

O Poder Judiciário e a *blame culture*: análise crítica dos argumentos judiciais utilizados nas decisões envolvendo responsabilidade civil das indústrias tabageiras pelos danos causados aos fumantes

Romano José Enzweiler¹

1. Apresentação do tema: a *blame culture* e os efeitos paradoxais; 2. Os argumentos utilizados pelos defensores da desresponsabilização das indústrias lesantes – os “tabaco-irresponsabilistas”; 3. Problema de partida: a constitucionalização do direito civil impõe interpretação do ordenamento jurídico diametralmente oposta àquela apresentada pelas indústrias do fumo; 4. Análise das teses apresentadas em defesa da irresponsabilização da indústria do cigarro; 4.1. Inversão do ônus da prova; 4.2. Direito fundamental à saúde – indisponibilidade – aplicabilidade horizontal, entre particulares; 4.3. "Aventura jurídica"; 4.4. Atividade lícita, legal e regulamentada pelo Estado, o que implica na inexistência de seu dever de indenizar; 4.5. O produto comercializado – cigarro – não possui defeito, o que implica na não responsabilização da fabricante; 4.6. Sobre o que se entende por “expectativa legítima”; 4.7. "Começa - e continua - a fumar quem quer"; 4.8. É respeitado o "livre arbítrio" do fumante; 4.9. A deliberada intenção de “viciar”; 4.10. Produto cigarro: periculosidade inerente?; 4.11. Má-fé: omissão de informações; 4.12. Uma discussão inadiável: o que é o cigarro?; 4.13. A isenta opinião do conceituadíssimo Professor do INCA, Doutor José Rosemberg a respeito do tabaco; 4.14. Nexo causal/1 – a nova responsabilidade civil: ampliação dos danos merecedores de reparação, teoria do risco (da empresa/do negócio), objetivação da responsabilidade, responsabilidade agravada; 4.15. Nexo causal/2 e a teoria do escopo da norma violada; 4.16. As estatísticas; 4.17. Propaganda x Informação ao fumante: o fantasioso discurso de falta de previsão em lei, o “dano injusto” e o caso Riggs x Palmer; 5. Respondendo aos “tabaco-irresponsabilistas” ou à guisa de conclusão; Referência bibliográfica.

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Univali/SC, dupla titulação com a Universidade de Alicante, Espanha. Juiz de Direito em Santa Catarina.

1. Apresentação do tema: a *blame culture* e os efeitos paradoxais

A objetivação da responsabilidade civil², inclusive na sua forma agravada, tem como pano de fundo a instituição do Estado Social e sua peculiar interpretação das funções civil-ressarcitórias, incluindo dentre elas a distributiva o que, em nossa leitura, merece ser apreciado com o necessário cuidado.

O que se observa, nos dias que correm, é o inegável deslocamento do eixo da responsabilidade civil, centrado agora na reparação da vítima, e não mais na discussão acerca da culpa do lesante (carnaúba).

Esta postura (também e preponderantemente jurisprudencial) focada na reparação da vítima com a adoção, por exemplo, da teoria do risco integral, possui impressionante impacto nas relações sociais, podendo-se falar, por conta disso, no surgimento de uma “blame culture”, isto é, de algo que se convencionou designar de “cultura da culpa”, expressão emprestada da ciência da Administração.

Possível conceituar a locução “cultura da culpa” como aquela relativa à tendência dos grupos ou organizações sociais de criarem mecanismos de responsabilização quando do mau funcionamento de algo ou quando constada a ocorrência de um erro. Aqui, ao invés de ser promovida uma inflexão na direção da oportunidade de melhoria (aprender e melhorar com o erro), opta-se pela identificação e responsabilização do culpado.

O resultado dessa escolha é que, naturalmente, gera-se uma preferência pelo não-risco, em face do temor da imputação da culpa e da inerente e indesejada responsabilização. Como consequência, no mundo real, paralisam-se atividades cuja relação custo-benefício (aqui considerada, obviamente, não apenas no seu aspecto financeiro, mas também no que se refere à honra e

² "Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco etc.), mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas". SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

personalidade do “culpado”) não se mostra adequada. Sem assunção de riscos, cessam as inovações, as melhorias, os aperfeiçoamentos.

É o que se constata, por exemplo, na sensível seara da responsabilidade civil médica, ao ponto de certas especialidades, como a obstetrícia, terem sido literalmente abandonadas pelos facultativos.³

Nesse andar, intuitivo supor que as questões ainda mais delicadas ao tecido social e jurídico, afetadas pela danosidade à saúde coletiva inextricavelmente acoplada aos gigantescos lucros de empresas exploradoras de determinados ramos da atividade econômica, como a indústria do cigarro, recebessem igual tratamento dos tribunais brasileiros. Afinal, o custo pessoal (das vítimas e familiares), público (estatal-orçamentário) e coletivo (danosidade insidiosa de efeitos protraídos no tempo) causado pelo cigarro é incomensurável.

Respostas intuitivas, todavia, nem sempre são confirmadas pela justiça, o que faz recordar da expressão médica, hoje popularizada, denominada “efeito paradoxal” que se dá, como sabido, quando os resultados de dada terapia são contrários ao esperado pela ciência.

Todo o sistema jurídico aponta, não há dúvidas, para a responsabilização, inclusive objetiva, quer dizer, sem discussão de culpa, daqueles que exploram atividade de risco (risco-proveito, risco-atividade) e causam danos a outrem. Observe-se, por exemplo, a dicção do parágrafo único do artigo 927, do Código Civil Brasileiro: “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”. Assim também se verifica, e com mais razão, em relação ao consumidor, respondendo o “fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou

³ MARTINS, Filipe Manuel Rodrigues. **Conflito Médico-Legal em Obstetrícia**. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. FMUP, 2009/2010: “A guerra médico-legal nos Estados Unidos da América surgiu na década de 70 e, desde então, tem aumentado de forma exponencial. O custo dos prémios de responsabilidade médica atingiu valores insustentáveis pelo que muitos profissionais abandonaram a prática clínica ou refugiaram-se na medicina defensiva. Uma das especialidades mais afectadas tem sido a Ginecologia/Obstetrícia, particularmente a Obstetrícia”. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/53488/2/Conflito%20Mdicolegal%20em%20Obstetrícia.pdf>, acesso em 29/11/2016.

estrangeiro, e o importador, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.⁴ Idêntico tratamento mereceu o fornecedor dos serviços.⁵

Recente decisão do eg. STJ parece confirmar essa tendência responsabilizatória (objetiva), mesmo em se tratando de organização hospitalar destinada a salvar vidas e que se mantém, no Brasil, sabemos a que custo. “A responsabilidade do hospital pela infecção hospitalar é objetiva, pois essa decorre do fato da internação - ou seja, está relacionada aos serviços relativos ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) -, e não da atividade médica em si”.⁶

Assim, *ad simili*, legítima a expectativa de todos em relação à indústria do cigarro, isto é, que em face dela fosse dispensado o mesmo tratamento tão inflexível adotado pelos tribunais no que se refere à saúde do paciente, tal qual se verifica quando do julgamento de pequenos e grandes hospitais, por exemplo.

Traçando um paralelo com o direito penal, é como se o sistema se voltasse apenas ao combate e prevenção da criminalidade vulgar, deixando de lado os crimes financeiros e de corrupção envolvendo a criminalidade refinada, insidiosa e todo-poderosa, muitas vezes ligada ao poder político, como revelou, à luz solar, a operação “Lava Jato”, levada a termo pelo Juiz Federal Sérgio Moro.

Todavia, os argumentos alinhados pelos patronos defensores das tabageiras encontram eco nas cortes de justiça do Brasil, como se verá.

⁴ Artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

⁵ Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

⁶ STJ, AgInt no REsp 1394939 / ES - 2013/0238630-6. DJe 10/11/2016.

Importante, por isso, percorrer o caminho do raciocínio ali desenvolvido, o qual se mostra tão convincente à absoluta e inquestionável irresponsabilização dos grandes grupos econômicos ligados à indústria do cigarro.

2. Os argumentos utilizados pelos defensores da desresponsabilização das indústrias lesantes – os “tabaco-irresponsabilistas”

Nas ações judiciais havidas pelo Brasil em que se discute a responsabilidade civil da indústria do tabaco pelos danos causados aos fumantes, constatamos o mesmo fio condutor defensivo.

Com temperamentos, são eles:⁷

- a) ações desta natureza configuram uma "aventura jurídica";
- b) as pessoas começam a fumar porque querem, cientes dos riscos associados ao consumo de cigarros;
- c) o cigarro é um produto lícito e o seu comércio e produção também, sendo essas atividades fortemente regulamentadas pelo Poder Público;
- d) colocar produtos de periculosidade inerente no mercado – por si só – não gera responsabilidade;
- e) é seguida, rigorosamente, a legislação em vigor, inclusive no que toca às informações ao consumidor;
- f) deve-se operar a "flexibilização dos conceitos de vício e de droga" e da "inexistência de defeito no produto – os riscos associados ao consumo de cigarros são por todos razoavelmente esperados";
- g) inexistente propaganda enganosa ou abusiva;
- h) inexistente nexos de causalidade entre a publicidade promovida pela tabageira e a decisão do lesado de começar a fumar;
- i) é descabida a inversão do ônus da prova;
- j) a matéria deve ser analisada sob o enfoque do “livre arbítrio”;
- k) a ciência de que fumar faz mal à saúde existe desde o período colonial e "tem sido muito repetida desde pelo menos os anos 40...";
- l) as propagandas comerciais produzidas e veiculadas pelas próprias tabageiras envolvendo cigarro, demonstram a associação que há entre o fumo e os riscos à saúde;

⁷ Assim, exemplificativamente, vide AC n. 2011.099020-8, TJSC.

- m) no mais das vezes, não comprova o lesado sequer a marca do cigarro consumido, não havendo nexos de imputação;
- n) o cigarro é produto de periculosidade inerente, e não defeituoso (art. 12, CDC);
- o) os riscos associados ao seu consumo [do cigarro] são, há muitas décadas, por todos conhecidos e razoavelmente esperados;
- p) as pessoas não começam a fumar induzidas pela publicidade;
- q) cuida-se de culpa exclusiva da vítima, pois ao se iniciar o consumo de cigarros, mesmo ciente dos riscos e ao ter insistido nessa conduta, a vítima avocou para si toda a responsabilidade.

Num resumo grosseiro, percebe-se que a defesa da tese irresponsabilizatória inicia pela tentativa de desqualificação pessoal dos lesados (aventura jurídica), passa pelo esforço de derribar o nexos causal, afirma a licitude do fato e a existência de culpa (sic) exclusiva da vítima, que começou e continuou a fumar por sua livre vontade, não havendo liame algum a ligar a propaganda promovida pela indústria do cigarro com o “hábito”⁸ de fumar.

Tais argumentos são, invariavelmente, aceitos pelos tribunais brasileiros, e se encontram fundamentados em pareceres encomendados pela indústria do cigarro a altas personalidades do mundo jurídico.

Um desses pareceres encontra-se disponibilizado ao público, e é de autoria do ex-Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Junior.⁹ Com base nele, também, procederemos a análise do tema.

⁸ Curioso como insistem as tabageiras que se trata de “hábito”, e não de vício. Assim por exemplo, se colhe do parecer do ilustre ex-Ministro do STJ Ruy Rosado, <http://www.ruyrosado.com.br/producao-intelectual>. Acesso em 01/12/2016. Ali se lê, à p. 7: “12. Um dos riscos da utilização do cigarro está no surgimento de dependência (vício)”. No resto do texto, porém, utiliza a expressão “hábito” (sic).

⁹ <http://www.ruyrosado.com.br/producao-intelectual>. Acesso em 01/12/2016. Outros muitos pareceres do mesmo naipe foram encomendados pela indústria do tabaco e se encontram citados no trabalho do ex-Ministro Ruy Rosado.

3. Problema de partida: a constitucionalização do direito civil impõe interpretação do ordenamento jurídico diametralmente oposta àquela apresentada pelas indústrias do fumo

Já antes destacamos a profunda mudança operada no direito da responsabilidade civil. É momento de aprofundarmos as razões dessa revolução.

Aceitam todos, e por isso não se lhe dedica aqui mais profunda reflexão, a superioridade hierárquico-normativa da Constituição, servindo ela como "fundamento de validade das normas inferiores".¹⁰

Dessa forma também se dá, regra geral, consoante boa doutrina, quando da interpretação¹¹ e aplicação das leis ordinárias (e das cláusulas gerais nelas inseridas) que devem, bem por isso, ser lidas a partir dos princípios constitucionais que as informam¹², até porque, como já afirmado, "(...) cada Direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado Direito) princípios".¹³

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1998.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, especialmente pág.36. Para Eros Grau, "(...) a interpretação do Direito tem caráter constitutivo – não, pois meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção (=concretizar) ao Direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do Direito na realidade". GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 158.

¹² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Abrindo outra perspectiva sobre o tema, vide o trabalho de AUER, Marieta. **A interpretação em conformidade com o direito primário**, in MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. pp.41-77. Vale, no particular, sublinhar a feliz advertência da doutrina: "Por um lado, a tendência a superestimar os princípios em detrimento das regras torna altíssimo o grau de incerteza e pode descambar em insegurança incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do sistema jurídico e, pois, à destruição de suas fronteiras operativas. Por outro lado, a tendência a superestimar as regras em detrimento dos princípios torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar problemas sociais complexos". NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. XX.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 162.

Realmente, “a dignidade desempenha um papel não apenas na caracterização do dano causado por violações aos direitos humanos, mas também na responsabilização do Estado em reparar o dano. Assim o é porque uma violação dos direitos humanos fere “a dignidade e o respeito devidos a cada ser humano (...). A punição de quem praticou o ato restabelece a dignidade e a autoestima da vítima (...) e da comunidade”¹⁴.

Guiada pelos direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa humana é que se vai agora modelando a base para a repaginação da tábua valorativa que permeia a responsabilidade civil contemporânea - dedicando-se especial ênfase às assimetrias¹⁵, à proteção do vulnerável, do hipossuficiente e, de maneira mais detida¹⁶, das vítimas -, cujo eixo central parece agora residir na preocupação com o ressarcimento do dano¹⁷ (examinando-se, à largada e conceitualmente, se se trata, inclusive, de admitir nova categoria de patrimônio a ser protegido ou de danos a serem indenizados), afastando-se da discussão o conceito de culpa, quando necessário e pertinente, e até dispensando-se, eventualmente, em situações excepcionalíssimas, a demonstração do nexo de causalidade.

Nesse contexto temporal-evolutivo foi tomando densidade, então, a ideia centrada na necessidade (para a justa decisão) de se aplicarem os direitos fundamentais às relações entre particulares¹⁸, sem que isso implique na vulgarização que se quer justamente evitar.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 32.

¹⁵ As assimetrias manifestam-se através da ausência de isonomia material, caracterizada também (mas não exclusivamente) pela vulnerabilidade de um em relação ao outro que se encontra, bem por isso, substancialmente superior àquele. MIGUEL, Paula Castello Miguel. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Por isso a igualdade buscada deve ser "real e efetiva perante os bens da vida", isto é, substantiva, não meramente adjetiva. FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo, Saraiva, 1989. p. 62.

¹⁶ “Surgiu então a necessidade de socorrer as vítimas (Mazeaud & Mazeaud, *leçons de droit civil*, Paris, Ed. Montchrestien, 1956, p. 302)”. FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo código civil e a constituição*, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 171-218.

¹⁷ "(...) Mas a sua expansão (da responsabilidade contratual) é também a da responsabilidade em geral, porque orientada no sentido de facilitar a reparação devida à vítima do dano". DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, 12 ed, 2 tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p.67.

¹⁸ Assim, por exemplo: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012. UBILLOS, Juan María

Compondo essa nova tecitura normativa e com vistas a promover o acertamento entre o tempo tecnológico e o tempo das leis, passou o Código Civil Brasileiro, de forma indisfarçável, a ser orientado por balizamentos¹⁹ que se distanciam dos vetustos modelos decisórios oitocentistas lastreados, no que aqui pertine, (quase) exclusivamente na culpa e na boa-fé subjetiva, tornando também seus os princípios da socialidade, eticidade e efetividade (ou operabilidade, como querem alguns).²⁰

Para tanto e com o intuito de conferir maior plasticidade e, portanto, relativa perenidade à lei, utiliza-se o sistema, abastança, de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e normas programáticas, cabendo ao Judiciário concretizar os mandamentos ético-jurídicos ali insertos a partir, repita-se, da matriz constitucional, em que pese termos como verdadeira a constatação de que as constituições nacionais (especialmente nos países comunitários europeus) estão "gradativamente perdendo em centralidade".²¹

E, corolário dessa escolha legislativa, eventual violação das obrigações impostas pela boa-fé objetiva poderá se traduzir em inapelável responsabilização do lesante.

Por aí já se vê o quão impossível aceitar as teses defensivas daqueles que lesam as vítimas, em face da tibieza de seus argumentos, chegando eles ao

Bilbao. **En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 225-246. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 273-300.

¹⁹ Souza, Sylvio Capanema de. **O novo código civil**. Livro I – do direito das obrigações. Rio de Janeiro: CEDEs-TJRJ, 2002. p. 40/42.

²⁰ A socialidade implica no abandono do modelo liberal-individual, não podendo contratos e propriedade, por exemplo, afastarem-se de sua função social. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no código civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2003 e REALE, Miguel. **Principais controvérsias no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. A eticidade, de seu lado, quer significar que as relações obrigacionais serão depuradas pela boa-fé objetiva TRINDADE, Roberto Júlio. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista do Direito do Consumidor**, 23-24/199, jul.-dez. 1997. A efetividade, finalmente, impõe aos juízes uma função mais ativa na efetividade da justiça, consistente na fiscalização das relações éticas e econômicas travadas na sociedade.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. In MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 121.

ponto de deformar o conceito de boa-fé, dizendo que antes da década de 1980 não havia obrigação de avisar aos usuários/-fumantes acerca dos perigos do “hábito” de fumar.

4. Análise das teses apresentadas em defesa da irresponsabilização da indústria do cigarro

4.1. Inversão do ônus da prova

Obvia-se, primeiro, que nem mesmo as tabageiras discutem tratar-se, em casos tais, de relação de consumo, tanto que sustentam no sentido da inexistência de defeito de produto/fato do produto e da inexistência de propaganda enganosa, alertando para o fato de o produto comercializado (cigarro) possuir "periculosidade inerente", seguindo rigorosamente toda a legislação aplicável ao tema, inclusive aquela respeitante às informações ao consumidor.²²

Se disso se trata [lembrando que o "direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art. 5º, XXXII e art. 170, V, da CF/88; art. 48 do ADCT-CF/88)" (Cláudia Lima Marques, Manual de Direito do Consumidor, RT, 2008, p. 24)], quer dizer, se se cuida efetivamente de direito fundamental (social) de segunda dimensão, elevado à condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF/88), então a inversão do ônus da prova, no caso em estudo, é mesmo medida imperativa e poderia, como cediço, ser aplicada inclusive (como de resto vem sendo admitido pelos Tribunais) quando da sentença, pois que a regra insculpida no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, é de "julgamento" (STJ, REsp 241.831-RJ, DJ 3/2/2003).

Sendo os lesados (e quanto a isto há absoluto consenso) legalmente vulneráveis (e todo o consumidor o é) e geralmente técnica, econômica e informacionalmente hipossuficientes em relação à gigantesca empresa do cigarro, a inversão do ônus da prova é medida de justiça inafastável.

Configuram-se direitos básicos do consumidor (CDC, artigo 6º), dentre outros, *a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil*

²² Nesse sentido o parecer citado na nota 7, acima.

a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (inciso VIII).

Destaca-se também que [e aqui acompanhando o saudoso Ministro Menezes Direito, um dos mais conceituados, elegantes e dignos Magistrados que este País já possuiu, quando ainda pertencente ao STJ, em seu voto proferido no REsp 422.778/SP (julgado em 19/06/2007)] se trata de inversão legal/responsabilidade objetiva (e não judicial), incumbindo à lesante (e só a ela) provar a excludente de sua responsabilidade.

Também é esse o entendimento do Tribunal de Justiça Gaúcho, em feito no qual demandava, justamente, dada empresa tabageira. Destaco: “Conforme constou no relatório, o falecido Luiz Vilmar Borges Pinto fumou desde os 12 anos, uma média de quatro maços de cigarro por dia, das marcas minister, continental e hollywood. (...) Faleceu em decorrência de insuficiência respiratória e ‘câncer pulmonar’, restando provado que consumiu somente cigarros fabricados pela Souza Cruz. Pelo menos esta não fez prova em sentido contrário, como lhe caberia, eis que por se tratarem, as partes, de pessoas hipossuficientes frente ao poderio econômico da ré, a inversão da prova se impunha em favor dos autores” (AC, nº 70007090798, 9ª CC, Comarca de Porto Alegre, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga).

Logo, invertido o ônus da prova, cabe à tabageira demonstrar a inexistência do dano, da ilicitude ou do nexo de causalidade.

4.2. Direito fundamental à saúde – indisponibilidade – aplicabilidade horizontal, entre particulares

Não há cabimento afirmar que o discutido se trata de direito inoponível aos particulares, isto é, que se cuida de metaprincípio insculpido na Carta Maior somente para servir de norte (dirigismo) ao Estado ou, ainda, que não se pode invocá-lo em face da tabageira, pois que aqui não se trataria de direito público subjetivo, mas de relação de natureza horizontal.

Não é assim, todavia.

Todo o moderno constitucionalismo aponta, sem receios, no sentido da aplicação das normas (regras e princípios) constitucionais também em face dos particulares (entre particulares). E nem poderia ser diferente, sob pena de inviabilizar a efetividade dos direitos fundamentais.

Bem por isso o Código de Defesa do Consumidor – CDC –, que é haurido na própria Constituição Federal (portanto, norma de ordem pública e de aplicação obrigatória) – artigo 5º, inciso XXXII, artigo 170, inciso V, CF/1988 e artigo 48, do ADCT-CF/1988 – prevê (artigo 6º), como direito básico do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança.

Por outro lado, estatui o CDC que também a informação constitui-se direito básico do cidadão-consumidor (artigo 6º, inciso III), bem como a proteção contra a publicidade enganosa (artigo 6º, inciso IV).

Portanto, é também sob essa óptica que deve ser lida a questão da irresponsabilidade das tabageiras.

4.3. "Aventura jurídica"

A expressão "aventura jurídica" é utilizada pelos "tabaco-irresponsabilistas" para caracterizar os pedidos autorais.

A deselegante expressão mais se presta a buscar desmoralizar o pedido dos autores do que ao enfrentamento sincero da questão.

De mais a mais, não se pode ter como "aventureira" a tese apresentada pelos lesados, pois que há incontáveis acórdãos do combativo e corajoso Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e de outros Tribunais do país albergando a tese responsabilizatória.

4.4. Atividade lícita, legal e regulamentada pelo Estado, o que implica na inexistência de seu dever de indenizar

Dizem as tabageiras que não podem ser responsabilizadas, uma vez que sua atividade é lícita, legal e vem fiscalizada pelos órgãos governamentais. Tal argumento encontra acolhida em alguns tribunais.²³

Pensa-se em sentido diametralmente oposto, com filiação aos entendimentos abaixo, extraídos do TJRS, mais consentâneos com os sentimentos de justiça que se entende devam nortear qualquer julgamento.

Na verdade, como decidido pelo TJRS, "não se discute da licitude ou não do agir da empresa que fabrica o cigarro, pois se sabe que está a agir com a conivência da Federação e do Estado, que se beneficiam com o retorno de impostos. "Ocorre que, para que haja responsabilização civil, a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, deve ser uma conduta que causa dano a outrem. O que está em jogo não é a natureza jurídica da conduta das empresas fabricantes de cigarro, mas sim os danos causados por essa conduta, seja ela lícita ou não", na advertência de ADRIANA DO COUTO LIMA PEDREIRA (in Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo, Ed. Forense, pág. 62) (TJRS, 9ª CC, AC 70007090798. Tania Regina dos Santos Pinto *versus* Souza Cruz S/A, j em 19/11/2003)".

No mesmo sentido, a apelação cível n. 70000144626, do Tribunal Gaúcho:

"Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar. Desimporta a licitude da atividade perante as leis do Estado e é irrelevante a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo para afastar a responsabilidade. E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso

²³ Por exemplo, no eg. Tribunal de Justiça Catarinense (Apelação Cível 2005.024267-2).

tenha responsabilidade. A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. Sempre que um produto ou bem – seja alimentício, seja medicamento, seja agrotóxico, seja à base de álcool, seja transgênico, seja o próprio cigarro – acarrete mal às pessoas, quem o fabricou ou colocou no mercado responde pelos prejuízos decorrentes. Ante as consequências desastrosas do produto, como é o caso dos autos, que levam, mais tragicamente, à morte, não pode o fabricante esquivar-se de arcar com as indenizações correspondentes. Mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, cometendo abuso de seu direito, por omissão, ocultar as consequências do uso do produto e safar-se da responsabilidade de indenizar, especialmente se, entre essas consequências, estão a causação de dependência e de câncer, que levaram a vítima à morte. E também não pode esquivar-se da responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são consequências do uso de um produto como o cigarro. (...) Assim, pelo que se acabou de analisar, o problema, na verdade, não é a licitude, ou não, da atividade de fabricação e comercialização de cigarros, e nem a opção livre de consumo pelos adquirentes, mais recentemente com as advertências, inclusive dos malefícios, promovidas e determinadas pelo Governo. (...) Já prelecionava Silvio Rodrigues, na sua obra (in Direito Civil – Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 17ª ed., 1999, vol. 4, p. 20), que "... a responsabilidade pode emergir de um ato ou omissão do agente que represente infração a um dever social. É possível que a atitude do agente não seja ostensivamente contra a lei, mas contra seu espírito. São os atos praticados com abuso de direito." (Grifos e sublinhados acrescentados). (...) Assim, mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, abusando do seu direito por omissão, ocultar as consequências do produto – como na hipótese do cigarro, a causação de dependência e de câncer – e, ao contrário, promover a propaganda ligando ao uso do produto as situações de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, situações contrárias às que decorrem e que são consequências do produto. Concordo que ninguém – pelo menos quem quer vender um produto, como o cigarro – vai fazer propaganda dos aleijados, de um canceroso com o cigarro na

boca, e que o Código de Defesa do Consumidor não pode eliminar todos os riscos. Isso nem a ciência pode. Pois é exatamente por isto que entendo que a responsabilidade tem que existir: porque é lícito, porque é uma atividade normal da vida econômica e da sociedade massificada, é que alguém que fabrica e comercializa tem que responder pelos riscos e suas consequências. Essa é uma exigência da multifariedade cambiante da vida moderna em sociedade, como falava o Des. Nereu há pouco em seu voto no julgamento que a este precedeu sobre o mesmo assunto (Apelação Cível nº 70006964365), em que se desconstituiu a sentença de primeiro grau." No mesmo sentido, AC 70016845349, TJRS).

Com o devido respeito, inclusive aos ilustres pareceristas contratados pela indústria do tabaco, tem-se a impressão que alguns estão a confundir atividades lícitas com "ato ilícito".

Estamos, à obviedade palmar, diante de hipótese de responsabilidade objetiva, prevista expressamente no CDC. Portanto, como ensina o Prof. Fernando Noronha, "seria contraditório falar de ato ilícito gerador de responsabilidade objetiva" (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 363).

De conformidade com a teoria da *ilicitude objetiva*, "ato ilícito [na acepção ampla] significa qualquer ação humana que não seja conforme com o direito". "A acepção ampla está mais de acordo com as raízes etimológicas de ilícito: no latim, foi do verbo 'licere', ser permitido, e da forma 'licet' (recorde-se o aforismo 'nom omne quod licet honestum est', nem tudo o que se permite é honesto), que derivou 'licitus', o que é permitido, e 'illicitus', o que é proibido, seja pela lei, seja pela moral. (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 361-2). E prossegue o culto Professor: "por isso, todos nós temos o direito de não sermos afetados por atuações de outras pessoas, ainda quando estas procedam com todas as cautelas exigíveis. Os riscos de cada atividade devem ficar com a pessoa que a realiza" (ibidem, p. 434).

Pergunta-se: expor à venda produto, com intuito de lucro, sabendo dos seus malefícios à saúde do consumidor, pode enquadrar-se na categoria

"conforme com o direito"? Se a resposta for positiva, adiciona-se: qual direito? E de quem?

De fato, há inúmeras atividades lícitas que demandam reparação em caso de dano, independentemente da existência de culpa do demandado, como ocorre na hipótese de infecção hospitalar, comentado no preâmbulo. Aqui, em que pese todo o esforço do nosocômio no sentido de desinfecção do ambiente hospitalar e mesmo em se pautando o hospital em atualizados protocolos internacionais de infectologia, providenciando a assepsia recomendada, em havendo contaminação do paciente, deverá ele, o hospital, e não o paciente-consumidor, "quebrar" o nexos causal e demonstrar, cabalmente, que a infecção foi "adquirida" noutro lugar. De nada adianta, pois, para efeitos de responsabilização civil objetiva do hospital, dizer que estava ciente o paciente-consumidor, ao adentrar no hospital, de que poderia ali contrair a infecção, sendo esta uma opção consciente, uma vez que havia cartazes luminosos no local avisando dessa possibilidade. Repetimos: a elevadíssima licitude da atividade hospitalar (salvar vidas) não exime fornecedor dos serviços da responsabilidade de ressarcir as vítimas (responsabilidade objetiva) de infecção ali presumivelmente contraída. E em tais casos, a atividade hospitalar é por demais lícita, regulada, fiscalizada e tributada pelo Estado e, mesmo assim, em ocorrendo o dano e não "quebrando" o nosocômio o nexos causal, sua responsabilidade será objetiva. Veja-se, por todos, o acórdão prolatado pelo Eg. TJSC na AC nº 2009.074447-7, relator o eminente Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 15/06/2010.

E mais, na hipótese dos hospitais, ao contrário do que ocorre no caso das tabageiras, vale frisar que em sua maioria sequer visam lucro, por se tratar de entidades filantrópicas/benéficas, o que não se verifica com as milionárias indústrias do cigarro.

Portanto, o argumento lançado pelos "tabaco-irresponsabilistas" é paupérrimo, pouco importando ser a atividade desenvolvida considerada "lícita" pelo Estado para fins de reparação da vítima.

4.5. O produto comercializado – cigarro – não possui defeito, o que implica na não responsabilização da fabricante

Outro argumento levantado pela indústria do tabaco no sentido da irresponsabilidade das lesantes diz com a inexistência de defeito no produto "cigarro".

Não parece ser essa a melhor solução. Veja-se, sobre o ponto, o que decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "O enquadramento legal do agir da ré incide na disposição do art. 12, par. 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que considera o cigarro como produto defeituoso, visto não oferecer segurança que dele legitimamente se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam. Washington Peluso Albino de Souza, em artigo publicado na Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial (Repositório de Jurisprudência autorizado pelo STF, sob n. 004/85 e pelo STJ, sob n. 12 'Portaria n. 8/90', Ano 15, Outubro-Dezembro/1991, n. 58, artigo denominado: "Considerações a respeito do Código de Proteção e defesa do consumidor, pág. 106), ao tratar da "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, referida aos 'defeitos' e às informações insuficientes e inadequadas sobre a utilização e os riscos e responsabilidades do fabricante, do produtor, do construtor nacional ou estrangeiro e do importador", salienta que: "Sua responsabilidade independe da existência de culpa e dela somente se eximem se houver culpa exclusiva do consumidor (art. 12, par. 3º, III), ou por não ter colocado o produto no mercado ou, se o fez, nele não existir defeito. "O comerciante pode ser o responsável, por ser o elemento habitualmente em contato com o consumidor, e na hipótese de não se identificarem os demais fornecedores da cadeia sequencial de atividades". "Quanto ao defeito no serviço, o fornecedor é o responsável, também independentemente de culpa, à exceção dos profissionais liberais, cuja responsabilidade se apura mediante a verificação da culpa". (...) (TJRS, 9ªCC, AC 7000709098, Tânia Pinto *versus* Souza Cruz S/A, j. 19/11/2003).

4.6. Sobre o que se entende por “expectativa legítima”

Ao contrário do pretendido pela indústria do tabaco, tem-se afirmado, com acerto (vide STJ, REsp 1.096.400/RS, relator eminente Ministro Massami Uyeda, publicado em 25/09/2009 – trecho contido no corpo da decisão do Tribunal de origem), que “em matéria de proteção à saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima, é dizer, a ideia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera.

Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo).

Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo).

O § 1º, do art. 12, do CDC, após salientar que só há responsabilidade civil do fornecedor se houver defeito no produto introduzido no mercado, dispõe, a título exemplificativo, que 'o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera'. Portanto, o conceito de defeito não se relaciona propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores.

O fato de alguns tabagistas conseguirem largar o vício por conta própria ou com ajuda médica, não exclui a responsabilidade do fabricante, visto que o abandono do vício depende de fatores subjetivos e características individuais dos consumidores.

Entretanto, o vício possui a mesma gênese para todos os tabagistas: o consumo de cigarros e o vício pela nicotina. Parar de fumar não significa que a nicotina não vicia ou que o cigarro não possui outros componentes que induzem o consumo de cigarros. A abdicação do vício pelo fumo não depende apenas de uma decisão do próprio fumante ou de sua autodeterminação [bem ao contrário do que dizem os pareceristas contratados pela indústria do tabaco].

Desse modo, os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º do CDC), porquanto a expectativa dos tabagistas não é desfrutar de doenças associadas ao consumo de cigarro ou provocar a morte a longo prazo.

Ao revés, pretendem obter a sensação calmante e prazerosa provocada pelo consumo de cigarros, estes sim considerados normais e previsíveis”.

4.7. "Começa - e continua - a fumar quem quer"

No entender das tabageiras, sua propaganda não é abusiva nem enganosa. Não nos é possível perceber o fenômeno pelo mesmo ângulo.

Afirmam os defensores da tese irresponsabilizatória que "o início no vício pode ser resultado tanto da propaganda como de outros fatores, como a convivência com pais e amigos”, buscando com isso lançar fumaça sobre o nexo causal entre a lesão provocada na vítima e o fato de fabricar e comercializar cigarros.²⁴

A antítese ao argumento “fuma quem quer” vem bem fundamentada pelo Tribunal Gaúcho:

“Ressalto, por fim, que a propaganda enganosa que as empresas de fumo praticam para a venda do cigarro, está amparada em Lei Federal específica de n. 9.294/96. No entanto, mesmo que tenham, as propagandas, as advertências malélicas provenientes do fumo e que são determinadas por tal lei, demonstram aos usuários e aos futuros usuários a vantagem em fumar-se, como que seus personagens realmente vivessem fumando e por isso seriam esbeltos e lindos. (...) Também não pode esquivar-se da responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são consequências do uso de um produto como o cigarro.

²⁴ A tese vem recepcionada pelos Tribunais, como por exemplo TJSC, AC n.º 2005.029372-7, 2005.021834-1 2006.008308-8.

Ademais, aplica-se também ao caso dos autos o Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ocorrência do resultado danoso se deu em plena vigência do Regramento Consumerista, que é norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC), e por isso de aplicação imediata. O cigarro é produto altamente perigoso, não só aos fumantes como também aos não-fumantes (fumantes passivos ou bystanders). Assim, pelo que se acabou de analisar, o problema, na verdade, não é a licitude, ou não, da atividade de fabricação e comercialização de cigarros, e nem a opção livre de consumo pelos adquirentes, mais recentemente com as advertências, inclusive dos malefícios, promovidas e determinadas pelo Governo. Opção que, na verdade, sequer é livre, no caso do cigarro, nem mesmo com relação aos primeiros cigarros e tragadas, pois sempre há, e sempre houve, a já referida propaganda apelativa, especialmente em relação aos jovens, além da irretorquível desgraça da realidade do vício decorrente da dependência química e psíquica. Eis a ementa da apelação cível n. 70000144626, da lavra do em. Des. Cassiano, que bem resume a matéria posta acima, e que serve de primeiro precedente desta Câmara, ocasião em que tive a honra de acompanhá-lo: "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA" (TJRS, 9ªCC, AC 7000709098, Tânia Pinto versus Souza Cruz, j. 19/11/2003).

Além disso, qualquer manual de *marketing* demonstra a fragilidade afirmado pelos "tabaco-irresponsabilistas".

Philip Kotler, seguramente o maior nome internacional no tema, em seu último livro lançado no Brasil, ensina: "Não basta simplesmente dizer a uma pessoa que um novo comportamento seria bom para ela. Cada maço de cigarro contém um alerta de que o fumo é prejudicial à saúde. Sabemos que isso não é suficiente. (...) Infelizmente, isso não é tão comum. Pensem no fato de que os alertas sobre o cigarro são colocados nos maços há décadas, mas a OMS – organização mundial da saúde – estima que 29% dos jovens e adultos (a partir dos 15 anos) de todo o mundo ainda fumam. Mídia – Noticiários e propagandas

de entretenimento têm uma influência poderosa sobre os comportamentos individuais porque moldam valores, estão associados a eventos e tendências atuais e criam normas sociais”.²⁵

Repito: mídia, noticiários e propagandas de entretenimento têm influência poderosa sobre comportamentos individuais porque moldam valores, estão associados a eventos e tendências atuais e criam normas sociais!

4.8. É respeitado o "livre arbítrio" do fumante

Esta “tese” corrobora a outra, a da culpa exclusiva da vítima.

Não parece que assim seja.

No sítio oficial do Instituto Nacional do Câncer – INCA –, órgão ligado ao Ministério da Saúde e que goza de inegável conceito e credibilidade internacionais, localizamos o seguinte texto ilustrativo:

“Por que as pessoas fumam? Vários são os fatores que levam as pessoas a experimentar o cigarro ou outros derivados do tabaco. A maioria delas é influenciada principalmente pela publicidade maciça do cigarro nos meios de comunicação de massa que, apesar da lei de restrição da propaganda de produtos derivados do tabaco sancionada em dezembro de 2000, ainda tem forte influência no comportamento tanto dos jovens como dos adultos. Além disso, pais, professores, ídolos e amigos também exercem uma grande influência. Pesquisas entre adolescentes no Brasil mostram que os principais fatores que favorecem o tabagismo entre os jovens são a curiosidade pelo produto, a imitação do comportamento do adulto, a necessidade de auto-afirmação e o encorajamento proporcionado pela propaganda. Noventa por cento dos fumantes iniciaram seu consumo antes dos 19 anos de idade, faixa em que o indivíduo ainda se encontra na fase de construção de sua personalidade. A publicidade veiculada pelas indústrias soube aliar as demandas sociais e as

²⁵ KOTLER, Philip. **Marketing contra a pobreza**. Philadelphia: Wharton School Publishing, 2010, p. 73 e p. 85.

fantasias dos diferentes grupos (adolescentes, mulheres, faixas economicamente mais pobres etc.) ao uso do cigarro. A manipulação psicológica embutida na publicidade de cigarros procura criar a impressão, principalmente entre os jovens, de que o tabagismo é muito mais comum e socialmente aceito do que é na realidade. Para isso, utiliza a imagem de ídolos e modelos de comportamento de determinado público-alvo, portando cigarros ou fumando-os, ou seja, uma forma indireta de publicidade. A publicidade direta era feita por anúncios atraentes e bem produzidos, mas foi proibida no Brasil. Com a Lei 10.167, que restringe a propaganda de cigarro e de produtos derivados do tabaco, esse panorama tende a mudar a médio e longo prazo. Os resultados das medidas de restrição à publicidade no controle do tabagismo em vários países mostram que este é um instrumento legítimo e necessário para a redução do consumo. A promoção e o marketing de produtos derivados do tabaco junto ao público jovem são essenciais para que a indústria do fumo consiga manter e expandir suas vendas. O tabaco é a segunda droga mais consumida entre os jovens, no mundo e no Brasil, e isso se deve às facilidades e estímulos para obtenção do produto, entre eles o baixo custo. A isto somam-se a promoção e publicidade, que associam o tabaco às imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, inteligência e outros atributos desejados especialmente pelos jovens. A divulgação dessas ideias ao longo dos anos tornou o hábito de fumar um comportamento socialmente aceitável e até positivo. A prova disso é que 90% dos fumantes começam a fumar antes dos 19 anos de idade. Seduzir os jovens faz parte de uma estratégia adotada por todas as companhias de tabaco visando reabastecer as fileiras daqueles que deixam de fumar ou morrem, por outros consumidores que serão aqueles regulares de amanhã. Nos arquivos secretos oriundos de documentos internos de grandes empresas transnacionais do tabaco, finalmente revelados durante uma ação judicial movida contra elas por estados norte-americanos crianças e jovens são descritos como "reservas de reabastecimento" e um dos principais alvos estratégicos, devendo se tornar dependentes do cigarro ainda cedo. Além disso, os documentos comprovam que, apesar de a indústria do tabaco se posicionar publicamente de uma forma, suas verdadeiras intenções são completamente opostas. Após a divulgação desses documentos e principalmente dos recentes avanços alcançados pela saúde pública no controle do tabagismo, a indústria

fumígena passou a adotar um discurso conciliador visando reconstruir sua imagem. Essa nova estratégia inclui o reconhecimento, em parte, dos riscos associados com o tabagismo, o desejo de diálogo, a abertura para regulamentações "racionais" e o envolvimento com projetos sociais para transmitir ao público a ideia de empenho pelas causas sociais como o combate à pobreza, ao trabalho infantil e ao analfabetismo, além da defesa do meio ambiente. Em 2003, a Souza Cruz foi premiada pela Câmara Municipal de São Paulo pela "atuação socialmente responsável" da companhia. Por esses esforços, fica a impressão de que a indústria do tabaco é contra o consumo do tabaco entre os jovens e promove medidas supostamente dirigidas para prevenir o tabagismo para menores de idade, criando campanhas e utilizando a ideia de que "fumar é para adultos". Porém, na verdade, ao apresentar o cigarro como "adulto" e "proibido", essas companhias buscam colocar sutilmente um importante ingrediente para reforçar o comportamento rebelde do adolescente, pois entre as principais motivações para o adolescente fumar são o desejo de se afirmar como adulto, sua rebeldia e a rejeição dos valores dos seus pais. Essas estratégias funcionam de forma favorável aos interesses econômicos da indústria do tabaco. São estratégias contraditórias, pois não mudam o interesse dos jovens em consumir cigarros nem reduzem o consumo do tabaco entre eles e ao mesmo tempo beneficiam o setor tabageiro. O Estudo Global do Tabagismo entre os Jovens, realizado pela OMS em 46 países, revelou um quadro alarmante de dependência prematura. Em algumas áreas da Polônia, de Zimbábue e da China, crianças de 10 anos de idade já estão dependentes do tabaco. Os adolescentes globalizados em Nova Iorque, Lagos e Pequim são vistos como alvos fáceis pelas multinacionais do tabaco. Tendo em vista que as marcas globais são veiculadas na propaganda como um estilo de vida a ser almejado, elas tendem a ser consumidas em larga escala, levando metade de seus usuários habituais à morte".²⁶

A imensa maioria dos fumantes brasileiros iniciou-se no "hábito" (*rectius*, vício) do tabagismo muito cedo, quando criança ou adolescente.

²⁶ <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/inca/portal/home>, acesso em 01/12/2016.

Conforme dados do Ministério da Saúde (sítio do INCA), item "susceptibilidade às drogas", "A nicotina vem sendo considerada a porta de entrada para o uso de drogas ilícitas, pois, frequentemente, os usuários de drogas como álcool e maconha revelam ter iniciado suas experiências consumindo cigarros. Esta afirmação faz parte do relatório anual do Ministério da Saúde dos EUA, publicado em 1992. Segundo o relatório, o hábito de fumar e a conseqüente dependência à nicotina geralmente se estabelecem na adolescência, ou mesmo antes, e são responsáveis por aproximar os jovens de outras drogas que causam danos à saúde. Está comprovado que nas pessoas com faixa etária entre 12 e 18 anos a dependência à nicotina se instala mais fácil e fortemente, já que é nesta fase que ocorre a formação da personalidade e da consciência crítica e a construção da autoestima. Os jovens formam suas crenças e incorporam hábitos e comportamentos da vida adulta, tornando-se, por isso mesmo, mais suscetíveis às mensagens veiculadas ao seu redor. Esta susceptibilidade mais intensa na juventude fica evidente quando se compara, por exemplo, os dados sobre o número de fumantes no Brasil, em 1989. Na faixa etária entre 10 e 14 anos havia 370.000 fumantes enquanto que entre os jovens de 15 a 18 anos o número de fumantes era aproximadamente 600% maior, ou seja, 2.341.000 fumantes".

De forma muito clara, é preciso patentear que, conforme o Ministério da Saúde - INCA, as pessoas começam e continuam a fumar "em decorrência da publicidade ser dirigida principalmente aos jovens e fornecer uma falsa imagem de que fumar está associado ao bom desempenho sexual e esportivo, ao sucesso, à beleza, à independência e à liberdade. A maioria dos fumantes torna-se dependente da nicotina antes dos 19 anos de idade. Conscientes de que a nicotina gera dependência, os fabricantes de cigarros gastam milhões de dólares em publicidade dirigidas aos jovens. Apesar da lei de restrição da propaganda de produtos derivados do tabaco, sancionada no Brasil em dezembro de 2000, as falsas imagens continuam influenciando fortemente no comportamento de jovens e adultos".

Portanto, não é verdadeira a afirmação lançada pelos “tabaco-irresponsabilistas”

Nestas hipóteses, ocorre aquilo que a boa doutrina intitula de “indução culposa a contratar”. Tal se dá, conforme a ensinança do Prof. Fernando Noronha, “por meio de informações falsas, [o] cabe numa categoria mais ampla que se poderia chamar de ofensa à liberdade negocial; acompanhando Massimo Bianca [1984, p. 161], pode-se dizer que a liberdade negocial é o direito da pessoa “ao livre desenvolvimento da sua autonomia negocial”. Quando se fala em ofensas à liberdade negocial, que quase sempre serão ofensas à liberdade contratual, tem-se em vista a violação, na fase que antecede a conclusão de um negócio jurídico, de deveres de informação relativos a fatos relevante para uma das partes e que eram do conhecimento da contraparte, ou mesmo de outra pessoa. É necessário, evidentemente, que se trate de informação imposta pelos padrões de conduta prevalecentes. A violação desses deveres pode ser feita de forma positiva ou negativa: num caso temos informações inexatas, no outro faltam as informações que deveriam ter sido prestadas. A indução culposa a contratar consuma-se por intermédio de informações falsas sobre elementos que sejam decisivos para fazer uma pessoa optar pela celebração de um contrato que para ela é desvantajoso. Tal indução pode provir da outra parte ou de terceiros, podendo ainda ser intencional ou meramente culposa: é necessário distinguir essas hipóteses. Importa também frisar que a responsabilidade de que aqui se cogita é a civil geral, portanto diversa de uma eventual responsabilização pelo inadimplemento do negócio jurídico que tiver sido celebrado (responsabilidade negocial): os danos indenizáveis no caso da responsabilidade por indução culposa a contratar são aqueles que o lesado não teria sofrido caso não tivesse celebrado o contrato”.²⁷

Assim sendo, não existe o propalado “livre arbítrio” publicizado pelos “tabaco-irresponsabilistas”.

²⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 449/450.

4.9. A deliberada intenção de “viciar”

Além disso, a nicotina conscientemente adicionada em doses cada vez mais elevadas ao seu produto – cigarro –, causa dependência nos usuários/consumidores, conforme cientificamente comprovado, no exclusivo intuito de manter os elevados lucros das empresas tabageiras

Por isso, não é verdadeira a expressão "larga o cigarro quem quer", e que as pessoas não deixam de fumar, mesmo sabendo dos riscos inerentes, simplesmente porque não querem.

A assertiva é inconsistente, fazendo parecer que todos reagimos química e psicologicamente da mesma maneira quando submetidos aos mesmos estímulos. Tanto é inverídica a afirmação que muitos seus pacientes (dependentes químicos do cigarro) são encaminhados para atendimento psiquiátrico, como coadjuvante no combate ao consumo de cigarros.

Portanto, subestimar o poder perverso da nicotina no organismo humano é desconsiderar toda a verdade científica que envolve a comercialização dos cigarros.

4.10. Produto cigarro: periculosidade inerente?

Dizem os “tabaco-irresponsabilistas” que o produto comercializado enquadra-se na categoria "periculosidade inerente".

Não se pode admitir a tese apresentada.

Estes produtos “(*unavoidably unsafe product or service*) trazem um risco intrínseco atado a sua própria qualidade ou modo de funcionamento. Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade dos produtos e serviços, nesses casos, diz-se "normal" e "previsível" em decorrência de sua natureza ou fruição, ou seja, está em sintonia com as expectativas legítimas dos consumidores. Logo, um bem nestas condições não é defeituoso "simplesmente

porque tem um risco inerente, Alguns produtos, uma faca de cozinha afiada, por exemplo, devem ser perigosos se querem ser úteis".²⁸

4.11. Má-fé: omissão de informações

Mesmo sabendo dos riscos do consumo de cigarros, e isto desde a década de 1950, a indústria do tabaco sempre os ocultou e, mesmo que não o tivesse feito, não se poderia falar em "periculosidade inerente" simplesmente porque, em face do consumidor, tais riscos eram absolutamente imprevisíveis.

Na esteira do referido pelo hoje Ministro do STJ, Professor Herman V. Benjamin, "de qualquer modo, na análise da obrigação de reparar, o juiz não se deve contentar com uma mera apreciação em "abstrato" do preenchimento dos dois requisitos já mencionados [normalidade e previsibilidade]. São eles examinados caso a caso, atendendo-se especialmente para as condições particulares de cada consumidor, principalmente para a sua capacidade de conhecer e avaliar eventuais INFORMAÇÕES fornecidas acerca dos riscos do produto ou do serviço".²⁹

A melhor jurisprudência, em casos análogos, já decidiu: "DANO MORAL. CIGARROS. CAUSAS MORTAIS QUE PODEM ORIGINAR: 'ENFISEMA PULMONAR', 'ARRITMIA CARDÍACA' E 'CÂNCER PULMONAR', ENTRE OUTRAS. NEXO CAUSAL COMPROVADO, FACE AO CONSUMO DO CIGARRO E O EVENTO MORTE. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA QUE SE APLICA AO CCv/16, INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (arts. 6º, incisos I, III, IV, VI e VIII, e 12, par. 1º) E ART. 159 DO CCv/16, NA MODALIDADE OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 335 DO CPC: "REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMUM". INDENIZAÇÃO DEVIDA. (PRECEDENTE: Apelação Cível n. 70000144626, Redator para o acórdão Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 29.10.03, 9ª. Câmara Cível). APELO

²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. RT, p.117.

²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. RT, p.118.

PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME” (TJRS, 9ª CC, AC 70007090798. Tania Regina dos Santos Pinto versus Souza Cruz S/A, j em 19/11/2003).

E, do mesmo Tribunal Gaúcho: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA DAS CO-RÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CO-DEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO, TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A prova dos autos revela que a vítima falecida teria fumado durante 40 anos, cerca de 40 cigarros por dia, tendo adquirido enfisema e câncer pulmonar que lhe acarretaram a morte. Não havendo comprovação de que o *de cuius* consumisse os cigarros fabricados pela co-ré Souza Cruz, impõe-se, no caso concreto, reconhecer ilegitimidade passiva desta. É fato notório, cientificamente demonstrado, inclusive reconhecido de forma oficial pelo próprio Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde, tanto à do fumante como à do não-fumante, sendo, por tais razões, de ordem médico-científica, inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto do coração entre outras doenças igualmente graves e fatais. A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa, como bem demonstram os arquivos secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas – revelando-o falso e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público – e demonstrando a real orientação das empresas, adotada internamente, no

sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo. E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não. O nexo de causalidade restou comprovado nos autos, inclusive pelo julgamento dos embargos infringentes anteriormente manejados, em que se entendeu pela desnecessidade de outras provas, porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido, não comprovando, a ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores (art. 333, II, do CPC). O agir culposo da demandada evidencia-se na omissão e na negligência, caracterizando-se a omissão na ação. O art. 159 do CCB/1916 já previa o ressarcimento dos prejuízos causados a outrem, decorrentes de omissão e negligência, sendo que o criador de um risco tem o dever de evitar o resultado, exatamente porque, não o fazendo, comete a omissão caracterizadora da culpa, a chamada omissão na ação conceituada na doutrina do preclaro Cunha Gonçalves, a qual é convergente com as lições de Sergio Cavalieri Filho e Pontes de Miranda, sendo a conduta da demandada violadora dos deveres consubstanciados nos brocardos latinos do *neminem laeder, suum cuique tribuere* e no próprio princípio da boa-fé objetiva existente desde sempre no Direito Brasileiro. A conduta anterior criadora do risco enseja o dever, decorrente dos princípios gerais de direito, de evitar o dano, o qual, se não evitado, caracteriza a culpa por omissão. Como acentua a doutrina, esse dever pode nascer de uma conduta anterior e dos princípios gerais de direito, não sendo necessário que esteja concretamente previsto em lei, bastando apenas que contrarie o seu espírito. Não obstante ser lícita a atividade da indústria fumageira, a par de altamente lucrativa, esta mesma indústria, desde o princípio, sempre teve ciência e consciência de que o cigarro vicia e causa câncer, estando cientificamente comprovado que o fumo causa dependência química e psíquica,

câncer, enfisema pulmonar, além de outros males, de forma que a omissão da indústria beira as fronteiras do dolo. A ocultação dos fatos, mascarada por publicidade enganosa, massificante, cooptante e aliciante, além da dependência química e psíquica, não permitia e não permite ao indivíduo a faculdade da livre opção, pois sempre houve publicidade apelativa, sobretudo em relação aos jovens, sendo necessário um verdadeiro clamor público mundial para frear a ganância da indústria e obrigar o Poder Público à adoção de medidas de prevenção a partir de determinações emanadas de órgãos governamentais. Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar. Desimporta a licitude da atividade perante as leis do Estado e é irrelevante a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo para afastar a responsabilidade. E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade. A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. Sempre que um produto ou bem – seja alimentício, seja medicamento, seja agrotóxico, seja à base de álcool, seja transgênico, seja o próprio cigarro – acarrete mal às pessoas, quem o fabricou ou colocou no mercado responde pelos prejuízos decorrentes. Ante as consequências desastrosas do produto, como é o caso dos autos, que levam, mais tragicamente, à morte, não pode o fabricante esquivar-se de arcar com as indenizações correspondentes. Mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, cometendo abuso de seu direito, por omissão, ocultar as consequências do uso do produto e safar-se da responsabilidade de indenizar, especialmente se, entre essas consequências, estão a causação de dependência e de câncer, que levaram a vítima à morte. E também não pode esquivar-se da responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem-estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são consequências do uso de um produto como o cigarro. Ademais, aplica-se também ao caso dos autos o Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ocorrência do resultado danoso se deu em plena vigência do Regramento

Consumerista, que é norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC), e por isso de aplicação imediata. O cigarro é produto altamente perigoso, não só aos fumantes como também aos não-fumantes (fumantes passivos ou *bystanders*), caracterizando-se como defeituoso, uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, do CDC), situação que importa na responsabilidade objetiva do fabricante, que apenas se exime provando que não colocou o produto no mercado, ou que, embora o haja colocado, o defeito inexistia ou que o mal não foi causado, ou, por fim, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que aqui não se caracteriza porque o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre ocultou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima. A indenização pelos danos materiais deverá ressarcir a venda de imóvel e de bovinos, despesas médicas e hospitalares comprovadas, hospedagem de acompanhantes durante a internação e gastos com o funeral. Também são indenizáveis os prejuízos decorrentes do fechamento do minimercado da vítima, desde a época da constatação da doença até a data em que o falecido completaria 70 anos de idade, conforme a expectativa de vida dos gaúchos, valor a ser apurado de acordo com a média de lucro dos últimos 12 meses de funcionamento anteriores à constatação da doença. As demais pretensões indenizatórias impõem-se indeferidas, porquanto não comprovados os prejuízos (art. 333, I, do CPC). A título de danos morais, tem-se como razoável, prudente e suficiente a fixação da quantia de 600 salários mínimos nacionais para a esposa, de 500 para cada um dos quatro filhos e de 300 para cada um dos genros, totalizando, a indenização a esse título, 3.200 salários mínimos nacionais, diante das peculiaridades do caso e da necessidade de atender o caráter sancionatório-punitivo e a finalidade reparatório-compensatória da verba, sem implicar enriquecimento indevido dos demandantes. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA” (TJRS, AC 70000144626 – 9ª CC).

4.12. Uma discussão inadiável: o que é o cigarro?

Inevitável, para dar continuidade a este ensaio, verificarmos o produto comercializado pela indústria fumageira.

Segundo o sítio do INCA, tópico "conheça o cigarro por dentro": "A fumaça do cigarro é uma mistura de aproximadamente 4.700 substâncias tóxicas diferentes; que constitui-se de duas fases fundamentais: a fase particulada e a fase gasosa. A fase gasosa é composta, entre outros por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído, acetaldeído, acroleína. A fase particulada contém nicotina e alcatrão. O alcatrão é um composto de mais de 40 substâncias comprovadamente cancerígenas, formado à partir da combustão dos derivados do tabaco. Entre elas, o arsênio, níquel, benzopireno, cádmio, resíduos de agrotóxicos, substâncias radioativas, como o Polônio 210, acetona, naftalina e até fósforo P4/P6, substâncias usadas para veneno de rato. O monóxido de carbono (CO) tem afinidade com a hemoglobina (Hb) presente nos glóbulos vermelhos do sangue, que transportam oxigênio para todos os órgãos do corpo. A ligação do CO com a hemoglobina forma o composto chamado carboxihemoglobina, que dificulta a oxigenação do sangue, privando alguns órgãos do oxigênio e causando doenças como a aterosclerose. A nicotina é considerada pela Organização Mundial da Saúde/OMS uma droga psicoativa que causa dependência. A nicotina age no sistema nervoso central como a cocaína, com uma diferença: chega em torno de 9 segundos ao cérebro. Por isso, o tabagismo é classificado como doença estando inserido no Código Internacional de Doenças (CID-10) no grupo de transtornos mentais e de comportamento devido ao uso de substância psicoativa. Além disso, a nicotina aumenta a liberação de catecolaminas, causando vasoconstrição, acelerando a frequência cardíaca, causando HIPERTENSÃO ARTERIAL e provocando uma maior adesividade plaquetária. A nicotina juntamente com o monóxido de carbono, provoca diversas doenças cardiovasculares. Além disso, estimula no aparelho gastrointestinal a produção de ácido clorídrico, o que pode causar úlcera gástrica. Também desencadeia a liberação de substâncias quimiotáxicas no pulmão, que estimulará um processo que irá destruir a elastina, provocando o ENFISEMA PULMONAR. O modo de fumar é determinado pela necessidade do fumante de consumir nicotina (que lhe traz a sensação de satisfação). Ao

fumar cigarros com baixos teores, o fumante passa a utilizar alguns artifícios para alcançar tal sensação. Assim, para obter uma quantidade de nicotina que satisfaça a sua dependência, dá tragadas mais profundas, aumenta o número de tragadas por cigarro e o número de cigarros fumados ou bloqueia os orifícios de ventilação dos filtros. Como resultado, aumenta a concentração de fumaça inalada durante a tragada. Esses artifícios de compensação são conhecidos e têm sido extensivamente documentados na literatura científica, sendo bem conhecidos da indústria do tabaco há mais de 20 anos. Testes demonstram que, em "condições de fumo realísticas", existe uma diferença muito pequena entre os cigarros denominados "light" e os comuns. Na verdade, eles podem até produzir quantidades maiores de alcatrão, nicotina e monóxido que os cigarros tradicionais testados. Por mais que a indústria do fumo afirme que realiza pesquisas visando ao desenvolvimento de produtos alternativos, na verdade, esses estudos procuram desenvolver produtos e formas de que reduzam o teor de determinadas substâncias, como o alcatrão, por exemplo, mas sempre mantendo a nicotina, que é a substância que causa a dependência".³⁰

Importante notar que, de conformidade com o Ministério da Saúde, "a fumaça do tabaco, durante a tragada, é inalada para os pulmões, distribuindo-se para o sistema circulatório e chegando rapidamente ao cérebro, entre 7 e 9 segundos. Além disso, o fluxo sanguíneo capilar pulmonar é rápido, e todo o volume de sangue do corpo percorre os pulmões em um minuto. Dessa forma, as substâncias inaladas pelos pulmões espalham-se pelo organismo com uma velocidade quase igual a de substâncias introduzidas por uma injeção intravenosa".

Demais, consoante a mesma fonte (Ministério da Saúde), "a nicotina, que é encontrada em todos os derivados do tabaco (charuto, cachimbo, cigarro de palha, etc.) é a droga que causa dependência. Esta substância é psicoativa, isto é, produz a sensação de prazer, o que pode induzir ao abuso e à dependência. Por ter características complexas, a dependência à nicotina é incluída na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde - CID

³⁰ <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/inca/portal/home>, acesso em 01/12/2016.

10ª revisão. Ao ser ingerida, produz alterações no Sistema Nervoso Central, modificando assim o estado emocional e comportamental dos indivíduos, da mesma forma como ocorre com a cocaína, heroína e álcool. Depois que a nicotina atinge o cérebro, entre 7 a 9 segundos, libera várias substâncias (neurotransmissores) que são responsáveis por estimular a sensação de prazer (núcleo accubens), explicando-se assim as boas sensações que o fumante tem ao fumar. Com a ingestão contínua da nicotina, o cérebro se adapta e passa a precisar de doses cada vez maiores para manter o mesmo nível de satisfação que tinha no início. Esse efeito é chamado de tolerância à droga. Com o passar do tempo, o fumante passa a ter necessidade de consumir cada vez mais cigarros. De tal forma que, a quantidade média de cigarros fumados na adolescência, nove por dia, na idade adulta passa a ser de 20 cigarros por dia. Com a dependência, cresce também o risco de se contrair doenças debilitantes, que podem levar à invalidez e à morte".

Logo, é fora de dúvidas que a nicotina encontrada nos cigarros é uma droga psicoativa (provoca sensação de prazer) que causa dependência no consumidor.

E é a partir desta constatação que se lerá o comportamento das tabageiras, levando em conta que se trata, à evidência palmar, de claríssima relação de consumo.

4.13. A isenta opinião do conceituadíssimo Professor do INCA, Doutor José Rosemberg a respeito do tabaco

Comenta o Professor do INCA, Doutor José Rosemberg, sobre a questão do tabagismo: "Desde os idos de 1950, a indústria tabaqueira vem desenvolvendo pesquisas que lhe forneceram a certeza de que a nicotina é geradora de dependência físico-química, assim como estudos para sua maior liberação e absorção pelo organismo e inclusive estudos genéticos objetivando desenvolver planta de tabaco hipernicotinado. A indústria tabaqueira, ciente das propriedades psicoativas da nicotina geradora de dependência, sempre negou a existência dessas qualidades farmacológicas. É edificante o episódio ocorrido no

início de 1980, quando a Phillip Morris obrigou seu cientista Vitor de Noble a retirar o artigo que havia entregue para publicação no Journal of Psychopharmacology, no qual relatava suas investigações comprovadoras de que ratos recebendo nicotina desenvolviam dependência físico-química. Isso tudo veio a lume com os documentos secretos que se tornaram públicos. Entretanto, a indústria tabaqueira continuamente pronunciou-se com ênfase, negando essas propriedades da nicotina".³¹

E continua o respeitado cientista brasileiro: "Não obstante a exaustiva documentação acumulada de que a nicotina é droga geradora de dependência químico-física e da existência de fatores genéticos que ditam a reação orgânica com vasto polimorfismo [. . .], é de interesse ressaltar o fato histórico de que a ciência oficial demorou muito para se convencer dessa certeza, enquanto a indústria tabaqueira já tinha disso conhecimento de longa data. É também fato histórico edificante como as multinacionais do tabaco esconderam por tanto tempo a certeza que tinham da nicotina ser droga psicoativa, promovendo vasta propaganda enganosa, afirmando que ela não causa dependência, enquanto secretamente trabalhou para a obtenção de cigarros com teores mais altos de nicotina para tornar os fumantes mais escravizados ao seu consumo. É impressionante que em 1979 o relatório oficial do Departamento de Educação, Saúde e Assistência Social, dos Estados Unidos , abordando a temática da nicotina, não se pronunciou sobre a sua característica de gerar dependência. Mais inexplicável é que, ainda em 1964, o Comitê Consultivo do Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos, com o endosso do Surgeon General, tenha declarado que "a nicotina causa apenas hábito, não sendo droga que desenvolve dependência". Entretanto, a indústria tabaqueira, que vinha, desde 1950, promovendo pesquisas sofisticadas sobre a farmacodinâmica da nicotina, havia chegado à conclusão de que ela era droga geradora de dependência orgânica. Assim, em março de 1963, um ano antes do acima citado relatório do órgão oficial da saúde pública dos Estados Unidos, negando que a nicotina causa dependência, a Brown and Williamson, na reunião de seus dirigentes face às pesquisas de seus técnicos, concluiu pela propriedade da nicotina de causar

³¹ ROSEMBERG, José. Nicotina. Droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. p. 42.

dependência. A companhia tabaqueira Brown and Williamson, sediada nos Estados Unidos, é subsidiária da British American Tobacco (BAT), assim como a Souza Cruz do Brasil. Nessa reunião, o vice-presidente, Addison Yeaman, afirmou: "além do mais, a nicotina causa dependência. Nós estamos, portanto, num negócio de vender nicotina, que é uma droga que causa dependência, eficaz para anular os mecanismos de estresse. " Aliás, desde a década dos anos 1950, a indústria tabaqueira já tinha a convicção da ação psicoativa da nicotina, conforme se depreende do pronunciamento de H.R. Hammer, diretor de pesquisa da British American Tobacco, como consta da ata da reunião de 14 de outubro de 1955: "Pode-se remover toda a nicotina do tabaco, mas a experiência mostra que esses cigarros e charutos ficam emasculados e ninguém tem satisfação de fumá-los ". Em 1962 em outra reunião da British American Tobacco, o executivo Charles Ellis afirmou: "fumar é consequência da dependência[. . .]. Nicotina é droga de excelente qualidade."³²

Observe-se, então, que segundo o renomado Professor Rosemberg:

- 1) Desde os anos 1950 a indústria do cigarro possui certeza científica de que a nicotina causa dependência físico-química;
- 2) Mesmo assim, sempre negou a existência dessas qualidades farmacológicas;
- 3) Toda essa insólita história envolvendo pesquisa científica acerca das "propriedades da nicotina" somente veio à lume quando da abertura dos "documentos secretos" da indústria do tabaco, as quais insistiam em esconder sua certeza de que a nicotina é droga psicoativa;
- 4) Ao contrário, as indústrias do tabaco mantiveram sua estratégia comercial, promovendo vasta propaganda enganosa, afirmando que ela (a nicotina) não causa dependência;
- 5) Pior ainda, a partir do momento em que tiveram a certeza científica da causação da dependência, as indústrias do tabaco trabalharam secretamente para a obtenção de cigarros com teores mais altos de nicotina, tudo para tornar os fumantes mais "escravizados" ao seu consumo.

³² ROSEMBERG, José. Nicotina. Droga universal. São Paulo: SES/CVE, 2003. p. 43.

4.14. Nexu causal/1 – a nova responsabilidade civil: ampliação³³ dos danos merecedores de reparação, teoria do risco (da empresa/do negócio), objetivação da responsabilidade, responsabilidade agravada

O fenômeno da expansão das hipóteses de ressarcimento tem-se verificado em todos os países ocidentais, em maior ou menor intensidade, pondo fim à "imunidade-impunidade", à irresponsabilização diante da sabida dificuldade-impossibilidade de demonstração de culpa do lesante, por exemplo. Este aspecto foi já antes por nós discutido, na primeira parte deste ensaio, mas vale repisar alguns pontos.

Neste caminhar ampliativo dos casos de responsabilização, além dos danos materiais (emergentes e lucros cessantes), também os danos anímicos (extrapatrimoniais)³⁴ passaram a ser ressarcíveis, havendo ainda a possibilidade de recomposição do dano estético, destacável e autônomo que se encontra no dano dito "moral"³⁵.

Para que os danos pudessem ser efetivamente reparados foi-se, a pouco e pouco, esboroando o "filtro da culpa", passando-se a admitir, primeiro, a responsabilidade sem culpa (objetiva), calcada no "risco" ou na "garantia", até

³³ Veja-se, como exemplo, a amplitude que o tema "responsabilidade" vem adquirindo na Itália. Em março de 2008, a Corte de Cassação Italiana, seção 4 - Penal, confirmou pena imposta a um médico psiquiatra, entendendo que a suspensão de tratamento de paciente sob seus cuidados deu-se de maneira imprudente, daí decorrendo o agravamento da patologia e recrudescência de sua periculosidade, tendo o paciente agredido e assassinado um dos funcionários da comunidade. Confira-se: *Corte di Cassazione, Sezione 4 Penale – sentenza del 11 marzo 2008, n. 10795. "La Corte ha confermato la condanna di un medico psiquiatra, il quale, riducendo e poi sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto un paziente ricoverato da una comunità, in modo tale da renderlo inidoneo a contenere la pericolosità, aveva determinato l'aggravamento della patologia e una recrudescenza della pericolosità, tali da avere provocato la crise nel corso della quale lo stesso paziente aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori della comunità"*. Feliz e oportuna a lembrança de Noronha, para quem "é preciso ter sempre presente que acima dos deveres (e direitos) das partes, pactuados por elas ou estabelecidos na lei aplicável ao contrato celebrado, estão os deveres gerais de conduta que são impostos por leis e princípios superiores do ordenamento. Por exemplo, o dever do médico de cuidar com diligência e perícia do paciente resulta de preceitos da deontologia médica, que estão situados em nível superior ao de qualquer contrato de prestação de serviços. Os danos resultantes da respectiva violação serão cobertos pela responsabilidade civil em sentido estrito, não pela negocial (contratual)". NORONHA, Fernando. *Obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 500.

³⁴ Constituição Federal, artigo 5º, incisos: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³⁵ Ementa nº 387, da súmula do STJ: *É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.*

chegarmos ao modelo inacabado da responsabilidade fundada na ideia de solidariedade³⁶, também nominada de "seguro social"³⁷.

Portanto, a reconfiguração da responsabilidade civil transita, obrigatoriamente, pela ampliação das hipóteses ressarcitórias.

No Brasil, sobre o tema (responsabilidade civil), assistimos a inovações/reformas (legislativas, interpretativas e comportamentais) de monta, verdadeiramente significativas, merecendo especial relevo, no contexto, o Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê, em seu artigo 6º, entre outros, como direito básico do consumidor, "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem³⁸" e "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (incisos III e VIII, respectivamente).

³⁶ "Jean Guyenot e René Savatier, por exemplo, afirmam que as tendências contemporâneas se traduzem por um movimento em direção à socialização da responsabilidade e dos riscos individuais, ao término do qual toda a vítima de um acidente deverá estar virtualmente certa de ser indenizada. Nesse sistema, o Estado absorveria todos os riscos e os redistribuiria por todo o corpo social, através de um imposto. Assim, o prejuízo de um seria suportado, afinal, por todos". FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. O novo código civil e a constituição, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171-218.

³⁷ "Na atualidade, a necessidade de reparar alguns danos de especial relevância, como os resultantes de acidentes de trabalho, é tão premente que, em relação a eles, já nem sequer é suficiente a responsabilidade objetiva, sendo possível dizer-se que já estamos entrando numa nova era, do 'seguro social'". NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 407.

³⁸ Paulo R. Roque A. Khouri destaca que, "ao deixar de informar adequadamente ao consumidor sobre os bens e serviços que está adquirindo, o fornecedor está deixando de ser transparente. A falta dessa transparência pode conduzir o consumidor a decisões equivocadas de consumo. Dispondo de informações suficientes, evidente que sua decisão quanto a adquirir ou não bens de consumo tenderá a maior racionalidade, evitando, por conseguinte, a aquisição de bens desnecessários ou a celebração de contratos desvantajosos. Em outras palavras, a não-disponibilização de informações essenciais ao consumidor acaba por violar a boa-fé objetiva nessa relação". E "na aquisição de produtos e serviços é comum que informações prestadas pelos fornecedores sejam o instrumento mais importante de persuasão do consumidor". Assim, o "direito à informação busca evitar que esta persuasão se dê de modo abusivo, aproveitando-se da debilidade natural do consumidor". **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72. Rafael Peteffi da Silva ressalta, de seu lado, que "a observação sobre o dever de informar entre as partes, mormente em uma época de intensas relações de consumo, tem sido uma das características mais importantes para uma saudável relação obrigacional complexa, determinada pela atuação do princípio da boa-fé objetiva" SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 155.

Dois são os pontos mais destacáveis do artigo mencionado, aqui absolutamente pertinentes: primeiro, o direito do consumidor (e do paciente, por extensão) à informação adequada; segundo, nas hipóteses mencionadas (verossimilhança da alegação do consumidor-paciente ou constatação de sua hipossuficiência técnica, financeira ou informacional), a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor.

De fato, doutrina³⁹ e jurisprudência densificaram tais "princípios", confirmando ser dever inarredável do fornecedor (de produtos e serviços) a "ampla publicidade ao mercado de consumo a respeito dos riscos inerentes a seus produtos e serviços"⁴⁰, bem como admitindo se proceda à inversão do ônus da prova, como de fato amiúde se verifica, no momento da sentença⁴¹, uma vez que se trata de regra de julgamento, e não de regra de procedimento, posição esta confirmada em acórdão do Superior Tribunal de Justiça (AgRgMC 11.970/RJ).

Logo, hoje, não há falar em responsabilidade civil sem, concomitantemente, discorrer sobre direito consumerista.

Emblemática situação pode suceder quando o dano sofrido por alguém decorra, ao mesmo tempo, (i) do inadimplemento de um contrato pela outra parte e que sejam constitutivos, de toda forma, (ii) de responsabilidade civil geral. No

³⁹ Por todos, consultar a singular obra de: BENJAMIN, Antônio Herman. MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 421p.

⁴⁰ "A comercialização livre do medicamento SURVECTOR, com indicação na bula de mero ativador de memória, sem efeitos colaterais, por ocasião de sua disponibilização ao mercado, gerou o risco de dependência para usuários. A posterior alteração da bula do medicamento, que passou a ser indicado para o tratamento de transtornos depressivos, com alto risco de dependência, não é suficiente para retirar do fornecedor a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores. O aumento da periculosidade do medicamento deveria ser amplamente divulgado nos meios de comunicação. A mera alteração da bula e do controle de receitas na sua comercialização, não são suficientes para prestar a adequada informação ao consumidor. A circunstância de o paciente ter consumido o produto sem prescrição médica não retira do fornecedor a obrigação de indenizar. Pelo sistema do CDC, o fornecedor somente se desobriga nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, §3º, do CDC), o que não ocorre na hipótese, já que a própria bula do medicamento não indicava os riscos associados à sua administração, caracterizando culpa concorrente do laboratório" (STJ, REsp 971845/DF, rela. Mina. Nancy Andriahi. DJe 01/12/2008).

⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 530.

caso, o dano surge no desenvolver da relação negocial, "mas em circunstâncias tais que os fatos ocorridos sempre seriam suficientes para originar uma obrigação de indenizar, mesmo se abstraíssemos do contrato (ou do negócio unilateral)"⁴². Comenta Noronha que "esta relação concursal é especialmente importante para responsabilidades como as do médico, do transportador, do construtor, do fornecedor de produtos e serviços e, em geral, para as demais que podem ser chamadas de "profissionais".⁴³

Com efeito, no caso, "há ofensa a deveres que são independentes da relação estabelecida, razão por que sempre se imporiam às partes, mesmo que o negócio não tivesse sido celebrado. (...) Ela com frequência está ligada à pura e simples violação de deveres gerais de "neminem laedere", em relação aos quais não se justificará falar em violação do dever geral de agir de acordo com a boa-fé, ainda que evidentemente este se insira dentro daqueles (isto é, seja também um dever de "neminem laedere"). (...) Um exemplo característico de responsabilidade supranegocial é a relacionada com a obrigação geral de incolumidade, que incide sobre quem exerce atividades profissionais que têm por objeto outras pessoas, havendo de preservar a integridade psicofísica destas, como é o caso da medicina e do transporte de passageiros. Devido à sua natureza de dever geral, a incolumidade das pessoas não pode ser objeto de contrato, mesmo que o contrário seja defendido pela generalidade da doutrina".⁴⁴

Tem a "teoria do risco" ocupado, merecidamente, largo espaço nos manuais de responsabilidade civil. Na evolução rumo à reparabilidade integral dos danos, porém, verificou-se que mesmo a adoção do "risco" como fundamento para o ressarcimento tornou-se insuficiente quando testado em alguns casos-limite, tendo-se de partir, finalmente, para a fragmentação do nex

⁴² Na doutrina estrangeira percebe-se certa indefinição (e enorme preocupação com os desdobramentos daí decorrentes) no que tange à natureza da responsabilidade médica, havendo quem a caracterize como "contratual" (*rectius*, negocial) e outros como "extracontratual". Por todos, consulte-se o excelente artigo de MUÑOZ, Mónica Lucía Fernández. **Nuevas perspectivas en el tema de responsabilidad por la estructura sanitaria**. Estudio de derecho italiano. Revista de derecho de la Universidad de Concepción, Chile, enero-junio 2002, p. 81-118.

⁴³ NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁴ NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 456-7.

de causalidade (aquele liame a conectar o dano acontecido com a atuação do responsável), pois que a "teoria da culpa" já fora superada⁴⁵.

E é este esboroamento do nexu causal (para o fim de responsabilização) que se denomina "responsabilidade objetiva agravada".

Ensina Noronha que "dentro da responsabilidade objetiva é possível distinguir duas espécies, que chamaremos de 'objetiva comum' e 'agravada'. Em ambas prescinde-se da culpa; as duas têm por fundamento um risco de atividade, mas este é diferente numa e noutra. Na comum, exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável (embora não culposa), ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor. Na agravada, vai-se mais longe e a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas; trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve. (...) são riscos inerentes, característicos ou típicos dessa atividade.⁴⁶ (...) Poderíamos dizer que a responsabilidade civil agravada é aquela que vai além do 'risco que tal espécie [de atividade] faz naturalmente correr".⁴⁷

Destarte, "hoje já são pontos assentes no Direito das Obrigações a necessidade de procurar maior equilíbrio entre direitos e obrigações das partes nos contratos (justiça substancial) e de fazer recair sobre quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, a obrigação de arcar com todos os ônus

⁴⁵ "Nesta (responsabilidade civil agravada), a pessoa responde por danos apenas conexos com a sua atividade. Mas estes ainda são casos de responsabilidade pelo risco. (...) A responsabilidade objetiva agravada insere-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa não era sempre imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar. (...) O exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros implicava, como contrapartida dos benefícios que elas proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva. Agora estamos entrando num segundo momento, no qual se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também de nexu de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco inerente à própria atividade em causa, risco característico ou típico dela". NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 488.

⁴⁶ NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486.

⁴⁷ NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 487.

resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo (risco de empresa)".⁴⁸

4.15. Nexo causal/2 e a teoria do escopo da norma violada

“Devido às limitações das explicações causais, que sempre se mostraram insuficientes para delimitar o problema dos danos indenizáveis, como veremos melhor adiante [8.2.6], acontecendo mesmo existirem obrigações de indenizar em que nem sequer se exige um nexo de causalidade entre a atuação do responsável e o dano acontecido (responsabilidade objetiva agravada [7.5.1;v 2,12.4.2]), modernamente os autores começam apelando para um novo fundamento da responsabilidade civil: é necessário, para que um dano seja reparável, que ele seja lesão de um bem protegido pelo ordenamento jurídico, isto é, que tenha cabimento no âmbito de proteção, ou escopo, da norma violada”.⁴⁹

“Será o exame da norma jurídica que foi violada, será a sua "ratio legis" que esclarecerá quais são os valores e interesses tutelados, quais são em especial os danos que podem ser reparados e quais são as pessoas que a norma intenta proteger. A ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada visa proteger e deve ter por objeto apenas os danos visados pela norma. Fala-se, a este respeito, no princípio, ou na teoria, do escopo da norma violada, ou da relatividade aquiliana.

A teoria do escopo da norma violada é que nos dará a razão da limitação pelo ordenamento jurídico do princípio da reparação ampla e geral de todos e quaisquer danos a todas e quaisquer pessoas lesadas”.⁵⁰

“Por exemplo, para fazer prova do dano, às vezes é necessário recorrer às regras de experiência que são substrato das presunções naturais: é o que acontece sobretudo quando haja dúvidas sobre se este é certo ou incerto, como

⁴⁸ NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 341.

⁴⁹ NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 476.

⁵⁰ NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 477.

ainda veremos [8.1.8]. Para fazer prova de nexo de causalidade, também é frequente o recurso às regras de experiência, como, aliás, já referimos [7.4.5] e veremos melhor no próximo capítulo [8.2.8]. Com frequência acontece mesmo que, num mesmo processo, seja necessário recorrer as regras de experiência duas vezes, uma para verificar se existe nexo de causalidade, outra para determinar qual é a extensão dos danos que devem ser reparados: uma situação frisante é a relativa à responsabilidade por perda de chances [8.1.8]”.⁵¹

Não há dúvidas de que o escopo das normas constitucionais e consumeristas respeitantes à vida, à saúde, à propaganda e à completa informação dos cidadãos-consumidores não se compadece com a lesão levada a efeito pelas empresas tabageiras.

4.16. As estatísticas

Conforme consta expressamente do multicitado parecer⁵², encomendado pela indústria do cigarro, “em pesquisa realizada pelo IBOPE, mais de 70% de fumantes informaram que foram levados a fumar porque amigos ou parentes fumavam, e apenas 11% por considerar bonito/charmoso” (sic).

A “pesquisa”, com todo o respeito, não convence porque nada diz e nada representa.

É curioso que a todo o momento os “tabaco-irresponsabilistas” levantam a não-cientificidade de dados e informações respeitantes ao liame causal que os liga, irrefragavelmente, aos danos sofridos pelas vítimas mas, ao mesmo tempo, apresentem uma “pesquisa”, um “palpite”, na melhor hipótese, levada a termo pelo IBOPE.

Para contrapor essa “pesquisa” e demonstrar a existência do nexo de causalidade, nada melhor do que a seriedade do texto-chave deste ensaio: “o tabagismo é diretamente responsável por 30% das mortes por câncer, 90% das

⁵¹ NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 479.

⁵² <http://www.ruyrosado.com.br/producao-intelectual>, p. 11. Acesso em 01/12/2016.

mortes por câncer de pulmão, 25% das mortes por doença coronariana, 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica e 25% das mortes por doença cerebrovascular. Outras doenças que também estão relacionadas ao uso do cigarro são aneurisma arterial, trombose vascular, úlcera do aparelho digestivo, infecções respiratórias e impotência sexual no homem. Estima-se que, no Brasil, a cada ano, 200 mil pessoas morram precocemente devido às doenças causadas pelo tabagismo, número que não para de aumentar. Doenças associadas ao uso dos derivados do tabaco

Muitos estudos desenvolvidos até o momento evidenciam sempre o mesmo: o consumo de derivados do tabaco causa quase 50 DOENÇAS DIFERENTES, principalmente as doenças cardiovasculares (infarto, angina) o câncer e as doenças respiratórias obstrutivas crônicas (ENFISEMA e bronquite)".⁵³

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

4.17. Propaganda x Informação ao fumante: o fantasioso discurso de falta de previsão em lei, o “dano injusto” e o caso Riggs x Palmer

Outro argumento utilizado pelos “tabaco-irresponsabilistas” refere-se à ausência de exigência normativa acerca da publicidade dos males causados pelo cigarro e à mutabilidade do conceito de boa-fé (sic).⁵⁴

⁵³ <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/inca/portal/home>, acesso em 01/12/2016.

⁵⁴ A transcrição é do parecer encomendado por indústria do tabaco e subscrito pelo ex-Ministro do STJ, Ruy Rosado, <http://www.ruyrosado.com.br/producao-intelectual>. Acesso em 02/12/2016. “Antes disso não havia a exigência (de informar sobre os riscos) e a falta de advertência não pode ser tida como desconsideração a disposição de lei ou a regulamento”, p. 10. “O conceito de boa-fé muda de feição e de

Assim não parece caminhar o bom Direito.

Há um princípio maior, centenário, que afirma ser injusto ficar a vítima sem reparação, sendo por isso vedado ao autor praticar o ato lesivo e não ser por ele responsabilizado. Do mesmo modo, a boa-fé “mutante” dos “tabaco-irresponsabilistas” não pode ser utilizada para livrar as lesantes do dever de pagar às vítimas pelos danos sofridos. A constatação da “boa ou má-fé” não decorre da verificação do binômio cumprimento/descumprimento da lei ou do regulamento, mas do Direito e de seus princípios maiores.

Um exemplo real tirado de Dworkin mostra-se oportuno.⁵⁵

No conhecido caso *Riggs versus Palmer*, Elmer (Palmer) figurava como herdeiro do avô, sendo o maior beneficiário de sua fortuna. Como o velho avô (Riggs) conhecera e passara a conviver com uma moça mais jovem, temeu Elmer ser excluído do testamento e, por isso, efetuou um “cálculo legal” de “custos e benefícios”, mais ou menos como fazem as tabageiras. Daí, em 1882, resolveu assassinar o avô por envenenamento, concluindo que, paga a pena de prisão, herdaria o que lhe fora testado.

O caso foi levado à alta Corte de Nova Iorque para decidir se Elmer poderia ou não continuar a ser herdeiro do avô por ele assassinado.

Os Magistrados entenderam, como postulam os “tabaco-irresponsabilistas” que, diante da ausência de lei expressa, Elmer Palmer poderia herdar a fortuna daquele que deliberadamente matara. Essa, afinal, era a “regra do jogo”. Ou seja, na ocasião, partindo do que afirmam agora as tabageiras, aquilo não se considerava “má-fé” (sic), pois não havia exigência para comportamento diverso em “lei ou regulamento”.

A questão foi submetida à Corte de Apelações de Nova Iorque a qual, no ano de 1889, por maioria de votos, negou o direito de Elmer a receber a herança.

significado consoantes as concretas possibilidades de compreensão prevalecentes em cada momento” citando parecer de Judith Martins Costa, p. 13.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

O Juiz Gray utilizou o mesmo argumento apresentado pela indústria do cigarro: inexistia na lei qualquer disposição que impeça Elmer de receber a herança deixada pelo testador assassinado. Trata-se, digamos com simplicidade, de uma interpretação literal.

Doutro lado, o Juiz Earl, conduzindo os votos vencedores, julgou a questão com base nos princípios gerais do direito e de justiça que tal decisão deve seguir. Basicamente, afirmou que a ninguém é permitido aproveitar-se de sua própria torpeza.

De fato, desconsiderar a vileza de Elmer significaria prestigiar o crime e, mais, consistiria num claro recado à sociedade de que comportamentos dessa natureza, praticados nos limites do conceito de “tipo legal fechado” aplicado também para o direito civil, são aceitos pelo sistema de justiça. Esse direcionamento sepultaria a ideia maior de teleologia, de sistema, de justiça, de máximas gerais e fundamentais de Direito, admitindo o enriquecimento espúrio a partir da prática do próprio mal pelos lesantes. Corromperia as leis universais e as políticas públicas dela derivadas hoje utilizadas nos países civilizados.

Em resumo, reitera-se o que se ensina nos bancos escolares: o direito não é apenas a “lei”, ou o “texto legal”, mas a norma, que vem composta de princípios e regras.

5. Respondendo aos “tabaco-irresponsabilistas” ou à guisa de conclusão

Por tudo o que foi exaustivamente discutido neste ensaio, podemos concluir que apenas pequena parcela da jurisprudência tem adotado critérios coerentes, estáveis e íntegros (artigo 926, CPC) quando do julgamento das ações envolvendo a virulenta danosidade derivada do cigarro, o que compromete a legitimidade do Poder, passando a errônea impressão à sociedade de que os grandes grupos econômicos não são punidos com a mesma rigidez dispensada aos demais litigantes-lesantes, como os pequenos hospitais em casos de infecção hospitalar.

Assim sendo,

1. ações judiciais movidas contra a indústria do tabaco não podem ser caracterizadas como uma "aventura jurídica", por se tratar o acesso à jurisdição de um direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos;
2. as pessoas não começam a fumar porque querem, mas porque são, desde criança, induzidas pela propaganda a fazê-lo;
3. o consumidor não está ciente dos riscos associados ao consumo de cigarros, até porque a singela inscrição em carteiras do produto “alertando” de seus perigos não pode ser legitimamente considerada “informação suficiente”;
4. o fato de ser o cigarro um produto lícito não transforma a lesão por ele gerada em algo permitido pelo ordenamento jurídico, até porque hospitais salvam vidas, muitas vezes sem lucro, e mesmo assim são condenados quando há contaminação hospitalar, por exemplo;
5. a discussão não gira em torno da “periculosidade inerente” do cigarro, mas se dá em relação à utilidade do produto, como no caso ilustrativo da faca de cozinha, que serve para cortar alimentos e, esta sim, em face da “periculosidade inerente”, poderá lesar o usuário (corte, por exemplo) sem que se possa falar em responsabilidade do fabricante ou do comerciante;

6. soa razoável afirmar que a utilidade do cigarro é “dar prazer” ao consumidor, pois não pode ser este o critério de licitude-ilicitude a definir o tema da responsabilização das tabageiras;
7. para fins ressarcitórios, pouco importa se seguem as empresas do cigarro, ou não, a legislação em vigor no que se refere às “informações ao consumidor”. Hospitais e outros estabelecimentos particulares e públicos são objetivamente responsabilizados diuturnamente, mesmo cumprindo à risca a legislação. Logo, não é nem pode ser este o critério definidor da obrigação indenizatória;
8. “flexibilizar” conceitos para fins não-ressarcitórios revela-se contrário a toda a experiência jurídica moderna e vai ao encontro dos lesantes em seu desejo de nada indenizar às vítimas;
9. câncer, enfisema pulmonar e AVC, por exemplo, não pode ser tido como o que “razoavelmente se espera” de um produto colocado à venda. Assim, não se pode dizer que “a vítima sabia dos efeitos do cigarro”;
10. o conceito de “propaganda enganosa ou abusiva” apresentada pelos “tabaco-irresponsabilistas” diverge daquilo que entendem os maiores tratadistas sobre o tema;
11. é palmar o nexo de causalidade entre a publicidade promovida pela tabageira e a decisão do lesado de começar a fumar;
12. a inversão do ônus da prova é corolário necessário e natural das relações consumeristas nas quais há excepcional vulnerabilidade da vítima e gigantesca assimetria entre as partes;
13. não há cabimento falar em “livre arbítrio” da vítima quando a propaganda insidiosa, como amplamente demonstrado inclusive com qualificados estudos promovidos pela OMC, demonstram a fragilidade do fumante e a sedução promovida pelo tabaco;
14. dizer que a culpa é exclusiva da vítima (fumante) é o mesmo que afirmar que as mulheres que vestem roupas insinuantes contribuíram para o abuso sexual de que foram vítimas;
15. é contraditória a afirmação apresentada pelas empresas do tabaco acerca da previsibilidade dos males (esperados) decorrentes do uso do cigarro pois, ao mesmo tempo, alegam inexistir prova de que as

doenças havidas nos lesados decorrem ou são coadjuvadas pelo consumo do fumo. Se há previsibilidade dos males “esperados”, como negar a relação com as doenças adquiridas pelos fumantes?

16. na complexidade da vida moderna, todos os conceitos podem se apresentar polissêmicos, inclusive o de “segurança”, mas isso não retira das lesantes o dever de indenizar as vítimas;
17. “dano injusto” não equivale a “dano previsto em lei ou no contrato”, como exemplificado no caso Palmer, acima;
18. “a fantasia que se faz presente na publicidade de muitos produtos não a caracteriza como enganosa se a todos for perceptível que não passa disso, de uma fantasia”.⁵⁶ O problema é justamente este. A propaganda tabagista é primordialmente dirigida a crianças, como revelado no texto. O mundo das crianças é onírico e repleto de fantasias, o que as torna vítimas diletas da indústria do tabaco;
19. se a propaganda maciça veiculada pelas tabageiras não tinha influência na decisão do consumidor-fumante, então qual o sentido de gastarem elas bilhões de reais na divulgação e sedução de suas vítimas?
20. a responsabilidade civil das tabageiras cujos cigarros foram consumidos pela vítima ao longo de sua vida é denominada indistinta, “in solidum”, podendo ela (a vítima) eleger qualquer delas para responder pelo dano verificado, em face da aplicação da teoria da autoria anônima do dano;⁵⁷
21. em nome do princípio da isonomia, é necessário o *aggiornamento* jurisprudencial acerca do tema proposto para que a sociedade perceba, de fato, que o Direito da Responsabilidade Civil, em havendo lesão à vítima, será escorreitamente aplicado, quer se trate de relações entre iguais, quer se cuide de relações enormemente assimétricas, como se dá quando em disputa o direito do consumidor-fumante em face da indústria tabageira.

⁵⁶ A transcrição é do parecer encomendado por indústria do tabaco e subscrito pelo ex-Ministro do STJ, Ruy Rosado, <http://www.ruyrosado.com.br/producao-intelectual>. Acesso em 02/12/2016, p. 10.

⁵⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999. Tomo VI (Responsabilidad Colectiva).

Referência bibliográfica

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, <http://www.ruyrosado.com.br/producao-intelectual>. Acesso em 02/12/2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

AUER, Marieta. **A interpretação em conformidade com o direito primário**, *in* MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. RT.

BENJAMIN, Antonio Herman. MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, 12 ed, 2 tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. O novo código civil e a constituição, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. O novo código civil e a constituição, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo, Saraiva, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no código civil de 2002.** São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños.** Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999. Tomo VI (Responsabilidad Colectiva).

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor:** contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

KOTLER, Philip. **Marketing contra a pobreza.** Philadelphia: Wharton School Publishing, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito,** 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS, Filipe Manuel Rodrigues. **Conflito Médico-Legal em Obstetrícia.** Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. FMUP, 2009/2010.

MIGUEL, Paula Castello Miguel. **Contratos entre empresas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MUÑOZ, Mónica Lucía Fernandez. **Nuevas perspectivas en el tema de responsabilidad por la estructura sanitaria.** Estudio de derecho italiano. Revista de derecho de la Universidad de Concepción, Chile, enero-junio 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor.** 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

- NORONHA, Fernando. **Obrigações**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- REALE, Miguel. **Principais controvérsias no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. *In* MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg. Coimbra: Almedina, 2007.
- SARLET, Ingo (Orgs). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.
- SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.
- Souza, Sylvio Capanema de. **O novo código civil**. Livro I – do direito das obrigações. Rio de Janeiro: CEDEs-TJRJ, 2002.
- TRINDADE, Roberto Júlio. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista do Direito do Consumidor**, 23-24/199, jul.-dez. 1997.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.