gastos da saúde pública excedam largamente as arrecadações obtidas com os impostos. Em seu *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, os professores Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald fazem um exame lúcido da questão:

Se pensarmos sob o prisma patrimonial – esquecendo temporariamente as terríveis dores e os horrendos dramas que os cigarros levaram a um número incalculável de famílias -, o Estado sempre, historicamente, pagou essa conta. E por mais que as indenizações venham a ser impostas no futuro, serão certamente menores do que os bilionários recursos alocados ao longo das décadas (o Brasil gasta cerca de 21 bilhões de reais anuais no tratamento de doenças relacionadas ao cigarro, segundo Estudo da Fundação Oswaldo Cruz). Lembremos que o Estado, a rigor, existe em função dos cidadãos e para eles (que são titulares de direitos fundamentais, perante o Estado e uns perante os outros).⁸⁶

Os custos do tabaco não se limitam ao patrimônio dos Estados, pois a atividade acaba por negar vigência a direitos fundamentais. A responsabilidade da indústria se encobre sob argumentos oportunistas que invocam o livre-arbítrio, o fato exclusivo da vítima e a licitude da atividade, esquivando-se dos devastadores danos a que dão causa. Os resultados das demandas judiciais – geralmente favoráveis às empresas – e as políticas adotadas pelas diferentes ideologias que se sucedem nos governos evidenciam uma realidade conivente com o hábito. Subsiste no imaginário coletivo a crença de que a questão diz respeito apenas a uma escolha individual – desde que respeitados os limites de convivência hoje impostos, como o de não fumar em ambientes fechados. Essas limitações decorreram de um longo processo de conscientização cultural que acabou incorporada pela legislação antifumo; o progressivo enfrentamento do problema, porém, não pode estagnar. Como toda doença, para que haja redução de custos sociais e humanos, as medidas jurídico-

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 828.

políticas devem pautar-se pelo ideal de erradicação. A noção do fumo como uma escolha meramente individual, sem maiores repercussões aos direitos da coletividade, precisa ser repensada:

O Banco Mundial estima que o consumo de produtos do tabaco gera, no mundo, uma perda bruta de US\$ 200 bilhões por ano, sendo que a metade dessa perda está concentrada nos países em desenvolvimento, o que não justifica financiar, através do Governo, projetos da área de tabaco (Banco Mundial, 1999).

O custo relacionado ao tabagismo para a sociedade inclui, além dos custos relacionados ao tratamento de pacientes acometidos por doenças tabacorelacionadas, os custos relacionados à invalidez, auxílio-doença e pensões por viuvez, a perda de produção devido à morte e adoecimento, perdas econômicas atribuídas à poluição, degradação ambiental, incêndios e acidentes.

De acordo com o Banco Mundial (1999), nos países de alta renda calcula-se que o gasto anual com assistência à saúde devido às doenças causadas pelo tabagismo, varia de 6% a 15% do custo total com saúde. Nos países de baixa e média renda o custo anual da atenção à saúde com doenças decorrentes do tabagismo é inferior, conforme indica estudos do Banco Mundial. Acreditasse que nos países de baixa e média renda esteja relacionado ao fato do consumo ter iniciado mais tardiamente que os de alta renda, e outros fatores como, por exemplo: dificuldades na identificação da prevalência de doenças relacionadas ao tabagismo nesses países.

Por fim, os custos intangíveis que são aqueles relacionados com a morte de fumantes e não fumantes, e com o sofrimento dos fumantes, não fumantes e seus familiares (Collins & Lapsley, 1998) impossibilitam qualquer tentativa de se comparar, de forma justa, o que o governo ganha através dos impostos sobre os produtos de tabaco, e o que a população perde devido às consequências do consumo de tabaco.⁸⁷

Há razões para concluir que a pressão tributária não erradicará o consumo do cigarro; para repor a margem de lucro, as empresas tendem a elevar o preço de comercialização, de modo que se torne economicamente inviável a uma parcela do mercado consumidor. Dificilmente isso levará esse segmento a abandonar imediatamente o consumo; é provável que sejam buscadas alternativas mais baratas em produtos de menor qualidade e ainda mais nocivos. Outra questão relevante diz respeito ao contrabando, que poderá crescer na medida em que o hábito se torne em demasia oneroso. O cerco ao cigarro desdobra-se em diversos afluentes não apenas jurídicos, mas políticos e econômicos, atrelados à realidade de um país com graves problemas de distribuição de renda e criminalidade. Discussões meramente teóricas que desprezem as circunstâncias sobre as quais incidem podem revelar-se infrutíferas

⁸⁷ CONVENÇÃO QUADRO DE CONTROLE DO TABACO. **Tabaco e pobreza, um círculo vicioso**. Disponível em < <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/manual31maio.pdf>>. Acesso em 29/09/2016.

– ou até mesmo desastrosas –, uma vez que as decisões jurídicas produzem efeitos na sociedade.

O debate acerca do tabaco ganha especial tonalidade nos países em desenvolvimento, havendo uma íntima associação com a pobreza. A dependência acarreta um dispêndio que, por vezes, impacta severamente na renda familiar, desviando recursos que, nos segmentos de baixa renda, faltam à alimentação, ao lazer e à educação.

São as classes de baixa renda os que tendem a fumar mais. Estima-se que, atualmente, existem no mundo 1,3 bilhões de fumantes. Destes, 84% vivem em países em desenvolvimento ou em países com economias em transição, e esta proporção tenderá aumentar para 88% em 2025 (mesmo assumindo um decréscimo da prevalência em 1% ao ano).

Segundo a OMS, ao analisarmos a prevalência de fumantes entre homens, esta tende a ser mais alta nos países de baixo e médio níveis de renda. Em 1995 a prevalência global entre homens era 49% para países de baixo e médio níveis de renda, enquanto que nos países com nível alto de renda era só de 38%.

Em cada país, o consumo de tabaco varia de acordo com os grupos socioeconômicos. Em muitos países, incluindo os desenvolvidos, são os grupos de baixa renda os que fumam mais e carregam quase toda a carga econômica e de doença do uso do tabaco.⁸⁸

Note-se que na perversa soma dos afetados entram mortalidades decorrentes do fumo passivo, ao qual são expostos idosos e crianças, e que não decorre de nenhum ato volitivo por parte dos sujeitos prejudicados:

O risco de câncer de pulmão pela exposição ao tabagismo passivo é 20% a 30% maior para as pessoas que convivem com um fumante, quando comparados a indivíduos não expostos.

A exposição à poluição tabágica ambiental (PTA) está associada com o desenvolvimento de câncer de pulmão nas mulheres. A mortalidade nas esposas não-fumantes, cujos maridos são consumidores de 20 cigarros/dia, foi de 15,5 por 100 mil mulheres, quase o dobro da apurada entre esposas de não-fumantes, que foi de 8,7 por 100 mil mulheres.

Estudo multicêntrico observou que o uso de tabaco pelo marido estava associado a 30% de aumento de risco para o desenvolvimento de câncer de pulmão na esposa. O risco de câncer de pulmão eleva-se em proporção diretamente relacionada ao aumento da carga tabágica (índice maços-ano) da exposição à fumaça ambiental do tabaco pela esposa.

O aumento de risco das mulheres já expostas à PTA durante a vida adulta foi de 24% em domicílio, 39% no local de trabalho e de 50% nos contextos sociais. Quando foram considerados em conjunto os diversos ambientes onde havia exposição à PTA, a elevação do risco de câncer de pulmão estava diretamente relacionada ao aumento da duração da exposição.

⁸⁸ CONVENÇÃO QUADRO DE CONTROLE DO TABACO **Tabaco e pobreza, um círculo vicioso**. Disponível em < <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/manual31maio.pdf>>. Acesso em 29/09/2016.

No Brasil, morrem 72 pessoas acima de 35 anos, ao ano, com câncer de pulmão decorrente de exposição à fumaça do tabaco somente no ambiente familiar.⁸⁹

Por todo o custo social e humano que a indústria, através de práticas desleais, causou e ainda causa à coletividade, há fundamento para que o Estado busque a reparação civil. Superar o tratamento puramente individualista que se tem dado à problemática revela-se o caminho mais eficiente, na medida em que a indenização poderia ser revertida para medidas preventivas, campanhas de conscientização e para o aprimoramento dos serviços de saúde. Inegável que o Estado vem pagando os custos de condutas antijurídicas perpetradas durante várias décadas, cujos danos continuam manifestando-se nos dias de hoje. Pesquisas sérias – como a realizada pela Fundação Oswaldo Cruz, a qual indica que foram gastos, em um ano, R\$ 21 bilhões na saúde pública e privada com doenças relacionadas ao fumo – têm revelado que a pesada incidência fiscal sobre o produto não cobre sequer as despesas patrimoniais:

Chegou-se à conclusão que o custo total atribuível ao tabagismo para o sistema de saúde no Brasil, para ambos os sexos, foi de R\$ 20.685.377.897,00, ou seja, quase 21 bilhões. Considerando que o setor do tabaco pagou, em 2011, R\$ 6,3 bilhões em impostos federais, segundo a Receita Federal, o país gasta cerca de três vezes e meia mais do que arrecada com cigarros e outros produtos de tabaco. Esse montante equivale a 0,5% do PIB do país em 2011.⁹⁰

O certo é que o cigarro é um produto nocivo, sem qualquer contrapartida útil, e capaz de acarretar prejuízos à saúde de terceiros que jamais escolheram submeter-se à exposição do risco: a licitude de sua comercialização decorre de uma conjuntura histórica que o introduziu no mercado à custa de omissão dolosa de informações e publicidade insidiosa.

Além das disposições constitucionais pertinentes aos direitos sociais, destaca-se o Protocolo de San Salvador, que passou a vigorar no Brasil no ano de 1999, e que traz, em seus arts. 10 e 11, a qualificação do direito à saúde, bem como o dever dos Estados de promoverem um meio ambiente sadio:

⁸⁹ ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, INCA e ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. **Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**. São Paulo, 2013. (Projeto Diretrizes). P. 16-17.

⁹⁰ ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Custo do tabagismo para o Brasil**. Disponível em <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/741_custos_final.pdf>. Acesso em: 03/12/2016.

Artigo 10
Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;

b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;

c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;

d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;

e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e

f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Artigo 11
Direito a um meio ambiente sadio

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.

2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.⁹¹

A tributação e a licitude da atividade não isentam, portanto, a indústria do tabaco de reparar os danos, porquanto não configuram qualquer excludente de responsabilidade civil. A redução dos custos sociais – função econômica do instituto – e o bem-estar da coletividade – paradigma do novo perfil constitucional brasileiro – induzem o Estado a sair da inércia jurídica em que se encontra, adotando medidas mais efetivas para a promoção dos direitos difusos.

⁹¹ **PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.** Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. 17 de novembro de 1988. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/f.Protocolo_de_San_Salvador_Ratif..htm>. Acesso em: 03 dez 2016.

4. CONCLUSÃO

A problemática do cigarro na sociedade de consumo desdobra-se em um intrincado de questões que não se reduzem ao prisma jurídico; por essa razão, o presente trabalho empreendeu abordagens multidisciplinares, não se limitando ao viés normativo. Muitos tópicos ofereceriam matéria para estudos apartados, como aqueles relativos ao conteúdo da boa-fé na vigência do Código Civil de 1916, à aplicabilidade do CDC nas relações de trato sucessivo ou mesmo à possibilidade de minorar a indenização em virtude do fato concorrente da vítima, tese repelida por alguns autores.

Buscando ir além de uma abordagem meramente teórica, o estudo dialogou com as circunstâncias empíricas sobre as quais o direito deve incidir, sempre atento aos efeitos práticos de suas proposições. Do contrário, há o risco de incorrer em descompassos que o tornem impotente diante da realidade que pretende regular, como ocorreu no célebre caso da Lei Seca norte-americana, que vigeu entre os anos de 1920 e 1933. A lição do “Nobre Experimento”, como ficou conhecida a vedação legal para a fabricação, o transporte e a venda de bebidas alcoólicas para consumo, mostra que a imposição normativa desencontrada de uma evolução social pode acarretar consequências catastróficas, como o aumento da criminalidade.⁹² Por essas razões, tornar ilícitos os produtos derivados do tabaco – ou mesmo economicamente inviáveis – não é uma solução inteligente, e sua provável inefetividade, além de enfraquecer a confiança da sociedade nas normas, exporia os tabagistas a produtos sem qualquer controle de qualidade. Sabe-se que o contrabando de cigarros hoje existente faz com que os cofres públicos deixem de arrecadar bilhões de reais todos os anos.

Todavia, a legalidade da atividade não obriga o Estado a manter-se inerte ou agindo apenas no sentido de aumentar a carga tributária incidente sobre o cigarro. Essas arrecadações não cobrem os gastos do Sistema Único de Saúde e não consideram os danos intangíveis; em verdade, a qualidade de vida de toda a população acaba atingida, ao passo que as empresas auferem lucros expressivos. Essa socialização dos custos em prol de interesses econômicos privados afronta manifestamente os princípios informadores do Estado Democrático de Direito,

⁹² **PROHIBITION.** Direção: Ken Burns e Lynn Novick. Produção: Sarah Botsen, Ken Burns e Lynn Novick. Nova Iorque: Florentine Films, 2011. 52 min, son. color.

sobretudo no que diz respeito à função social da empresa, cuja raiz constitucional remete ao art. 170. Ao tratar da ordem econômica, o dispositivo elenca expressamente entre seus princípios a função social da propriedade. Em suma, uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro conduz ao entendimento de que a empresa não pode ser explorada de modo a ferir os interesses coletivos. Ao investigar os mecanismos históricos de atuação da indústria do tabaco no mercado, verificou-se que sua conduta se pautou apenas por interesses econômicos privados, violando manifestamente direitos atinentes a toda a sociedade.

Ademais, muitas das doenças tabaco-relacionadas acometem fumantes que desenvolveram a dependência quando ainda não podiam ter consciência dos males causados pelo cigarro. Provas documentais indicam que a indústria, embora conhecesse os malefícios, os omitiu deliberadamente; em sentido contrário, atuou por meio de publicidade insidiosa para entranhar um produto viciante no mercado de consumo. Quando se fala em indústria, remete-se a um conjunto de fabricantes que, no mundo inteiro, é bastante restrito e economicamente poderoso. Sem a pretensão de oferecer respostas conclusivas ou absolutas, mas com o intuito de reavivar uma questão que parece sedimentada nos Tribunais brasileiros, o presente trabalho concluiu que, em relação a esses casos, a indústria tem responsabilidade também nas demandas individuais.

Buscando dar concretude ao problema, o estudo utilizou-se de estatísticas que, apesar da constante preocupação com a solidez das fontes, ainda se mostram escassas e muitas vezes contraditórias, pois traduzem apenas uma aproximação com a realidade. Raras vezes conduzidas por fontes imparciais, as pesquisas se revelaram um material pouco satisfatório para o delineamento do problema. Ainda que não seja esse o cerne do trabalho, cabe refletir em que medida as decisões – não apenas judiciais, mas também administrativas – não se ressentem de maior conteúdo informacional dessa natureza. O aprofundamento de análises estatísticas qualificadas certamente possibilitaria uma maior racionalização das políticas públicas.

A intrincada relação entre o livre-arbítrio e a publicidade surgiu como um dos grandes impasses da sociedade contemporânea. Em algumas decisões judiciais examinadas, percebeu-se a crença na irrestrita liberdade do ser humano, bem como no seu pleno poder racional de autodeterminar-se em um ambiente onde os apelos de consumo se afiguram cada vez mais incisivos, dominando todos os meios de comunicação. Indiferentes às implicações que o exercício de certos direitos subjetivos

tem sobre toda a coletividade, tais decisões fundaram-se em uma crença liberal que acaba por respaldar abusos no âmbito da publicidade. Há uma série de pessoas que – por circunstâncias culturais, socioeconômicas ou mesmo legais – não dispõem de efetivas condições de efetuar escolhas totalmente conscientes; é o caso, por exemplo, das crianças. Ademais, em um país tão desigual como o Brasil, onde o analfabetismo ainda é um problema sério, a presunção de consentimento informado nem sempre corresponde à realidade.

A delimitação da nicotina como uma substância viciante revela a importância do diálogo da ciência jurídica com outras esferas de conhecimento; a medicina e a psicologia podem determinar se o abandono do tabagismo é um ato de mera escolha ou a verdadeira cura de uma doença. A comunidade médico-científica parece inclinar-se fortemente para a última hipótese, ao passo que os Tribunais brasileiros costumam decidir de maneira diversa. Dada a complexidade do tema, a perícia técnica ganha especial relevância na formação do conjunto probatório de cada caso.

A importância do tabaco para a economia brasileira não justifica a omissão do Poder Público; entendimentos dessa natureza pressupõem que o Estado funcione, ainda que por vias oblíquas, como uma espécie de sócio de uma atividade que acarreta danos imensuráveis à sociedade que o instituiu. Embora esteja demonstrado que houve uma significativa redução do número de fumantes no decorrer das últimas décadas e que o encarecimento do produto provavelmente guarda relação com esse efeito, tais políticas não se guiam pelo objetivo maior da erradicação do consumo. São os esforços de conscientização – muitas vezes empreendidos pela própria sociedade civil – que geram, aos poucos, um ambiente de reprovação social em torno do tabaco. No mesmo sentido, a legislação antifumo deve responder de maneira cada vez mais restritiva, sobretudo nos casos em que terceiros são expostos ao fumo passivo: ou seja, quando o problema deixa de ser uma questão de escolha individual.

Identificadas tantas vacilações doutrinárias e jurisprudenciais, inevitável que ainda parem incertezas em torno do assunto. Não há dúvidas, porém, de que a erradicação do tabagismo traria benefícios à qualidade de vida da população em geral, evitando que inúmeras pessoas padecessem de doenças tabaco-relacionadas. Estima-se que o Estado brasileiro gaste mais de três vezes aquilo que arrecada junto à indústria; portanto, também sob o viés patrimonial haveria ganhos expressivos. Nas famílias de baixa renda – justamente onde o consumo mostrou-se maior –, o dinheiro gasto em maços de cigarro falta às necessidades básicas, como alimentação, saúde e

educação. Quanto aos ambientes partilhados com não fumantes – sejam eles abertos ou fechados –, a sociedade parece encaminhar-se para a consciência de que expor outra pessoa a riscos evitáveis excede os limites do direito subjetivo de fumar. Atuando com bom-senso e atento à realidade sobre a qual projeta os efeitos de suas decisões, ao Judiciário cabe assumir seu papel na aplicação do direito, revendo posições e entendimentos firmados em um passado no qual a proteção constitucional dada aos direitos sociais era muito diversa. Também o Código de Defesa do Consumidor veio orquestrar uma mudança paradigmática, visando à proteção da parte vulnerável dentro da sociedade de consumo.

Por derradeiro, importa mencionar que a responsabilidade civil não se esgota em sua função compensatória e indenitária, visando apenas à reposição do estado anterior nos limites dos danos; com o objetivo de evitar sua recorrência, atua em caráter prospectivo, cumprindo uma função preventiva. Destaca-se também o caráter redutor de custos sociais do instituto, que ganha especial tonalidade em face de um produto que, sem oferecer qualquer contrapartida útil nem reverter em qualquer benefício à coletividade, gera danos extensos e recorrentes, representando custos expressivos tanto aos núcleos privados que o consomem quanto ao Poder Público. Inegável que os valores dispendidos poderiam ser melhor realocados em outras áreas. Vê-se, portanto, que é no âmbito da responsabilidade civil que o Poder Judiciário encontra o mais amplo terreno para aplicar as normas protetivas, propondo abordagens lúcidas e efetivas à questão do cigarro.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **ACT Lança Estudo Inédito Sobre Custos das Doenças Relacionadas ao Tabagismo**. 2011. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/720_release_custo_de_tabagismo_3105.pdf>. Acesso em: 29/09/2016.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Carga das doenças tabaco - relacionadas para o Brasil**. 2011. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf> . Acesso em 29/09/2016.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Custo do tabagismo para o Brasil**. Disponível em <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/741_custos_final.pdf>. Acesso em: 09/09/2016.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Histórico da indústria de tabaco**. Disponível em < <http://www.actbr.org.br/tabagismo/historico>>. Acesso em: 02/11/2016.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris**. São Paulo: All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO (ACTBr). **Tabagismo em números**. Disponível em: <<http://actbr.org.br/tabagismo/numeros.asp>>. Acesso em 29/09/2016.

ANDREIS, Mônica; ISSA, Jaqueline Scholz. **Livre arbítrio e o consumo de cigarros e outros produtos de tabaco**. Revista científica virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP – direito e tabaco. São Paulo: OAB/SP. Nº 17, 2014, p. 44-51.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, INCA e ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO . **Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário**. São Paulo, 2013. (Projeto Diretrizes).

BRASIL, Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer (INCA). **Número de fumantes no Brasil cai 20,5% em cinco anos**. 2014. Disponível em:

<[https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-](https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#safe=off&q=numero+de+fumantes+cai+em+5+anos+inca)

[instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#safe=off&q=numero+de+fumantes+cai+em+5+anos+inca](https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#safe=off&q=numero+de+fumantes+cai+em+5+anos+inca)>. Acesso em: 30/11/2016.

BRASIL, Ministério das Comunicações. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Anexo à portaria interministerial nº. 477, de 24 de março de 1995**.

Disponível em:

<[http://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito_Telecomunicacoes/TextoIntegral/ANE/prt/c](http://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito_Telecomunicacoes/TextoIntegral/ANE/prt/c_onjunta_19950324_477.pdf)

BRASIL, Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

BRASIL, Presidência da República. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03/12/2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Tabagismo**. 2008. Disponível em:

<<http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/publicacoes/tabagismo.pdf>>. Acesso em: 30/11/2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **A ANVISA na redução à exposição involuntária à fumaça do tabaco**. 2009. P. 4.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução - RDC nº 335, de 21 de novembro de 2003**.

<http://www.anvisa.gov.br/anvisalegis/resol/2003/rdc/335_03rdc.htm>. Acesso em: 24/11/2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA). **Dados sobre Tabaco e Pobreza: um círculo vicioso**. 2004.

Disponível em:

<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/c5db030047eb01b18a1acf9ba9e4feaf/Tabaco_e+_pobreza.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c5db030047eb01b18a1acf9ba9e4feaf>. Acesso em: 30/11/2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) **Informativo da CONICQ**. Disponível em

<<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/2784b28049176c34ae40bf0ece413a77/informe+CONICQ+012.2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2784b28049176c34ae40bf0ece413a77>>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA). **Tabagismo passivo e ambientes livres da fumaça do tabaco**.

Disponível em <

[Http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/tabagismo-passivo](http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/tabagismo-passivo)>. Acesso em: 02/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.349.894/SP** – São Paulo. Relator: Ministro Sidnei Benetti. Disponível em: <

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101244/recurso-especial-resp-1349894-sp-2012-0169439-3-stj/inteiro-teor-23101245?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 30 nov. 2016.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **A anormalidade da indústria do tabaco**. Tradução por ACTbr – Aliança de Controle do Tabagismo. Disponível em <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/11_Irregularidade-da-industria-tabaco.pdf>. Acesso em: 21/09/2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONVENÇÃO QUADRO PARA O CONTROLE DO TABACO = *Framework Convention on Tobacco Control*. **Texto oficial**. 2012. Rio de Janeiro: Flama. 1ª Reimpressão. Elaborado por: Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) – Ministério da Saúde.

CONVENÇÃO QUADRO PARA O CONTROLE DO TABACO. **Tabaco e pobreza, um círculo vicioso**. Disponível em <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/manual31maio.pdf>>. Acesso em 29/09/2016.

DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil da Indústria do Tabaco. **Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREUD, Sigmund. Reflexões para os tempos de guerra e morte. **A História do Movimento Psicanalítico, Artigos sobre a Metapsicologia e outros trabalhos (1914-1916)**. Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. XIV. P. 327.

FREZZA, Paolo. **Fides bona. Studi sulla buona fede**. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 115.

JQUES, Tiago Alves e TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Legislação e Controle do Tabaco no Brasil entre o Final do Século XX e Início do XXI**. Rio de Janeiro : Instituto Nacional de Câncer, 2011. Disponível em:

<http://www1.inca.gov.br/rbc/n_57/v03/pdf/02_artigo_legislacao_controle_tabaco_brasil_entre_final_seculo_xx_inicio_xxi.pdf>. Acesso em: 26/11/2016.

JQUES, Tiago Alves; TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Legislação e Controle do Tabaco no Brasil entre o Final do Século XX e Início do XXI**. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/rbc/n_57/v03/pdf/02_artigo_legislacao_controle_tabaco_brasil_entre_final_seculo_xx_inicio_xxi.pdf>. Acesso em: 04/11/2016.

JOHNS, Paula. O controle do tabagismo, o tabagismo e o risco do negócio. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 429, dez. 2014.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Tradução do original alemão por Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006, p. 55.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Ricardo Henrique Sampaio. **Tabagismo e DPOC – dependência e doença – fato consumado**. Disponível em:

<<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/49f57c0047df1e7586f4cf9ba9e4feaf/artigo-tabagismo-dpoc.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=49f57c0047df1e7586f4cf9ba9e4feaf>>.

Acesso em: 24/11/2016.

MIRRA, Antonio Pedro e ROSEMBERG, José. **A História da Luta Contra o Tabagismo no Brasil: Trinta Anos de Ação**. Disponível em

<http://www.amb.org.br/teste/downloads/historia_comissaotabagismo.pdf>. Acesso em: 03/11/2016.

PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco.

Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PROHIBITION. Direção: Ken Burns e Lynn Novick. Produção: Sarah Botsen, Ken Burns e Lynn Novick. Nova Iorque: Florentine Films, 2011. 52 min, son. color.

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. 17 de novembro de 1988. Disponível em: <
http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/f.Protocolo_de_San_Salvador_Ratif..htm>
. Acesso em: 03 dez 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. **A Boa-Fé no Código Civil.** Disponível em
<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 13/11/2016.

REMARQUE, Erich Maria. **Nada de Novo no Front.** Traduzido por: Helen Rumjanek. São Paulo: Abril Cultural, 1981. P. 7.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil. **Revista da Ajuris**, Rio Grande do Sul, v. 41, n. 146, dez. 2014.

TARTUCE, Flávio. **A teoria do risco concorrente e o cigarro.** 2010. Disponível em:
<http://actbr.org.br/uploads/conteudo/751_FTartuce_TeoriaRiscoConcorrenteCigarro.pdf>. Acesso em: 30/11/2016.

VERA, Andres. **Quando fumar fazia bem à saúde.** Revista Época, out. 2008. Exclusivo online. Disponível em:

<<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI14584-15254-2,00-QUANDO+FUMAR+FAZIA+BEM+A+SAUDE.html>>. Acesso em: 29/11/2016.

WEST, Katherine M. **The Marlboro Man: The Making of an American Image.**

Disponível em:

<<http://ruby.fgcu.edu/courses/tdugas/ids3301/acrobat/marboroman.pdf>>. Acesso em 25/11/2016.