

Responsabilidade civil da indústria do tabaco

por **Lúcio Delfino**¹

Sumário: 1 - O instituto da responsabilidade civil, seus elementos e sua aplicação ao caso do cigarro. 1.1. Considerações iniciais. 1.2.1. Ato ilícito. 1.2.1.1. Ainda sobre o ato ilícito. 1.2.2. Danos. 1.2.3. Nexo causal. 2 - Considerações acerca das concepções de “produto de risco inerente” e de “defeito do produto” e sua relação com o cigarro. 3 - As soluções para a responsabilização da indústria em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro

1 - O instituto da responsabilidade civil, seus elementos e sua aplicação ao caso do cigarro

1.1. Considerações iniciais

De uma forma geral, são basicamente dois os fundamentos que alicerçam a responsabilidade civil da indústria do tabaco por danos que seus produtos (cigarros) causam aos consumidores, direta ou reflexamente. Não se excluem e tampouco se anulam, mas, bem diferentemente, são complementares, num exemplo manifesto do que se intitula *diálogo das fontes*.

Dito de maneira direta: a responsabilidade civil da indústria do tabaco assenta-se na idéia de *responsabilidade pelo fato do produto*, disciplinada pelo art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, e também na *teoria do abuso do direito*, cujo regramento é encontrado no art. 186 do Código Civil. Pode-se afirmar, sem receio, que o abuso na divulgação (tornar público, *publicizar*) dos produtos que fabrica evidencia, numa primeira perspectiva, o *defeito* (extrínseco) que alicerça a sua responsabilidade civil. Além disso, a omissão em esclarecer adequadamente sobre os riscos a que estão sujeitos aqueles que consomem derivados do tabaco também formata a idéia de ausência de segurança que envolve os produtos fumígenos. Essencialmente, portanto, a problemática situa-se na (má) qualidade da *informação* utilizada e difundida pela indústria para disseminar suas marcas de cigarros no mercado de consumo.²

¹ Advogado; Doutor em Direito Processual Civil pela *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual; Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais; Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil; Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica; Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*.

² Acredita-se que o cigarro também se apresenta imperfeito por conter *vícios de concepção*. Já se defendeu, em outro espaço, que a nicotina é evidência de tal imperfeição (conferir em:

Diante da escassez de espaço, a abordagem aqui se limitará ao primeiro dos fundamentos, vale dizer, à *responsabilidade civil pelo fato do produto*, obviamente com algumas pontuações sobre a *teoria do abuso do direito*.

1.2. Pressupostos da responsabilidade civil aplicados ao tema

Numa abordagem que se atente tanto à responsabilidade civil subjetiva como à objetiva, são três os pressupostos necessários à sua configuração: a) conduta, comissiva ou omissiva, violadora de dever jurídico primário (com culpa ou sem ela, em conformidade com o exigido pela lei); b) dano; e c)nexo de causalidade entre os dois primeiros.

Adiante, tais pressupostos serão abordados em atenção às particularidades que envolvem o tema em estudo, a fim de demonstrar a possibilidade de se responsabilizar civilmente a indústria do tabaco pelos danos que o consumo de cigarros acarreta à saúde do consumidor brasileiro.

1.2.1. Ato ilícito

O primeiro dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil é a *conduta (ação ou omissão) violadora de um dever jurídico primário* – é o que se denomina mais propriamente de *ato ilícito*.³ Genericamente, traduz-se *conduta* como sendo um comportamento humano voluntário –

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba : Juruá, 2008). Ademais, outras imperfeições inerentes ao cigarro, também de concepção, são descobertas dia a dia pela ciência. Apenas para exemplificar, o Jornal “Folha de São Paulo” trouxe matéria recente, que abordou pesquisa realizada pelo Lawrence Berkeley National Laboratory, nos Estados Unidos, e publicada no “Proceedings of the National Academy of Sciences”, concluindo que o cigarro, até depois de apagado, continua sendo prejudicial à saúde, mesmo daqueles que não fumam. Isso porque as toxinas deixadas pela fumaça no ambiente, as quais aderem a uma variedade de superfícies, podem contaminar outras pessoas com substâncias potencialmente cancerígenas – é o que se denomina, tecnicamente, de *thirdhand smoke*, contaminação pelas substâncias malélicas do tabaco depois de o cigarro ser apagado. Segundo os autores do referido estudo, a queima do tabaco libera nicotina na forma de vapor que fica aderida a superfícies como pisos, paredes, carpetes e móveis, podendo persistir nesses materiais por semanas e até meses. Uma pesquisa anterior, feita no Massachusetts General Hospital, nos EUA, e publicada em janeiro do ano passado na “Pediatrics”, constatou, por sua vez, que menos da metade dos fumantes conhecia os riscos desse tipo de contaminação e que as crianças pequenas são mais suscetíveis a esse tipo de exposição, pois brincam e engatinham em lugares contaminados e levam as mãos à boca com frequência. Não bastasse, as partículas ficam nos cabelos e nas roupas, aumentando o risco especialmente para os bebês. (Silveira, Julliane. Cigarro apagado também contamina quem não fuma. Folha de São Paulo. Saúde. Quarta-feira, 10 de fevereiro de 2010. C7). Parece tecnicamente correto afirmar que essas pesquisas reforçam não apenas a existência de imperfeições do cigarro relacionadas às informações que o envolvem, mas também dizem respeito a outra deficiência (ilícito), a qual se vincula imediatamente à própria concepção do produto nocivo.

³ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª. ed. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 33.

advindo ou não de culpa – que se exterioriza por uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.⁴

Essa conduta poderá ensejar responsabilidade de cunho subjetivo ou objetivo, conforme se exija ou não a presença do elemento *culpa*. Exigindo a lei a culpabilidade, ter-se-á a *responsabilidade civil por culpa provada ou presumida*; prescindindo-se da presença dela, diz-se ser a *responsabilidade civil objetiva* (fato de outrem, fato do serviço, fato do produto, etc.). A responsabilidade civil sempre terá por base o atropelo de um *dever jurídico*, postura, *per se*, antijurídica, seja ou não perpetrada culposamente. Não há, portanto, que se vincular o elemento subjetivo ao conceito de ato ilícito, como se dele fosse indissociável. Ato ilícito surgirá, assim, do mero descumprimento de um dever de conduta, tenha isso ocorrido ou não por culpa do agente.

Corriqueira, em defesas judiciais apresentadas pela indústria do tabaco, a tese da licitude de sua atividade, usada como tentativa de afastar o ilícito e, por conseguinte, evitar a sua responsabilização civil. Advogam que exercem atividade é lícita, motivo pelo qual não haveria que se falar em sua responsabilidade civil, haja vista que o dano, que traduz a obrigação de reparar, deve ter por origem, sempre, uma ilicitude.

Inquestionável, realmente, que a obrigação de indenizar deve resultar de um *ato ilícito*. Contudo, absolutamente equivocado, em temas envolvendo as relações de consumo, trabalhar o *ilícito* com foco na *atividade* exercida pelo fornecedor, e assim porque este não se insere propriamente na *atividade profissional* em si; origina-se, bem diferentemente, do *exercício* ou *resultado* dessa atividade. A valer, o *ilícito*, que dá margem a indenizações pelo fato do produto ou serviço, no âmbito das relações de consumo, não se vincula a uma suposta ilicitude da atividade exercida pelo fornecedor, mas, sim, a imperfeições ligadas ao próprio produto ou serviço lançado ou praticado no mercado.⁵

⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 3ª. ed. São Paulo : Malheiros, 2002. p. 42.

⁵ Rui Stoco, não obstante discordar da tese que defende a responsabilização da indústria do tabaco no Brasil, acata este fundamento ao ressaltar que realmente o ilícito, que enseja responsabilidade civil por fato do produto, não se situa na *atividade profissional* do fornecedor, mas no próprio produto em si. Essa a sua lição: “O só fato de uma atividade ser lícita não se apresenta como fator de irresponsabilidade. Sob esse enfoque observou, com acuidade e correção, Lúcio Delfino que “a ilicitude, portanto, reside na imperfeição do produto e não na atividade necessária à sua produção e comercialização” (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros*. Disponível em: <http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/Artigo_RuiStoco.pdf>. Acessado em 09/02/2010.

Não se nega existir permissão, no País, para se produzir e comercializar fumígenos.⁶ Mas é crível advogar a tese de que o cigarro é um produto imperfeito do o ponto de vista jurídico, vale dizer, contém vícios/defeitos de informações, prontamente capazes de gerar acidentes de consumo. Perceba-se, em reforço, que o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor não motiva a responsabilidade civil fundada no risco da atividade na própria atividade do fornecedor. O *fato gerador* de tal responsabilidade situa-se, à evidência, na idéia de *defeito/acidente de consumo*, isto é, naquele acontecimento externo, causador de danos, material e/ou moral, ao consumidor, decorrente de uma *imperfeição jurídica* (intrínseca ou extrínseca) que diz respeito ao próprio produto em si mesmo considerado.

Daí pouco importar a licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização de fumo, na imputação da responsabilidade civil às empresas do tabaco, nos casos atinentes à problemática objeto de exame. Se é possível, por exemplo, responsabilizar-se uma montadora de veículos por danos advindos de uma imperfeição de peça instalada num automóvel por ela fabricado, ou, ainda, condenar-se uma fornecedora de alimentos por danos

⁶ Salvo melhor juízo, a atividade exercida pela indústria do fumo é lícita. A própria Constituição Federal, aliás, num de seus artigos, refere-se à publicidade de produtos derivados do tabaco (CF/88, art. 220, §4.º). É interessante, entretanto, conhecer a doutrina de um dos mais importantes processualistas da atualidade, na qual defende o dever de o Estado proibir a comercialização de cigarros no País, como meio de concretização dos ditames constitucionais: “Atualmente, reconhecida pela ciência e pelo Estado a nocividade do tabaco, não há outra alternativa a não ser proibir a sua comercialização. A menos que o Estado se negue a proteger o consumidor, ou melhor, suponha que é melhor arrecadar impostos com a comercialização do cigarro do que proteger a saúde das pessoas. (...) E não se diga que é preciso considerar uma norma constitucional que liberou a comercialização do cigarro – embora o inverso deva ser óbvio. Como já adiantado, essa norma, diante de determinado momento do desenvolvimento científico, impôs deveres ao produtor diante da propaganda de cigarro, deixando clara a intenção de proteger a saúde do consumidor. Se, com passar do tempo, demonstrou-se que o cigarro provoca câncer, etc., não há necessidade de se combater a norma constitucional, uma vez que esta não disse que o cigarro pudesse ser vendido ainda que causasse câncer (como é óbvio), mas apenas que a propaganda de cigarro deveria sofrer restrições. Ou seja, não há incompatibilidade entre a norma que, em determinado momento do desenvolvimento da ciência, impõe restrições à propaganda de um produto e deveres de informação ao seu produtor e a norma que, em outro estágio do desenvolvimento da tecnologia, veda a sua comercialização diante da conclusão técnica de que o produto é “altamente nocivo”. Tais normas se apóiam em situações fáticas completamente distintas.” E arremata o mestre: “É fácil concluir, assim, que a lei infraconstitucional pode – e deve – proibir a comercialização do cigarro. Ora, se a aludida norma constitucional impõe ao Estado o dever de estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (entre outras coisas) de propagandas de produtos nocivos à saúde (art. 220, §3.º, II, CF), além do dever de o produtor de tabaco advertir, nas suas propagandas, “sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (art. 220, §4.º, CF), o que a lei infraconstitucional não pode é eliminar os deveres impostos ao Estado e ao produtor de tabaco, pois aí sim estaria violando normas constitucionais de proteção do consumidor e da saúde.” (MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço “defeituosos”. A questão do tabaco. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 63. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2008. p. 11-22).

sofridos por um consumidor em decorrência do consumo de maionese deteriorada por ela produzida, da mesma forma apresenta-se legítimo responsabilizar-se as empresas de fumo pelos danos acarretados pelo consumo de produtos fumígenos dotados de imperfeições jurídicas. *A ilicitude, portanto, reside na imperfeição do produto (extrínseca ou intrínseca), e não na atividade necessária à sua produção e/ou comercialização.*

1.2.1.1. Ainda sobre o ato ilícito

Já se disse que o ilícito, que enseja a responsabilidade civil da indústria do tabaco, traduz-se, em especial, num vício/defeito de informação nos produtos (cigarros) que fabrica. Pretende-se, neste tópico, examinar detalhes sobre esta imperfeição, além de situá-la no contexto do tema em análise.

Com o advento da Lei 8.078/90, *reforçou-se* o direito de o consumidor ser informado, adequada e claramente, “sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, característica, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam.” (CDC, art. 6.º, III). Atente-se, porém, ao fato de que, ao contrário do que querem fazer crer alguns, tal dever informativo já existia antes da entrada em vigor da Lei 8.078/90, cujo fundamento se pautava, principalmente, pelo princípio da boa-fé, pela lealdade de condutas e pelo comportamento ético que sempre se pregou nas relações envolvendo profissionais (experts) e consumidores (leigos). Essa a posição brilhantemente defendida por Cláudia Lima Marques, escorando-se em Clóvis do Couto e Silva, ao elaborar parecer favorável ao julgamento de procedência, em uma “ação indenizatória” promovida pela família de um fumante – tabagista desde 1950 –, em face de duas fabricantes de cigarros.⁷ O Código de Defesa do Consumidor, portanto, veio robustecer (fortalecer, ratificar) o dever do fornecedor de informar, situação facilmente constatável, ainda que por uma leitura desavisada dessa legislação, tendo-se em vista a detalhada atenção dispensada pelo legislador ao binômio educação/informação.

Por consequência, absolutamente ilícita – e assim sempre foi, repita-se – a conduta daquele fornecedor que faltar com a verdade naquilo que informa. É vedado a ele desinformar (ofertas publicitárias abusivas e enganosas) ou não informar. Representa dever do fornecedor ater-se ao princípio da veracidade, sempre que prestar

⁷ MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar, corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexos causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. Revista dos Tribunais, 835, p. 74-133, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 75-133.

informações, de qualquer natureza, sobre produtos ou serviços.⁸ Não bastasse, vincula-se ele a outro princípio, o da *transparência*, encartado no *caput* do art. 4.^o do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual detém a obrigação legal de dar ao consumidor a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato que lhe está sendo apresentado.⁹

Assim, surgirá o chamado vício/defeito de informação, sempre que esta não for ofertada ou, sendo prestada, tal se der de maneira ineficiente ou inadequada, no que tange às características, utilização e riscos do produto fornecido. Nesse sentido, o disposto nos arts. 8.^o, parágrafo único, 9.^o, 12, *caput*, e 37, §§ 1.^o e 2.^o, da Lei 8.078/90. Lembre-se, ademais, de que o defeito de um produto relaciona-se à segurança que o consumidor possa dele legitimamente esperar. *O legislador pátrio estabeleceu uma relação imediata entre a informação fornecida ao consumidor e a segurança dos produtos.* Logo, quanto mais claro e eficiente se mostrarem os informes ofertados ao consumidor, sobre as características, qualidade, utilização e riscos do produto, mais seguro, no sentido jurídico e fático da palavra, esse produto será.¹⁰

Sem dúvida, os vícios/defeitos de informação encontram-se presentes no cigarro, ao menos desde a década de 50 (ou antes disso), época em que a indústria já tinha conhecimento dos malefícios que seu produto acarretava a saúde do consumidor. É que a indústria do fumo omitira informações que detinha acerca dos malefícios do fumo à saúde e sobre a qualidade psicotrópica da nicotina. Não bastasse, utilizou-se, no Brasil e em todo o mundo, de excessiva publicidade insidiosa, a fim de fazer apologia do perigoso produto que fabrica, cujos alvos eram, principalmente, crianças e adolescentes, indivíduos mais propensos a experimentarem cigarros e deles se tornarem dependentes. Valeu-se, ainda, de manobras voltadas a desacreditar estudos e dados científicos sérios, os quais jungiam o consumo de cigarros a várias enfermidades. Contratou atores cinematográficos, esportistas e outras celebridades para que divulgassem seus produtos.¹¹

⁸ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 52.

⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo : Saravia, 2000. p. 114.

¹⁰ Ressalte-se que os vícios/defeitos de informação dizem respeito a um aspecto formal, relacionado ao modo de colocação do produto no mercado, (MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 114-115) e, por isso, são nominados de extrínsecos.

¹¹ DÁVILA, Sérgio. Atores receberam para fumar em filmes. Saúde. Mundo. *Folha de São Paulo*, quarta-feira, 13 de março de 2002. A11. “Uma pesquisa realizada pelo Centro de Câncer de Norris Cotton (EUA) demonstrou que a proposta, firmada voluntariamente pela indústria do cigarro, em 1989, de não veicular imagens de celebridades de Hollywood fumando em produções cinematográficas, jamais foi respeitada. Especialistas afirmam que a associação do cigarro com imagens atraentes de aventura e glamour é um poderoso estímulo para o seu consumo, sobretudo entre o público jovem, que se identifica com situações dessa natureza, por estar em fase de formação de personalidade. Foram analisados os 25

Essa estratégia, em que a omissão de informações é apenas uma de suas vertentes, foi edificada com o intuito de se estabelecer um ambiente propício ao fumante. A indústria do fumo, então, não apenas omitiu o que sabia, mas foi bem mais adiante, obrando esforços para garantir a instauração de uma atmosfera socialmente positiva a pairar sobre o tabagista, inculcando na mente dos consumidores controvérsias e dúvidas, literalmente desinformando-os, mediante uma prática publicitária hipócrita e sedutora.

Essas afirmações foram provadas depois que se deu publicidade a alguns milhões de documentos internos da indústria do tabaco,¹² referentes a

filmes de maior audiência entre 1988 e 1997. Desses, cerca de 85% continham cenas de tabagismo, o que representa quase a mesma proporção registrada antes do acordo. O estudo ainda indica que a veiculação das marcas é quase tão freqüente nos filmes adolescentes quanto nos voltados para o público adulto. Nos filmes infantis, o índice é de 20%.” (Multinacionais do cigarro e cinema hollywoodiano continuam associados. Disponível em <http://www.inca.gov.br/atualidades/ano10_1/multinacionais.html>. Acessado em 22/07/2005).

¹² Aqui vale uma nota a respeito dos denominados “documentos secretos” da indústria do fumo. Em 12 de maio de 1994, *Stanton A. Glantz*, professor da Divisão de Cardiologia da Universidade da Califórnia, São Francisco, Estados Unidos, ativo militante contra o tabagismo, recebeu de um missivista ocultado sob o pseudônimo *Mr. Butts*, aproximadamente 4 mil páginas de memorandos, relatórios, cartas, cópias de atas, que correspondem a um período de 30 anos de atividade da *British American Tobacco* e de sua subsidiária, nos Estados Unidos, a *Brown and Williamson Tobacco Corporation*. Ulteriormente, *Merry Williams*, ex-técnico da *Brown and Williamson Tobacco Corporation*, forneceu ao Prof. *Glantz* grande número de documentos referentes às atividades dessa companhia de cigarros. Os documentos foram repassados ao SubComitê de Saúde e Ambiente do Congresso Norte-americano. Além de sua publicação em periódicos científicos, foram tentativas das fabricantes de cigarros, que alegavam interferência em sua privacidade, a Corte Superior do Estado da Califórnia decidiu que esses documentos deveriam ser do domínio público (ROSEMBERG, José. *Nicotina*. Droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. p. 43). Em 8 de maio de 1998, as companhias de tabaco propuseram um acordo com o Estado do Minnesota, numa ação instaurada pelo Promotor Geral desse mesmo Estado. Nas cláusulas do acordo constou a obrigatoriedade de as companhias de tabaco abrir acesso ao público aos seus *documentos internos*, constantes de atas, memoriais, cartas, relatórios, planos de administração, e toda a correspondência referente às suas atividades técnicas, científicas e comerciais. Em inúmeros desses documentos constam pronunciamentos de técnicos, cientistas, consultantes, assessores e advogados. Toda essa documentação refere-se a sete empresas fabricantes de cigarros e duas organizações a estas filiadas, em atividade nos Estados Unidos: *Phillip Morris Incorporated*, *RJ Reynolds Tobacco Company*, *British American Tobacco*, *Brown and Williamson*, *Lorillard Tobacco Company*, *American Tobacco Company*, *Liggett Group*, *Tobacco Institute* e o *Center for Tobacco Research*. Ao todo, são 5 milhões de documentos, com 40 milhões de páginas, que podem ser consultados pela internet, estando também à disposição no arquivo oficial de *Minnesota*, e em *Guilford Surrey* nos arredores de Londres (ROSEMBERG, *Op.cit.*, p. 43), ou no livro intitulado *The Cigarette Papers*. Muitos desses documentos trazem a marca de “confidencial” ou “produto do trabalho de advogados”, sugerindo que os autores nunca esperaram que eles fossem mostrados fora da companhia, nem mesmo para procedimentos legais. Esses documentos demonstram que a indústria do tabaco em geral esteve empenhada em enganar o público durante, pelo menos, 30 anos. Apenas para se ter uma idéia, existem evidências de que a nicotina era rotineiramente vista pela indústria do fumo – e isso décadas antes da publicação do Código de Defesa do Consumidor – como uma substância viciante, sendo sempre tratada como o agente farmacologicamente ativo no tabaco. Evidenciam, outrossim, que a professada busca da verdade capitaneada pela indústria do tabaco acerca dos

sete empresas de fumo e duas organizações a elas filiadas, em atividade nos Estados Unidos: *Phillip Morris Incorporated*, *RJ Reynolds Tobacco Company*, *British American Tobacco*, *Brown and Williamson*, *Lorillard Tobacco Company*, *American Tobacco Company*, *Liggett Group*, *Tobacco Institute* e o *Center for Tobacco Research*. Ao todo, são 5 milhões de documentos, com 40 milhões de páginas, que podem ser consultadas pela internet (<<http://www.library.ucsf.edu/tobacco/>>), encontrando-se, ainda, à disposição, no arquivo oficial de *Minnesota* e em *Guilford Surrey* nos arredores de *Londres*.¹³

Essa *atmosfera socialmente positiva e aceitável ao tabagismo*, a que se fez referência anteriormente, obscureceu a razão dos consumidores, *levando-os a crer que o consumo de cigarros não era assim tão prejudicial*, e, muitas vezes, que lhes era até benéfico. Afinal, não é lógico imaginar que alguém, em perfeito estado de juízo, irá aderir ao consumo de um produto na certeza de que a sua saúde ficará, no futuro, gravemente prejudicada.

Poder-se-ia, ainda, argumentar – e assim o fazem as empresas do tabaco em suas defesas judiciais – que não havia nenhuma obrigação de se esclarecer o consumidor há 50, 40 ou 30 anos, de maneira que à indústria do tabaco seria perfeitamente lícito omitir ou torcer informes sobre os produtos que fabricam. Nessa linha de raciocínio, as estratégias adotadas pelas empresas tabagistas não seriam ilegais, ao menos no Brasil, onde o Código de Defesa do Consumidor apenas entrou em vigência em 1991. Ocorre que um dos sustentáculos mestres do ordenamento jurídico – e isso não só hodiernamente – é representado pelo princípio da boa-fé objetiva, *“uma norma de conduta que impõe aos participantes do tráfego negocial uma atuação pautada pela colaboração*

efeitos do fumo sobre a saúde humana, fora, verdadeiramente, uma fraude. Sua pretensa intenção de se engajar e disseminar pesquisas relacionadas à saúde era sempre subserviente a considerações comerciais e litigiosas. Inicialmente, os pesquisadores das companhias tentaram descobrir os elementos tóxicos na fumaça do cigarro, para que um cigarro “seguro”, que contivesse apenas nicotina e não substâncias tóxicas, pudesse ser desenvolvido. Quando se provou que tal objetivo era inexecutável, principalmente em razão do número de toxinas envolvidas, as decisões a respeito da saúde passaram exclusivamente para os advogados. Os documentos mostram que os advogados da *Brown and Williamson Tobacco Corporation*, e de outras companhias de tabaco, desempenharam um papel central nas decisões das pesquisas, todas em conjunto com a B&W e a BAT, e também em organizações de pesquisas financiadas pela indústria. (GLANTS, Stanton A.; SLADE, John; BERO, Lisa A.; HANAUER, Peter; BARNES, Deborah E. *The cigarette papers*. University of California Press, 1996. p. 3).

¹³ Ainda sobre os intitulados “documentos secretos”, é de se conferir as informações apontadas por Mario Cesar Carvalho: *“Há dois gêneros de documentos: os científicos e os memorandos do alto escalão da indústria. O mais antigo dos textos científicos revelados é de fevereiro de 1953, oito meses antes de a pesquisa com os ratos pintados com nicotina ter sido apresentada pela primeira vez. Assinado por Claude Teague, um pesquisador da R.J. Reynolds, o texto associa com câncer o uso de cigarros por períodos longos: “Estudos de dados clínicos tendem a confirmar a relação entre o uso prolongado de tabaco e a incidência de câncer no pulmão” Logo em seguida, o pesquisador descreve quais são os agentes cancerígenos do cigarro: “compostos aromáticos plinucleares ocorrem nos produtos pirológicos [ou seja, que queimam] do tabaco. Benzopireno e N-benzopireno, ambos cancerígenos, foram identificados.”.* (CARVALHO, Mário Cesar. *O cigarro*. São Paulo : Publifolha, 2001. p. 16-17).

intersubjetiva, pela lealdade, correção e consideração aos interesses do alter."¹⁴ Ou seja, a despeito de não haver menção expressa no Código Civil revogado (1916) acerca da boa-fé, a sua incidência já era verificada no ordenamento jurídico pátrio desde 1850, notadamente no Código Comercial, em seu art. 131, I.¹⁵

E da boa-fé, assim considerada, decorrem diferentes funcionalidades, como bem leciona a civilista Judith Martins-Costa: a boa-fé atua como cânone de interpretação, como fonte produtora de deveres jurídicos e como limite ao exercício de direitos subjetivos e potestativos. Nessa tríplice direção, adquire função de otimização do comportamento contratual e de reequilíbrio de seu conteúdo.¹⁶ Obviamente que a postura adotada pela indústria do tabaco, visando garantir o sucesso de seus produtos, foi – e em alguns países ainda é – incondicionalmente desleal. E deslealdade é deslealdade em qualquer época, possuindo o ordenamento jurídico, e o próprio Judiciário, como um de seus papéis, justamente o dever de evitá-la e puni-la.¹⁷

¹⁴ Mais especificamente, é correto afirmar que o princípio da boa-fé encontra-se inserido no ordenamento brasileiro desde 1850, notadamente naquilo que se refere ao dever informativo do profissional/fabricantes ao consumidor/leigo. O princípio da boa-fé, já nesta época, influenciava todo o direito das obrigações no Brasil. MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar, corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. Revista dos Tribunais, 835, p. 74-133, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 75-133.

¹⁵ “Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I – A 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 estrita significação das palavras.” Sobre a aplicação do princípio da boa-fé, já em 1850, conferir o brilhante trabalho de Cláudia Lima Marques: MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar, corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. Revista dos Tribunais, 835, p. 74-133, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 75-133.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 78.

¹⁷ Logo, aquele que se dispôs a exercer o papel de fornecer e, intencionalmente, deixa de informar o parceiro contratual leigo acerca dos riscos a que ele está sujeito ao consumir o produto que disponibilizou no mercado, agiu contrariamente aos ditames impostos pela boa-fé, já presentes no ordenamento jurídico bem antes da publicação do Código de Defesa do Consumidor. Igualmente censurável a postura daquele que, mesmo compreendendo a natureza maléfica do produto que forneceu ao mercado, valeu-se de expedientes publicitários contrários a essa realidade, sugerindo um contexto de idéias positivas em nada afeto ao verdadeiro resultado do seu consumo, a saber, a morbidade e mortalidade em massa de consumidores.

Então, a propensa notoriedade de informações sobre os males do tabagismo¹⁸ ainda não foi alcançada, não obstante o profícuo trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Poder Público e organizações privadas. E, já concluindo este tópico, mesmo depois que toda a comunidade encontrar-se adequadamente esclarecida acerca dos malefícios do cigarro, aqueles que foram enganados pela política de vendas maligna, desleal e sedutora, implementada pela indústria do fumo, poderão socorrer-se do Judiciário para buscar a tutela de seus direitos. Afinal, o engodo por ela perpetrado anos atrás (e presentemente também praticado, pois ainda se omitem informações indispensáveis sobre os riscos e malefícios do cigarro, necessárias para assegurar escolhas seguras por parte do consumidor), seduziu essas pessoas a praticarem o tabagismo, influenciando muitas outras, ainda hoje, em experimentarem os cigarros, conduzindo, várias delas, a uma dependência quase certa. E depois que a dependência instala-se no organismo do fumante, tornando-o escravo do cigarro, a informação, isoladamente considerada, nem sempre será eficiente para salvá-lo do mal que, por certo, o afligirá.¹⁹

¹⁸ A indústria do tabaco advoga, em suas defesas judiciais, que existe “notoriedade pública das informações sobre os males do tabagismo”, argumento que utiliza como tentativa de afastar o ilícito que lhe é impingido (vício/defeito de informação em seus produtos).

¹⁹ A médica americana Nancy Rigotti, especialista no assunto, é categórica ao afirmar que, sendo o tabagismo um problema crônico, o seu tratamento deve ser conduzido por toda a vida. Um fumante deve adotar e manter hábitos ainda mais saudáveis do que uma pessoa que jamais fumou e, se necessário, voltar a recorrer a algum tratamento químico e a programas psicológicos para aprender a lidar com a falta do cigarro. Segundo a médica, associar-se o abandono do vício exclusivamente à força de vontade, não é a forma correta de encarar a questão. Afinal, não bastasse ter a consciência de que o fumo está agredindo a sua saúde, o fumante ainda se sente incapaz de combatê-lo, circunstância que apenas o desestimula ainda mais. Por tal razão, os médicos que hoje atuam nessa área seguem rumo à idéia de que esse trabalho não requer só força de vontade. *O grande desafio é eliminar o vício da nicotina, e isso se consegue com remédios e terapias* (BUCHALLA, Ana. Vontade não basta. Entrevista Nancy Rigotti. *Revista Veja*, 9 de junho de 2004. p. 11-15). Em breve síntese, pode-se afirmar que a dependência do tabaco é caracterizada como um transtorno de longa duração – uma verdadeira doença crônica –, com altas taxas recorrentes; são constantes os cuidados exigidos. O tratamento inclui – isoladamente ou em combinação – intervenções comportamentais e farmacológicas, como aconselhamento, suporte psicológico intensivo e administração de medicamentos que contribuam para a redução ou superação da dependência do tabaco (Tabagismo & saúde nos países em desenvolvimento. Documento organizado pela Comissão Europeia em colaboração com a Organização Mundial de Saúde e o Banco Mundial para a Mesa Redonda de Alto Nível sobre Controle do Tabagismo e Políticas de Desenvolvimento. Tradução: Instituto Nacional de Câncer/Ministério da Saúde do Brasil. Disponível em <<http://www.inca.gov.br>>. Acessado em 10 de setembro de 2005).

1.2.2. Danos

É pacífico, cientificamente, que o uso de cigarros pode acarretar toda sorte de enfermidades e até a morte do consumidor. Evidente, pois, a configuração dos danos.

Constituem-se danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa à sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou nos negócios. Enquadram-se, aí, tanto os danos emergentes como os chamados lucros cessantes (CC/2002, art. 402).

Havendo ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que ele prove haver sofrido (CC/2002, art. 949).

Acaso, por outro lado, a ofensa à saúde resultar em lesão pela qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou mesmo lhe diminuir a capacidade do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu – nesse caso, poderá o ofendido, se quiser, exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez (CC/2002, art. 950, parágrafo único).

Se o tabagismo, noutra viés, acarretar a morte do consumidor, a indenização consistirá no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral, luto da família, como também na prestação de alimentos a quem o falecido os devia, por todo o período de sobrevivência presumido e fixado na sentença (CC/2002, art. 948).

Ademais, muitas lesões oriundas do consumo de cigarros, além de atingirem a integridade física e/ou patrimonial da vítima, afetam igualmente sua incolumidade psíquica e acarretam-lhe dissabores dos mais diversos, como angústia, desgosto, humilhação e aflição espiritual – esses são os chamados *danos morais*. A morte, por exemplo, motiva-os inegavelmente, sobretudo em prol daquelas pessoas que eram próximas ao *de cujos*. Eles não reclamam prova; por serem presumidos e, acaso devidos, poderão ser cumulados com os de ordem material (Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça).

1.2.3. Nexo causal

É insuficiente a prática de conduta violadora de dever jurídico (ilícito); não basta, igualmente, a ocorrência de danos. Imprescindível, destarte, que os últimos sejam resultado da primeira. A essa relação de causa e efeito denomina-se nexos causal. Deveras, se o dever de indenizar o prejuízo causado denota uma sanção imposta pela lei àquele responsável pelo ato ilícito, necessário se torna que o dano seja consequência da conduta de quem o produziu.²⁰

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*.²¹

Ocorre, data vênua, 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*²² (oriundo de provas indiciárias) sobre a relação que o tabagismo (ou exposição ao cigarro) teve num determinado acidente de consumo.

²⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 274.

²¹ Prova diabólica é aquela relacionada a fatos indefinidos e indeterminados que, conseqüentemente, não poderão ser demonstrados. No entanto, conforme esclarece Humberto Theodoro Júnior “sempre que for possível transformar a proposição negativa em uma afirmativa contrária ter-se-á superado a dificuldade da prova negativa. Demonstra-se, então, o fato positivo do qual se extrai a verdade do fato negativo”. (THEODORO JÚNIOR, op. cit., 2000. p. 135).

²² As presunções simples, conforme esclarece Francisco Augusto das Neves e Castro, são aquelas que o julgador deduz de um fato conhecido, para firmar um desconhecido, ou que se acham estabelecidas na lei. A nossa legislação concede ao juiz um maior arbítrio, dando-lhe a faculdade de contentar-se com um número tal de presunções, e de tal força, que possa tranquilizar sua consciência. Muitas vezes, uma só presunção pode valer mais que outras muitas reunidas; deve-se, porém, escolher as graves, precisas e concordantes. (CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000).

Vale lembrar, antes de tudo, que o direito civil brasileiro acolheu a *teoria do dano causal direto e imediato*, não obstante a constatação de que a jurisprudência vacila a tal respeito. Portanto, apenas será(ão) considerada(s) causa(s) do evento danoso aquela(s) capaz(es) de se ligar(em) a ele *numa relação de necessariedade*, ainda que não seja(m) essa(s) causa(s) a(s) mais próxima(s) do dano, ou a(s) única(s) que o ensejou.

Certamente, nem sempre será tarefa fácil demonstrar que o tabagismo (ou a exposição à fumaça tóxica) é, efetivamente, a *causa necessária* à qual se pode imputar o evento danoso (enfermidade ou morte). E tal estorvo reside essencialmente no fato de que muitas das enfermidades associadas ao tabagismo apresentam mais de um fator de risco, a exemplo da doença coronariana.²³ A *teoria do dano direto e imediato* não se apresenta, porém, como um obstáculo à demonstração do nexo causal entre o consumo de cigarros (ou exposição a eles) e as moléstias (ou mortes) que assaltaram a saúde do consumidor. Uma perícia bem trabalhada, aliada às demais provas e elementos contidos nos autos, permitirão ao julgador, se não a conclusão direta acerca do vínculo causal entre a enfermidade (ou morte) e o tabagismo, ao menos alcançar um forte *juízo de presunção*, suficientemente capaz de permitir-lhe decidir em prol da pretensão do fumante (ou de seus familiares). Perfeitamente plausível ao magistrado, portanto, valendo-se de uma análise de todo o conjunto probatório constante dos autos, concluir, em atenção a *provas indiciárias*, por qual causa necessária, ou decisivamente responsável (mesmo que concorrente ou complementar) pelo desenvolvimento de uma enfermidade no consumidor (ou de sua morte).

Advirta-se: nada há de errado em permitir ao juiz decidir por meio de um critério pautado em presunções (prova indiciária), sobretudo diante de casos complexos envolvendo pluralidade de causas e condições, em que a relação envolvida é eminentemente de consumo. Obviamente que o bom senso e razoabilidade irão servir-lhe de farol. De toda sorte, deve o juiz atentar-se ao *princípio constitucional da defesa do consumidor* (art. 5.º, XXXII, CF/88) e aos princípios da *facilitação da defesa dos direitos do consumidor* (art. 6.º, VIII, Lei n. 8.078/90) e da *efetiva reparação de danos suportados pelo consumidor* (art. 6.º, VI, Lei n. 8.078/90), todos importantes pilares que alicerçam a Lei *consumerista*.

²³ Há três fatores de risco previsíveis para essa moléstia: tabagismo, hipertensão arterial (pressão alta) e colesterol alterado (elevação do colesterol-LDL e redução do colesterol-HDL). O tabagismo, isolado, dobra a possibilidade de doença cardíaca. Quando associado à alteração do colesterol ou à hipertensão, multiplica esse risco por quatro. O risco torna-se oito vezes maior quando os três fatores estão juntos. Além disso, o cigarro, por si só, por meio da nicotina, aumenta a pressão arterial e leva a um maior depósito de colesterol nos vasos sanguíneos.

Não é legítima, destarte, a cômoda posição jurisprudencial que opte pelo julgamento de improcedência dos pedidos, assentando-se exclusivamente numa prova pericial inconcludente – isto é, aquela que indique, por exemplo, não ser possível afirmar-se, de maneira concreta e absoluta, se, efetivamente, foi o tabagismo o responsável pela doença (ou morte) que agrediu o consumidor, tendo-se em vista a presença de outros fatores de risco capazes de favorecer o desenvolvimento dela. *O fato de doenças tabaco-relacionadas terem outras etiologias plenamente hábeis em concorrer para o dano, não tem por consequência necessária a prolação de uma sentença de improcedência.* Em tais casos, ao magistrado, imbuído da idéia de que a *defesa do consumidor* é um direito fundamental, não bastará firmar sua convicção com base numa tal prova pericial; é dever dele, decorrente de seus poderes instrutórios, diligenciar, ainda que de ofício, a produção de outras provas, e assim garantir que seu convencimento se forme de maneira firme, satisfatória e racional.

É louvável, por exemplo, que médicos, especialistas na área de conhecimento referente à enfermidade que atingiu o fumante, sejam arrolados como testemunhas, de modo que ampliem as informações que orientarão a formação do convencimento do juiz. Outra ferramenta importante a serviço do juiz é a *doutrina médica*. É ela capaz de orientar a sua decisão, em conformidade com as especificidades de cada enfermidade. Aliás, é importante frisar: algumas moléstias têm como principal fator de risco o tabagismo, o que facilitará, sobremaneira, a conclusão do magistrado. Já se constatou, por exemplo, que 90% dos cânceres de pulmão são causados pelo tabagismo²⁴. A tromboangeíte obliterante é uma outra doença que, segundo a literatura médica, manifesta-se apenas em fumantes, de forma que se pode concluir ser o tabagismo *causa necessária* ao seu desenvolvimento.²⁵ Em casos tais, em razão das constatações científicas, não é audaz a afirmação de que, ao consumidor, é

²⁴ SILVA, Vera Luiza da Costa e; GOLDFARB, Luisa Mercedes da Costa e Silva; CAVALCANTE, Tânia Maria; FEITOSA, Tereza Maria Piccinini; MEIRELLES, Ricardo Henrique Sampaio. Falando sobre tabagismo. 3ª. ed. Instituto Nacional do Câncer, 1998. p. 19.

²⁵ Veja-se lição colhida no Manual Merck: “A doença de Buerger (tromboangeíte obliterante) é a obstrução de artérias e veias de pequeno e médio calibre, por uma inflamação causada pelo tabagismo. Esta doença afeta predominantemente os indivíduos do sexo masculino, tabagistas e com idade entre 20 e 40 anos. Apenas 5% dos indivíduos afetados são do sexo feminino. Embora não se conheça exatamente a causa dessa doença, apenas os tabagistas são afetados e a persistência no vício agrava o quadro. O fato de apenas um pequeno número de tabagistas apresentar a doença de Buerger sugere que algumas pessoas são mais suscetíveis. No entanto, não se sabe a razão pela qual nem como o tabagismo causa esse problema.” (Disponível em URL: <<http://www.msd-brazil.com>>. Acesso em 01/12/2005). É de se apontar que essa doutrina médica foi utilizada pela Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como um dos fundamentos que alicerçaram a condução de seu voto na Apelação Civil n.º 70012335311, julgamento esse que acabou por condenar a empresa Souza Cruz S.A. ao pagamento de indenização a um ex-tabagista portador da enfermidade tromboangeíte obliterante. (Acórdão disponível em <www.tj.rs.gov.br>. Acessado em 01/12/2005).

conferida verdadeira presunção do liame causal entre o uso do cigarro (ou exposição à sua fumaça) e a enfermidade que o atingiu. Haveria, aí, inversão do ônus probatório acarretada pela própria experiência da vida, comprovada por estudos e dados científicos.

A atividade do magistrado, em verdade, é demarcada pelos princípios alhures citados. Tal apenas evidencia o imperativo de arraigar esforços significativos para tentar cumprir os ideais impostos pela Carta Magna e pelo Código de Defesa do Consumidor. Não deve descartar a possibilidade de uma decisão de procedência simplesmente com base na cômoda posição de ausência de provas. Sem dúvida, cumpre ao juiz apegar-se ao bom senso e à razoabilidade, mas intencionado a seguir o caminho traçado pelos princípios anteriormente aludidos, pois, somente assim, conseguirá obter o equilíbrio da relação processual (direito fundamental a igualdade), naturalmente desequilibrada pela concentração técnica e econômica apenas num dos polos do processo. Não se trata de tornar inoperante a atuação do fornecedor em juízo, mas, bem diferentemente, de permitir ao consumidor uma desenvoltura judicial que lhe propicie boas chances de êxito em sua pretensão, escopo que, outrora, antes do Código de Defesa do Consumidor, mostrava-se bastante penoso.

Ressalte-se, por fim, que a causa necessária não precisa ser aquela que isoladamente era idônea para produzir o resultado danoso; não há, sempre, de ser exclusiva. *Nada haverá, pois, que impeça o juiz de proferir um julgamento de procedência, se concluir que, além do tabagismo, outras causas concorreram para o dano.* Essencial, realmente, é que a causa seja *necessária* à produção do dano, independentemente das demais condições que o cercam, de sorte que duas ou mais causas podem efetivamente contribuir para o desencadeamento do resultado danoso, de maneira complementar ou concorrente.²⁶

²⁶ Este agir, em certa medida inclinada à obtenção de um resultado jurisdicional favorável ao consumidor, mostra-se conveniente, não só por se estar trabalhando em terreno próprio às relações de consumo, senão pelo fato de que o labor jurisprudencial e doutrinário já concluiu que a questão vinculada ao nexa causal é insolúvel à base teórica, e que ninguém, seja juristas nacionais seja alienígenas, jamais conseguiu esboçar uma teoria, em termos juridicamente satisfatórios, aplicável a todos os casos concretos, capaz de explicar o problema do nexa causal. Sobre a difícil questão, já lecionava Enneccerus que não se pode resolver *“nunca de uma maneira plenamente satisfactoria mediante reglas abstractas, sino que em los casos de duda ha de resolverse por el juez según su libre convicción, ponderando todas las circunstancias”* (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Trad. De Blas Pérez Gonzalez e José Alguer da 35. ed. Alemã. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1954. t. II, p. 67).

2 - Considerações acerca das concepções de “produto de risco inerente” e de “defeito do produto” e sua relação com o cigarro

Diz-se com alguma frequência, e sem maiores reflexões, que o cigarro traduzir-se-ia num produto de *risco inerente*, isto é, aquele que apresenta riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (CDC, art. 8.º). A tese é encampada pela indústria do tabaco em suas defesas judiciais, em reforço ao argumento de que seus produtos não apresentam imperfeições (ausência de ato ilícito).

É a periculosidade inerente indissociável do produto e, portanto, não possui relação alguma com aquela adquirida ao longo do processo de consumo. Nesses casos não há se falar em vícios de concepção ou de produção, pois é a própria periculosidade a maior virtude do produto. A qualidade do produto “decorre, justamente de sua inafastável periculosidade”.²⁷ Como exemplos, pode-se citar um bisturi, que possui como característica principal o fato de realizar incisões; um palito de fósforo, que tem como propriedade a capacidade de inflamar-se; um veneno para exterminar baratas, que somente será eficiente se contiver substâncias químicas capazes de eliminar os tais insetos.

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*.

Apesar de uma melhora na difusão de informações em favor da conscientização da população sobre os malefícios que o consumo de produtos fumígenos acarreta à saúde, não se atingiu ainda um nível de educação adequado.²⁸ É suficiente, para assim concluir, perceber alguns fatos identificados no Brasil: a) uma grande quantidade de analfabetos (e de analfabetos funcionais), o que certamente dificulta o seu acesso a informações; b) enorme margem de pobreza, e a tendência dos menos favorecidos de fumarem em maior quantidade; c) muitos jovens, ainda em formação físico-psíquica, iniciam-se no fumo bem cedo (algo entre 10 e 12 anos); d) décadas e décadas em que a indústria do fumo encontrava no Brasil ambiente profícuo à difusão de publicidades que faziam apologia ao tabaco, muitas delas direcionadas justamente às crianças e aos adolescentes; e) décadas e décadas em que a

²⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª. ed. São Paulo e Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999. p. 144.

²⁸ Para um aprofundamento na questão da ausência de notoriedade de informações sobre o cigarro, consultar: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba : Juruá, 2008.

indústria do tabaco omitiu da sociedade informações sobre os malefícios do cigarro.²⁹

Não há, num contexto tal, como se falar que os riscos de se consumir cigarro são *normais* em decorrência de sua *natureza*. Só haveria alguma lógica em tal argumento se a sociedade brasileira estivesse adequadamente informada a respeito dos malefícios do tabaco, e efetivamente tivesse consciência dos males que os produtos dele derivados acarretariam à saúde daqueles que o consumissem. Mas a indústria do tabaco sempre adotou uma postura de omissão e desinformação, vale dizer, não só negava e combatia evidências que vinculassem o consumo de cigarros a diversas enfermidades, como também bombardeava a massa de consumidores com publicidades que faziam apologia do produto perigoso, já que o vinculava a situações alheias à sua real *natureza*. Não há, decerto, notoriedade de informações em um ambiente assim, tampouco como se considerarem os riscos do cigarro normais em decorrência de sua (pouco conhecida) *natureza*.

Mas o art. 8.º 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. 8.º, justamente em razão do termo *fruição*, inserido também nesse dispositivo legal.

Fruir quer significar *gozar, desfrutar*.³⁰ Quem fuma não tem como pretensão *desfrutar*, no futuro, um câncer no pulmão ou 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 de quem o está adquirindo ou utilizando. Logo, também por esse ângulo, é despropositado defender que o cigarro seja um produto de periculosidade inerente.

Mas algo ainda importante sobre essa questão em específico há de ser dito. Ainda que se aceitasse mais essa tese defendida pela indústria do fumo,

²⁹ Todos esses fatos foram comprovados por estudos e pesquisas sérias, muitos deles indicados na obra DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba : Juruá, 2008.

³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio século XXI, dicionário da língua portuguesa. 3ª. ed. São Paulo : Nova Fronteira, 1999.

*o que se admite para argumentar, tal em nada a auxiliaria. É que, mesmo na hipótese a que se refere o art. 8.º, o Código de Defesa do Consumidor obriga o fornecedor a prestar, sempre, informações necessárias e adequadas sobre os possíveis riscos que poderão advir do uso desses produtos (CDC, art. 8.º, caput, segunda parte), tamanha é a importância dada pelo legislador ao direito básico à informação (CDC, art. 6.º, III). A Lei consumerista vai mais longe, e em seu próprio art. 8.º – precisamente aquele que regula os produtos de risco inerente –, estabelece, no seu parágrafo único, que, *tratando-se de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, por impressos apropriados que devam acompanhar o produto*. Portanto, o que se vê é que os produtos de risco inerente realmente afastam a configuração de vícios/defeitos de concepção e fabricação, *mas, nem de longe, impedem a ocorrência de vícios/defeitos de informação*.*

Conclui-se, então, que, mesmo para aqueles que vêm no cigarro uma periculosidade inerente, não lhes é autorizado negar a possibilidade quanto à caracterização, em tal produto, de vícios/defeitos de informação. Os produtos de periculosidade inerente não excluem, afinal, os vícios/defeitos de informação, mas, bem diferentemente, ampliam a possibilidade de sua ocorrência, sobretudo por suas características peculiares; por isso a legislação obriga os seus fornecedores a diligenciarem, cautelosamente, informações adequadas para elucidar aos consumidores sobre os riscos que o seu consumo poderá gerar à saúde deles, *inclusive mediante impressos apropriados que devem acompanhá-los*.

3 - As soluções para a responsabilização da indústria em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro

Há quem defenda, a exemplo do civilista Arnaldo Rizzardo, que as ações surgidas no Brasil, buscando indenizações pelos malefícios resultantes do tabagismo, são oriundas do plágio de prática vigorante em outros países. Segundo afirma, é necessário ter-se em mente que, nem tudo o que se adota ou se aceita em outros sistemas jurídicos é adequado ao sistema nacional ou impõe-se que aqui se aceite, a fim de não se cometerem disparates absurdos, como os ocorridos, em diversas ocasiões, nos Estados Unidos da América do Norte. Para o mestre, o tema “responsabilidade civil da indústria do fumo”, diz mais com lógica e bom senso do que com os tratados jurídicos.³¹ Tal entendimento basicamente escora-se numa construção pautada na licitude da atividade, liberdade de opção, adequação de informações prestadas pelas fabricantes, inexistência de defeitos e risco inerente afeto ao cigarro.

Diga-se, porém, que a lógica e o bom senso apenas ancoram a tese da irresponsabilidade civil da indústria do fumo, caso se adote uma

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro : Forense, 2005. p. 867.

interpretação rasa do sistema jurídico nacional, descompromissada com os princípios regentes do Código de Defesa do Consumidor, com a teoria do abuso do direito e alheia a alguns direitos constitucionais fundamentais. É que o ordenamento jurídico pátrio mostra-se perfeitamente adequado a assentar indenizações proferidas contra a indústria do tabaco, em razão de danos que o consumo do cigarro acarreta aos seus consumidores. Não há, nem de longe, que se trabalhar construções falsas, adaptando institutos jurídicos não afetos à responsabilidade civil, consoante intenta demonstrar outro autor, em ensaio jurídico sobre o assunto.³²

A postura adotada pela indústria do tabaco, no decorrer de décadas e décadas, não só no Brasil, como na maioria dos países em que os seus produtos encontram-se disponíveis no mercado, denota uma *prática irregular do direito de produção e comercialização de cigarros*, na medida em que foi ela responsável pela criação de uma atmosfera artificial de dúvidas e ceticismo acerca da natureza do cigarro e dos riscos à saúde advindos de seu consumo. Essa deslealdade na relação de consumo, capitaneada não só pela omissão intencional de informações necessárias ao esclarecimento da sociedade acerca dos possíveis malefícios gerados pela prática do tabagismo e da própria natureza do cigarro, mas também pela divulgação de publicidade insidiosa e ilegítima, resulta numa circunstância de evidente *abuso do direito*, suficientemente capaz de encampar a tese aqui defendida.³³ De outro lado, um exame do tema, com os olhos voltados exclusivamente ao Código de Defesa do Consumidor, é perfeitamente idôneo no sentido de conferir ao julgador elementos abalizadores suficientes para espancar a tese da irresponsabilidade civil da indústria do fumo, bem assim apto a fundamentar sua obrigação de indenizar os malefícios acarretados pelo uso do produto nocivo que fabrica.

É de se lembrar que na sistemática da Lei 8.078/90 apresenta-se pouco relevante o fato de ser a atividade do fornecedor desenvolvida de forma lícita ou ilícita, para lhe conferir, judicialmente, o dever indenizatório, mesmo porque, em regra, será ela, a atividade, sempre legítima. Não haveria sentido, portanto, em apenas validar indenizações contra fornecedores que praticam atividades ilegais no mercado de consumo, pois, se assim fosse, estar-se-ia verdadeiramente conferindo a todos eles um atestado de irresponsabilidade, que somente iria contribuir para o descrédito dos direitos mais mezinhos e basilares do cidadão/consumidor. Insista-se na idéia de que a responsabilidade civil encampada pelo Código de Defesa do Consumidor se pauta numa *ilegalidade* baseada não na própria atividade do fornecedor, *mas inerente ao*

³² COUTO, Paulo Rogério Brandão. Indenização movida por filhos alegando morte da mãe por câncer de pulmão decorrente de tabagismo. *Revista de Direito Mercantil*, 129. São Paulo : Malheiros, 2003. p.223.

³³ Uma visão mais completa sobre a *teoria do abuso do direito* aplicável à responsabilidade civil da indústria do tabaco, bem assim sobre todas as questões tratadas nesse ensaio, poderá ser obtida pela leitura da obra: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba : Juruá, 2008.

próprio produto ou serviço disponibilizado no mercado. Em termos de responsabilidade civil pelo fato do produto, advirá o dever indenizatório sempre que este em si for considerado defeituoso (defeitos de criação, fabricação ou informação) e, em decorrência de tal condição, provocar danos ao patrimônio material e/ou moral do consumidor.

Outra tese, bastante utilizada pela indústria do fumo em ações judiciais ajuizadas em desfavor dela, também carece de maior sustentação. Embora engendrado com inteligência e até mesmo capaz de seduzir os mais desavisados, é truncado o argumento que se ancora numa propensa *liberdade de opção* por parte do consumidor, de sorte que seria ele o único responsável pelas decisões que adota, podendo investir no vício ou não, e até mesmo abandoná-lo, sempre que sua vontade assim determinar.

Ora, sabe-se que a maioria das pessoas que hoje são fumantes inveteradas ou amargam os efeitos deletérios à saúde provenientes do consumo de cigarros, principiaram o vício ainda jovens, muitas delas crianças, mormente porque atingidas pela insidiosa publicidade difundida pela indústria do fumo,³⁴ que vinculava o cigarro a situações alheias à própria natureza, seduzindo-as, principalmente aquelas incapazes – pela ausência de maturidade e/ou de informações eficazes – de concretizar uma escolha consciente entre fumar e não fumar.³⁵

Especialmente no Brasil, dados do Ministério da Saúde indicam que o jovem brasileiro principia-se no tabagismo entre 10 a 12 anos; ademais, a proporção de fumantes é duas vezes maior entre grupos com menor escolaridade. Deveras, não há como se aceitar a tese da prevalência absoluta da

³⁴ Pouco tempo atrás, a publicidade de cigarros era livre no Brasil. Assim, a indústria do tabaco fazia, abertamente, apologia do produto danoso, vinculando-o a situações em nada afetas às suas reais características. Jungia-se o cigarro à saúde, ao sucesso profissional, ao requinte, à sensualidade e à sexualidade, aos esportes, ao lazer, etc.. Essa postura fazia parte das estratégias adotadas por ela para ambientar socialmente seu produto, criando uma atmosfera positiva com relação ao tabagismo. Os “documentos secretos da indústria do fumo” mostram essa verdade. Aliás, alguns destes documentos informam que a indústria voltava sua estratégia de *marketing* às crianças e adolescentes, parcela da população mais suscetível a experimentar cigarros e a se tornar dependente.

³⁵ Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), 50% dos jovens que experimentam derivados do tabaco (cigarro, cigarro de Bali, charuto, cachimbo) se tornam fumantes na vida adulta. Os adolescentes são um dos alvos dos esforços da OMS para controlar o tabagismo no mundo, pois pesquisas comprovam que 90% dos adultos fumantes começaram a fumar antes dos 19 anos, sem perceber os efeitos da nicotina. Em geral, os adolescentes saem da fase de experimentação para a de dependência em um ano ou até menos. Pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (Cebride) concluiu que houve um significativo aumento da experimentação do cigarro entre os adolescentes, na faixa entre 10 e 18 anos, principalmente entre as meninas. A pesquisa do Cebride foi realizada entre 1987 e 1997, e abrangeu 20 mil adolescentes, em dez capitais brasileiras. (Notícia disponível em <<http://portalweb05.saude.gov.br/portal/aplicacoes/busca/buscar.cfm>>. Acessado em 11/07/2005).

liberdade de opção, num contexto em que grande parte de fumantes é composta por crianças, jovens e analfabetos (ou analfabetos funcionais), imaturos, desinformados e seduzidos por publicidades absolutamente dissimuladas. Como defender uma suposta *liberdade de opção*, quando o consumidor não detém o inventário de informações – e muitos consumidores ainda não as detêm! – necessárias a realizar uma escolha consciente e bem trabalhada, em relação a iniciar-se ou não no tabagismo? Lembre-se que o cenário hodierno, em que as empresas do fumo tendem a informar mais e mais acerca de seus produtos – notadamente em razão de determinações legais expressas obrigando-as a adotar tal conduta –, não corresponde à realidade de outrora. Àquela época, alguns consumidores até poderiam saber, *genericamente*, acerca dos malefícios do fumo à saúde. Todavia, a postura da indústria do tabaco, promovendo publicidades que faziam apologia do produto perigoso, certamente implicava uma desorientação do consumidor, influenciando a sua concepção sobre assunto.

É óbvio que a publicidade tem por finalidade convencer o consumidor e dirigir sua vontade ao consumo (ou contratação) de um determinado produto (ou serviço), razão pela qual os fornecedores, sabendo desse enorme potencial angariador, gastam, com ela, milhões e milhões anualmente. E a indústria do tabaco talvez seja o maior exemplo disso, uma vez que suas táticas de *marketing* não se limitaram à oferta direta de publicidades, englobando outras estratégias, essas mais veladas, indiretas e sofisticadíssimas. Para se ter uma idéia, hoje se sabe – também pelos “documentos secretos” – que 188 (cento e oitenta e oito) atores e diretores cinematográficos receberam pagamento das empresas do fumo, entre os anos de 1978 a 1988, para que imagens de cigarro fossem divulgadas. É exemplo de tal *merchandising* a cena em que a personagem *Betty Boop* vende maços de cigarros no filme “Uma cilada para *Roger Rabbit*”, de *Robert Zemeckis*.³⁶ E se especialistas afirmam que o ator fumando em cena pode ter uma poderosa influência nas pessoas, há que se indagar se a difusão dessas ofertas publicitárias, em filmes direcionados a crianças e adolescentes – e mesmo a adultos –, retratam uma postura pautada na lealdade e boa-fé.

Não se olvide, ainda, que o fumante é um *doente*, já que vítima da nicotina. Ou seja, o *tabagismo não só causa doenças como também é uma doença*.³⁷ A medicina, enfim, já vê o tabagismo como uma *doença crônica*, mormente porque a maioria dos fumantes necessita de ajuda, além da força de vontade, para abandonar o vício. Tal socorro pode vir na forma de antidepressivos, implantes, chicletes ou pirulitos de nicotina ou terapias comportamentais, cuja eficácia

³⁶ DÁVILA, Sérgio. Atores receberam para fumar em filmes. Saúde. A11. *Folha de São Paulo*, [s.d.].

³⁷ É de se dizer que tabagismo, justamente em função das capacidades psicotrópicas da nicotina, encontra-se enquadrado na Classificação Internacional de Doenças como uma enfermidade (“desordem mental e de comportamento, decorrente da síndrome de abstinência à nicotina”; CID 10^aF17.2.).

clínica já está comprovada. E isso é extremamente significativo, afinal, *enfermidades devem ser tratadas, não bastando a simples vontade ou opção do enfermo para expurgá-las de seu organismo*, ao menos na maioria dos casos. Tal idéia, se bem compreendida, devasta por completo a defectiva tese da *liberdade de opção*, sempre escorada em meras conjecturas.

Ademais, o vício certamente anuvia as decisões do fumante, impedindo-o, muitas vezes, de adotar posição mais condizente com a sua saúde. Não basta querer subtrair-se ao vício. Pesquisas demonstram que a grande maioria dos fumantes que tentaram abandonar o cigarro quedaram-se desgostosos pelo fracasso.³⁸ Apontam também que o fumante, de uma maneira geral, apenas terá o sucesso esperado, abandonando o vício, quando lhe for disponibilizada ajuda profissional.³⁹ É a própria medicina, enfim, que diz não bastar a própria força de vontade do fumante para fazê-lo deixar o vício do fumo. A ciência médica, por meio de estudos sérios e bem trabalhados, indica que o fumante, para se ver livre de sua doença (tabagismo), necessita de auxílio, justamente porque, em muitos casos, o uso de medicamentos é imprescindível. Tais afirmações não são conjecturas, mas, sim, resultado de estudos e pesquisas respeitados no mundo acadêmico.⁴⁰

Desta feita, não há como abalizar a tese da *liberdade de opção* defronte a esse ambiente, sofisticadíssimo e peculiar, em que o fumante e a indústria do tabaco encontram-se inseridos. É questão de lógica e bom senso.

De tudo o que aqui foi dito, é de se concluir – repita-se uma vez mais – pela presença de um defeito extrínseco no cigarro, o chamado *vício/defeito de informação*. Logo, a razão não ampara aqueles que vêm no cigarro um produto cujo risco é normal e previsível, em decorrência de sua própria natureza e fruição (risco inerente; art. 8º da Lei 8.078/90). Certamente que o julgador, por intermédio de um estudo um pouco mais penetrante sobre o cigarro e suas consequências à saúde, perceberá, de logo, a irracionalidade de se

³⁸ Ronaldo Laranjeira e Analice Gigliotti esclarecem: “[...] Mas a dependência da nicotina é um comportamento tão virulento que embora 70% dos fumantes desejem parar de fumar, apenas 5% destes conseguem fazê-lo por si mesmos.” (LARANJEIRA, Ronaldo; GIGLIOTTI, Analice. *Tratamento da dependência da nicotina*. Disponível em <www.unifesp.br/dpsiq/polbr/ppm/atu1_02.htm>. Acessado em 02/05/2006).

³⁹ Informações mais profundas acerca da nicotina podem ser buscadas na obra de José Rosemberg, intitulada “Nicotina. Droga universal”, cuja consulta é disponibilizada pela internet (<http://www.inca.gov.br>).

⁴⁰ Basta, aqui, a referência a um estudo desenvolvido pelo Centro de Controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos, em que foram analisadas entrevistas com 32.000 homens e mulheres, constatando-se, entre outras interessantes conclusões, que as mulheres possuem maior dificuldade para abandonar o vício. Isso porque o organismo da mulher é mais resistente às terapias antitabaco e mais vulnerável aos sintomas de abstinência, como crises de ansiedade e depressão. Somam-se a isso fatores psicossociais, como o medo de engordar e a forte associação do cigarro a poder e independência. (NEIVA, Paula. Homens e ricos têm mais chance. *Saúde. Revista Veja*. 14 de agosto de 2002. p. 60).

advogar possuir esse produto o que a doutrina denomina *risco inerente*. Para se ter uma idéia, recentemente o Departamento de Saúde dos Estados Unidos divulgou que os efeitos nocivos do tabaco são muito maiores do que se imaginava. O fumo prejudica praticamente todos os órgãos do corpo, causando doenças sobre as quais sequer havia suspeita de relação com o tabagismo, como a catarata e cânceres cervicais, renais, do pâncreas e do estômago.⁴¹ Como afirmar que o risco de fumar é normal e previsível, em razão da própria natureza e fruição do cigarro, se, ainda hoje, a medicina não sabe dizer, com exatidão, a extensão dos danos que o tabagismo poderá causar ao tabagista?

É de se assentar que tais argumentos, além de patentear a complexidade do tema em estudo, revelam a insuficiência de se utilizar idéias pautadas numa lógica aparente, nascidas de uma impressão imediata, sem reflexão mais detida, para conduzir, seguramente, o julgador, no exame de casos concretos que envolvem questões atinentes ao tabagismo. Enfim, essas “ações de responsabilidade civil” movidas por fumantes em face das empresas de fumo possuem complexas questões de fundo, as quais vêm sendo superadas de forma superficial e equivocada pela grande maioria da jurisprudência nacional. E, talvez, seja justamente a falta de maturidade doutrinária e jurisprudencial a causa disso. O tema, pela sua importância – afinal, está-se tratando de um produto que mata 5 milhões de pessoas anualmente em todo o mundo –, merece melhor atenção e respeito, data vênua.

⁴¹ RIGOTTI, Nancy. Vontade não basta. (Entrevista) Revista *Veja*. Abril, ano 37, n. 23, 9 de junho de 2004. p. 15